

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

ISSN 0102-8065

**Parcerias
Público-Privadas**

Vol. II



89

JANEIRO/JUNHO 2019

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



**Parcerias
Público-Privadas**

Vol. II

89

JANEIRO/JUNHO 2019



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DORIA
Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA
Procuradora Geral do Estado

Bruno Maciel dos Santos
Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Cristina M. Wagner Mastrobuono
Procuradora Geral do Estado Adjunta



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
Home Page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

Bruno Maciel dos Santos

Assessoria

Joyce Sayuri Saito, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Bruno Maciel dos Santos

Membros

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Joyce Sayuri Saito, Marcello Garcia, Telma de Freitas Fontes, Rafael Carvalho de Fassio e Thiago Oliveira de Matos

Revista

Coordenação editorial desta edição: Cristina M. Wagner Mastrobuono

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: 600 exemplares.

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

1971-2018 (1-88)

CDD-341.3221
CDU-342.9

Sumário

| | |
|--|-----|
| CARTA AO LEITOR | VII |
| APRESENTAÇÃO | IX |
| A FORMALIDADE DO PROCEDIMENTO COMO GARANTIA DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE PPP | 1 |
| André Rodrigues Junqueira | |
| COMENTÁRIOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE CERTIFICADORAS DE IMPLANTAÇÃO E VERIFICADORES INDEPENDENTES EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 25 |
| Camila Rocha Cunha Viana e Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado | |
| A REVISÃO ORDINÁRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 41 |
| Cristina M. Wagner Mastrobuono | |
| INVESTIMENTOS ADICIONAIS EM CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS | 65 |
| Lucas Leite Alves e Thiago Mesquita Nunes | |

**WAY-OUT NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO:
A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO 89**

Adriana Mazieiro Rezende, Alessandra Obara Soares da Silva
e Eugenia Cristina Cleto Marolla

**A TRANSPOSIÇÃO DO *DIRECT AGREEMENT* PARA O
CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL: UMA TENTATIVA DE
CONTRATUALIZAÇÃO ENTRE PODER CONCEDENTE,
FINANCIADORES E GARANTIDORES NO ÂMBITO DE
PROJETOS DE CONCESSÃO 107**

Guilherme Martins Pellegrini

**ARBITRAGENS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR
DE INFRAESTRUTURA: COMENTÁRIOS SOBRE A EXPERIÊNCIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO 157**

Bruno Lopes Megna, Fábio Trabold Gastaldo e
Jéssica Helena Rocha Vieira Couto

**INDENIZAÇÃO POR EXTINÇÃO ANTECIPADA
DAS NOVAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS PAULISTAS 183**

Carlos Eduardo Teixeira Braga

**ESTABILIZAÇÃO DE COMPROMISSOS INTERGOVERNAMENTAIS
EM PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: CONVÊNIOS E
CONSÓRCIOS PÚBLICOS 199**

Rafael Carvalho de Fassio

CARTA AO LEITOR

Sinto-me honrada pelo convite para introduzir tão valiosa publicação.

Em 2013, tive o privilégio de participar da edição da 1ª Revista da PGE sobre o mesmo tema, em que foram estudadas as “cláusulas básicas” dos editais e dos contratos de concessão, a fim de identificar as melhores práticas e produzir modelos que, adaptados ao caso concreto, pudessem orientar a Administração em geral.

Mas tão rico tema não poderia se esgotar em uma única publicação. Após seis anos, foram reunidos artigos doutrinários de excelência, escritos por valorosos Procuradores do Estado que, além de suas atribuições normais, dedicaram tempo e esforço no estudo das Parcerias Público-Privadas, em especial, os projetos de infraestrutura.

Nessa empreitada, o Centro de Estudos exerce importante função ao promover os núcleos de estudos temáticos, concedendo-lhes todo o apoio necessário. Para tanto, conta com o apoio de dedicados servidores, a quem rendo minhas mais sinceras homenagens, ao lado de meus colegas Bruno Maciel dos Santos e Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, agradecendo-os pela paciência e amizade.

Por fim, gostaria de parabenizar todos os autores e consignar minha admiração à Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono, que com a sua usual maestria coordenou tão primorosa publicação.

Desejo a todos uma excelente leitura!

JOYCE SAYURI SAITO
Procuradora do Estado Assessora

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que lançamos a 2ª Revista da PGE dirigida exclusivamente ao tema das Parcerias Público-Privadas e Concessões Comuns, com artigos elaborados por integrantes do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas de Parcerias Público-Privadas da Procuradoria Geral do Estado.

Em minha jornada na Procuradoria Geral do Estado, uma das mais gratificantes oportunidades que tive foi coordenar esse Núcleo de Estudos, no período iniciado em 2011, o qual finalizo com a entrega desta primorosa revista.

Não apenas a matéria é instigante, com amplo campo de estudos a serem ainda explorados e aprofundados, mas a oportunidade única que tive de testemunhar o aprendizado e desenvolvimento de jovens e novos talentos da PGE proporcionou-me uma satisfação imensurável.

É emocionante saber que avançamos tanto. Temos atualmente uma equipe na PGE que conhece profundamente o assunto e é excepcionalmente dedicada e disposta a buscar soluções para os contínuos desafios que se colocam na estruturação de um projeto de infraestrutura.

O aprendizado na estruturação de projetos tem sido de toda a equipe do Governo do Estado de São Paulo, mas ousar dizer que quem mais se beneficia dessa evolução são os Procuradores do Estado. Como instituição perene, os Procuradores permanecem atuando na área mesmo com a alternância dos agentes públicos – o que é inerente ao processo político –, dando continuidade ao assessoramento nos projetos e na execução dos contratos, agregando conhecimento a cada experiência.

Esta revista busca consolidar em artigos parte desse aprendizado. Escolhemos alguns dos instrumentos que foram desenvolvidos para dar segurança jurídica nos contratos e descrevemos o uso de Certificadoras de Implantação e Verificadores Independentes na execução do ajuste e a cláusula de *Way-out* como garantia à solução do contrato em situações de impossibilidade do cumprimento de obrigações iniciais. Embora a legislação permita a intervenção no projeto dos financiadores

– *step-in-rights*, a forma do procedimento não está regulamentada. O artigo que cuida da Cláusula Tripartite aborda a solução dada nos contratos de concessão licitados pela Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP. A necessidade de proceduralizar a inserção de investimentos adicionais é objeto de um dos artigos, o que também é abordado no tema das revisões ordinárias, utilizadas nos contratos do Estado. O uso de instrumentos obrigacionais entre entes públicos como forma de incentivar o cumprimento de obrigações assumidas entre os mesmos num determinado contrato é objeto de um dos artigos, que analisa o uso de consórcios públicos e convênios, sopesando os aspectos negativos e positivos de cada um dos institutos.

Tema de extrema importância, que é o critério de indenização por extinção antecipada dos contratos, é abordado em um dos artigos e o uso da arbitragem nos contratos também é destacado em outro.

Por fim, dentro do espírito da crescente necessidade de a administração pública aderir aos critérios de conformidade e integridade na sua atuação, trazemos um estudo destacando a formalidade do procedimento como garantia da boa execução contratual.

Todos os temas abordados constituem assuntos em plena discussão na comunidade jurídica que se dedica ao estudo de projetos de infraestrutura, e a revista constitui um importante auxílio para os operadores do direito que desejam subsídios que, por um lado, contenham um embasamento teórico profundo e, de outra parte, também se refiram a questões práticas e discorram sobre a solução encontrada no âmbito do Estado de São Paulo.

Como não poderia deixar de ser, agradeço profundamente a cada um dos integrantes do Núcleo de Estudos pelo trabalho desenvolvido ao longo dos anos. Eu agradeço, a PGE agradece, e a população, beneficiária última da nossa dedicação, agradece!

Boa leitura!

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Procuradora Geral do Estado Adjunta

A FORMALIDADE DO PROCEDIMENTO COMO GARANTIA DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE PPP

André Rodrigues Junqueira¹

Sumário: 1. A formalização dos contratos celebrados pela Administração Pública; 1.1. O contrato de PPP; 1.2. Formalização dos contratos de PPP em São Paulo; 2. O retrato de problemas contemporâneos; 2.1. A informalidade contemporânea vs. a necessidade de justificativa das condutas; 2.2. Os principais desafios procedimentais nas PPP; 2.2.1. Adequada instrução do processo licitatório; 2.2.2. Esclarecimentos ao edital; 2.2.3. As dificuldades decisórias dos gestores governamentais; 2.2.4. A necessidade de aprimoramento dos instrumentos orçamentários; 2.3. O que esperar para o futuro?; 3. Os impactos da LINDB na formalidade contratual das PPP; 3.1. Os impactos no ofício dos gestores públicos; 3.2. Balizamento para as atividades de controle externo na avaliação do formalismo procedimental; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. A FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível afirmar que o direito administrativo brasileiro herdou do direito francês a existência de um regime jurídico próprio aos contratos celebrados pela Administração Pública, que poderiam se subdividir em dois grupos: aqueles em que o Estado se encontra em *status* de igualdade

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.

com o particular e aqueles em que o poder público detém atributos diferenciados, para proteção do interesse público envolvido na contratação.

No Brasil, ao contrário do modelo francês, em que a diferença conceitual dos tipos de contratos a serem celebrados pelo Estado decorria da especialização da jurisdição e das atividades do Conselho de Estado, o trabalho distintivo foi, basicamente, feito pelos doutrinadores, cada qual em sua época.

Todavia, a evolução legislativa brasileira dos contratos administrativos caminhou no sentido da criação abrangente de procedimentos (principalmente no bojo da licitação) e unificação de regimes jurídicos, a ponto de praticamente extinguir a distinção doutrinária entre contratos administrativos e contratos privados celebrados pela Administração, positivando a aplicação de um mesmo regime jurídico para todas as contratações.

O retrato desse Estado ocorreu com a promulgação da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual sedimentou um regime legislativo que privilegiou o maior detalhamento possível do procedimento licitatório e o estabelecimento de diversas diretrizes para o instrumento contratual. Em linhas gerais, pode ser afirmado que tudo passou a ser disciplinado pela lei, a partir de um regime jurídico único para qualquer tipo de contratação, seja o mero fornecimento de materiais para o dia a dia dos órgãos públicos, seja para complexas obras públicas².

Esse cenário começa a se alterar em tempos recentes, a partir do momento em que o Brasil necessitou revisitar a forma como as infraestruturas públicas são implementadas, pautadas em um cenário de redução da intervenção estatal e incremento da participação privada. Trata-se de caminho perseguido pela maior parte dos países capitalistas ocidentais.

2 “Essa tendência (seria mesmo uma maldição) leva a doutrina a predicar um único regime jurídico para os cargos e os empregos públicos (rejeitando modulações necessárias a tão diversificadas funções hoje exercidas pelos agentes públicos); a defender que o estatuto das licitações deve ser uno, invariável, não obstante as compras governamentais serem diversificadas ao extremo; a sustentar que as entidades da Administração indireta devem seguir um figurino único, independentemente da Constituição, a qual expressamente determina que a Lei é que deverá criá-los ou autorizar sua criação em seu art. 37, inciso XIX, (o que supõe dispor sobre seu regime jurídico) ou, ainda, faz-nos dizer que os bens públicos seguem um único regime jurídico, malgrado a discrepância de utilidades públicas a que podem servir”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, nº 107, ano XXIX, p. 74-82, dez. 2009.

A despeito das críticas acadêmicas ou da ideologia dos governantes, a implementação de infraestruturas tem sido realizada, em geral, pela iniciativa privada, por delegação estatal instrumentalizada por categorias contratuais desenvolvidas e previstas em legislação promulgada no século XXI. Ao Estado coube o exercício da governança regulatória das atividades delegadas, sob as mais variadas formas³.

O presente artigo cuidará do procedimento necessário à formalização de uma dessas formas contratuais – o contrato de Parceria Público-Privada (PPP), nos termos a seguir expostos.

1.1. O contrato de PPP

O contrato de Parceria Público-Privada (PPP) foi regulamentado, em âmbito federal, pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação para tais avenças na Administração Pública⁴.

Conforme previsto em lei, a 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.

Assim, a concessão administrativa é a modalidade que pode ser utilizada para prestação de serviços públicos em que a remuneração do concessionário ocorre exclusivamente por contraprestações estatais, ou para o fornecimento de serviços ao Estado, com a realização de investimento em infraestrutura pública.

3 John Stern e Stuart Holder apresentam o conceito de governança regulatória de Levy e Spiller, nos seguintes termos: “São mecanismos que os Estados utilizam para restringir a discricionariedade regulatória e para resolver conflitos que surgem dessa regulação” – tradução livre. In: *Regulatory Governance: criteria for assessing the performance of regulatory systems*. An application to infrastructure industries in the developing countries of Asia. Utilities Policy 8 (1999), p. 33-50.

4 Antes da regulamentação promovida pela legislação federal, os Estados de São Paulo (Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004) e Minas Gerais (Lei nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003) já haviam promulgado leis próprias, com conteúdo abrangente e aderente às disposições nacionais.

Por sua vez, as concessões patrocinadas são concessões de serviços públicos cuja remuneração do concessionário é formada por tarifas e contraprestações públicas, podendo contar também com a exploração de receitas acessórias.

Vale destacar que a lei federal de PPP estabeleceu alguns requisitos próprios que distinguem suas modalidades contratuais das concessões comuns e dos demais contratos celebrados pela Administração Pública: vedação de projetos inferiores a 10 milhões de reais, prazos contratuais entre 5 e 35 anos e vedação à celebração de contratos para o mero fornecimento de mão de obra ou mero fornecimento e instalação de equipamentos ou apenas a realização de obra pública.

A seguir será apresentado o necessário procedimento para formalização de uma PPP no Estado de São Paulo.

1.2. Formalização dos contratos de PPP em São Paulo

A celebração de um contrato de PPP em São Paulo conta com a participação de diversos órgãos com atribuições definidas, em razão da complexidade do objeto a ser contratado e do nível de investimentos necessários.

O Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas foi instituído pela Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, que define as PPP como “mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados”. Trata-se de instrumento normativo que traz balizamentos gerais, os quais foram posteriormente complementados por decretos e pela própria Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004⁵.

Referida lei estadual criou o Conselho Gestor do PPP, cujas atribuições foram especificadas no Decreto estadual nº 48.867, de 10 de agosto de 2004, e cuja composição atual é disciplinada pelo Decreto estadual

5 Conforme nos ensina Fernando Dias Menezes de Almeida, a Lei Paulista “reveste-se de grande utilidade por haver, no limite de normas específicas próprias da competência estadual, disciplinado de modo sistemático esse importante mecanismo do direito administrativo e por haver criado instrumentos institucionais de sua aplicação, propiciando a segurança jurídica necessária para a atração dos parceiros privados” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *As Parcerias Público-Privadas e sua aplicação pelo Estado de São Paulo*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 581).

nº 64.100, de 29 de janeiro de 2019. Trata-se de instância política, composta por Secretários de Estado das Pastas estratégicas e pelo Procurador Geral do Estado, com atribuições amplas para os empreendimentos, como definir as prioridades e supervisionar as atividades do Programa de PPP, deliberar sobre a proposta preliminar de projetos, escolher a forma de contratação de estudos técnicos, entre outras competências.

Por conseguinte, o decreto supramencionado criou a Unidade de PPP, órgão de perfil técnico, responsável pelo acompanhamento dos estudos relativos a projetos de PPP, cuja proposta preliminar tenha sido submetida ao Conselho Gestor, manifestando-se formalmente sobre os seus resultados, cabendo-lhe opinar sobre as propostas preliminares de parcerias e preparar o relatório semestral a ser remetido à Assembleia Legislativa sobre as atividades do Programa de PPP⁶.

Outro importante órgão é a Comissão de Acompanhamento de Contratos de Parcerias Público-Privadas (CAC-PPP), disciplinada pelo Decreto estadual nº 62.540, de 11 de abril de 2017. Referida comissão foi estruturada com a missão de exercer o monitoramento da execução de todos os contratos de Parcerias Público-Privadas celebrados pela Administração Direta e Indireta. A CAC-PPP é composta por cinco membros, componentes dos seguintes órgãos/entidades: Secretaria da Fazenda, Companhia Paulista de Parcerias, Secretaria de Planejamento e Gestão, Secretaria de Governo e Procuradoria Geral do Estado.

Inicialmente, o Decreto estadual nº 57.289, de 30 de agosto de 2011, detalhava o procedimento de apresentação, análise e aproveitamento de propostas, estudos e projetos pela iniciativa privada, com vistas à inclusão de projetos no Programa de Parcerias Público-Privadas. Posteriormente, referido instrumento normativo foi substituído pelo Decreto estadual nº 61.371, de 21 de julho de 2015, que trouxe maior detalhamento das etapas procedimentais de apresentação de estudos pela iniciativa privada, prevendo fases de enquadramento preliminar, chamamento público e modelagem. Além da maior especificação dessas etapas, tal

6 Inicialmente, a Unidade de PPP era vinculada à Secretaria de Planejamento. Contudo, o Decreto estadual nº 61.035, de 1º de janeiro de 2015, alterou essa situação, vinculando referido órgão à Secretaria de Governo do Estado.

decreto ampliou o escopo da regulamentação em análise, para englobar PPP e concessões comuns.

De acordo com o procedimento em vigor, qualquer pessoa, associação ou sociedade empresária pode apresentar uma proposta ao Estado, descrevendo os problemas concretos que justificam a parceria proposta, com indicação da modalidade de contratação a ser utilizada e avaliação econômica preliminar.

Endossada a proposta pelo Secretário Executivo, será formado Comitê de Análise Preliminar pelo Conselho Gestor de PPP ou pelo Conselho Gestor do Programa Estadual de Desestatização, com a finalidade de aprofundar a análise apresentada. Após a aprovação da proposta preliminar, será formado Grupo de Trabalho, com o escopo de acompanhar o procedimento, até o ato que marque o início da eficácia do contrato de parceria a ser celebrado. Nesse momento, referidos colegiados avaliarão a conveniência em realizar um chamamento público, para que outros interessados possam contribuir com a proposta, ou recomendarão o deferimento da autorização exclusiva para realização de estudos.

Passadas essas etapas, as propostas serão avaliadas, selecionadas e poderão ser aprovadas pelo Conselho Gestor de PPP, para posterior publicação do aviso de licitação.

Os órgãos e entidades públicas supramencionados desempenham um papel relevante de coordenação e estruturação dos projetos. Contudo, essa atividade não é suficiente para o sucesso de empreendimentos complexos, que demandam intensos investimentos para prestação de serviços públicos essenciais. Com o objetivo de trazer transparência na formulação de políticas públicas, reduzir riscos de corrupção e captura e aprimorar a qualidade dos arranjos institucionais contemplados nas Parcerias Público-Privadas, faz-se necessária a presença de formas de interação com a iniciativa privada.

A participação de agentes privados na elaboração de projetos de PPP consolidou-se no Brasil⁷, de modo que, atualmente, pode-se afir-

7 “No âmbito político-econômico, o Procedimento de Manifestação de Interesse surge como ferramenta que, recém-chegada do exterior, é empregado com frequência cada vez maior pela Administração Pública brasileira, sobretudo sob o manto legítimo das potenciais vantagens de eficiência econômica que percebe aos projetos concessórios. O procedimento qualifica-se

mar que a estrutura procedimental para elaboração de edital, minuta de contrato de concessão e documentos relacionados, conta com diálogos público-privados na maior parte dos entes federativos.

Cabe destacar que esse recente fenômeno dispunha de autorização legislativa desde o advento da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual prevê que eventuais estudos, investigações e projetos de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou pelo setor privado, mediante autorização prévia, seriam ressarcidos pelo vencedor da licitação. Por sua vez, a Lei federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, previu que, nas concessões e permissões de serviço público, os autores dos projetos básico e executivo podem participar da licitação ou da execução de obras ou serviços. Esses permissivos legais constituíram o fundamento inicial para o surgimento dos Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (PMI) ou das Propostas Não Solicitadas (PNS) para projetos de PPP⁸.

Para facilitar o recebimento de propostas de parcerias pela iniciativa privada que possam seguir o procedimento do Decreto nº 61.371/2015 acima detalhado, o Estado de São Paulo desenvolveu uma “Plataforma Digital de Parcerias”, no endereço eletrônico da Secretaria de Governo. Trata-se de sistema eletrônico, no qual o interessado pode fazer o *upload* de uma proposição ao Governo, com estudos que demonstram meios para solução de algum problema ou uma forma mais adequada para prestação de um serviço, no formato de concessão comum ou PPP.

como uma técnica consoante à busca pelo aprimoramento dos métodos de trespasse, aos particulares, da prestação de utilidades públicas. Amolda-se, portanto, à tendência delegativa de atividades sob a titularidade do Estado brasileiro, notada pelo ressurgimento do instituto das concessões, iniciada a partir da crise fiscal e incapacidade de financiamento de atividades estatais, cuja origem remete ao acúmulo desmedido de atividades no século XX. Além disso, insere-se em contexto político-social cujo diálogo entre a Administração Pública e os particulares é inevitável e necessário, pelo que conserva, no mínimo, aptidão para institucionalizar esse relacionamento prévio à licitação pública. Assim, atribui autonomia jurídica, com procedimento administrativo próprio e exposição peculiar, ao que comumente se denomina por fase interna da licitação pública, ou seja, em momento bastante preliminar do processo de contratação pública” (SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2013, p. 469).

8 MASTROBUONO, Cristina. MIP/PMI – A parceria na relação público-privada. In: SENNES, Ricardo (org.). *Novos rumos para a infraestrutura*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2014. p. 185.

Em linhas gerais, esse é o procedimento para elaboração de projetos de parcerias com a colaboração do setor privado no Estado de São Paulo. Após a explicitação de tais etapas, os próximos tópicos cuidarão dos desafios relacionados ao cumprimento das formalidades legais para os contratos de PPP de referido ente federativo.

2. O RETRATO DE PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS

A previsão legal de um procedimento claro para a elaboração de projetos, instrução do procedimento licitatório e formalização de um contrato de PPP no Estado de São Paulo não eximiu referido ente federativo de diversos problemas, em razão de peculiaridades jurídicas e políticas.

Em geral, é possível afirmar que existe um descompasso entre o discurso da desburocratização, tão caro à ideia de administração pública eficiente, e os preceitos de “procedimentalização” como forma de fortalecimento da impessoalidade e ética nas relações de governo. Os exemplos a serem apresentados no presente trabalho mostrarão como essa dicotomia é equívoca e como a redução da burocracia pode vir acompanhada de boas práticas de gestão estatal⁹.

2.1. A informalidade contemporânea vs. a necessidade de justificativa das condutas

A sociedade atual se relaciona por formas cada vez mais dinâmicas. Em tempos recentes, é comum que o relacionamento entre os agentes responsáveis pela elaboração de um modelo de contratação da adminis-

9 Dentro dessa proposta, cabe destacar o seguinte excerto da literatura especializada: “Hoje procura-se, sobretudo, combater na burocracia motivos incontroláveis e preferências mediante a ampliação da garantia legal no interesse do representante legítimo. Mas dessa forma nada se lucra com o estabelecimento de alguns poucos princípios e condições mínimas. No fundo, trata-se dum problema de racionalização interna do método de decisão da administração. Muito provavelmente, só se tornará racional uma padronização que abranja o próprio processo de decisão num elevado grau de especialização decurso da decisão e sobrecarga a racionalidade da decisão. As pesquisas mais recentes em países em vias de desenvolvimento, em relação com as empresas típicas de prestação de serviços onde a cooperação dos que aí são atendidos é condição de sucesso, mostram claramente que as organizações têm de ser desburocratizadas, no caso de se lhes querer atribuir uma co-responsabilidade pela orientação do seu público”. LUHMANN. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 169.

tração pública ocorra por formas eletrônicas, as quais não deixam registros em processos ou expedientes formais, de maneira não aderente com as diretrizes arquivísticas dos documentos oficiais do Estado. Essa forma de trabalho pode gerar efeitos positivos, especialmente quanto à rapidez do trânsito de informações e à integração entre pessoas que trabalham em espaços físicos distantes em um mesmo projeto.

Todavia, a sociedade e os órgãos de controle têm exercido pressão sobre o Governo para que a ação administrativa seja aprimorada por instrumentos de *compliance*, especialmente aqueles relacionados ao aumento de publicidade dos atos administrativos, acompanhados da devida justificativa (motivação) das decisões.

Na compreensão da corrente de pensamento supramencionada, não basta ao Estado reagir quando provocado, fornecendo as informações solicitadas, por meio dos diversos canais de informação. O conteúdo do princípio da publicidade, em uma leitura contemporânea, demanda uma postura ativa, de fornecimento e disponibilização de informações abertas ao público, por meio dos canais de informação institucionais de governo.

Essa postura proativa da Administração Pública na disponibilização de informações, fomento à participação popular e controle dos atos estatais pelo cidadão funciona como instrumento indutor da boa gestão e de redução dos riscos de corrupção ou práticas ilícitas, como defendido por Luis Manuel Fonseca Pires¹⁰.

Dessa forma, um dos desafios no contexto da procedimentalização dos atos da administração pública é a compatibilização dessas duas demandas: a informalidade da comunicação contemporânea e as justifica-

10 “Não basta aguardar que o cidadão reclame uma informação de seu interesse pessoal, ou que o controle social perceba algum escaninho de práticas sem publicidade e provoque, para aquele espaço discreto de ações governamentais, a disponibilidade de dados que permita à sociedade avaliar se há lisura no trato do bem público. O *dever de transparência* em Estado de Direito que se situa historicamente no terceiro milênio exige mais, reclama que rotineiramente o Estado amplie a possibilidade de acesso às instâncias de tomada de decisão, tanto de programas em curso quanto consumados, e não apenas quanto à quantidade de dados, mas sobretudo a *forma de tratamento* destes informes deve primar – e aperfeiçoar-se – pela clareza e – deveria ser desnecessário dizê-lo – exatidão, comprometimento com a realidade informada”. PIRES, Luis Manuel Fonseca. O fenômeno da corrupção na história do Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da et al. (org.). *48 Visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 825.

tivas e motivações requeridas para os atos administrativos. Os próximos itens se debruçarão sobre questões práticas decorrentes dessa situação, com a apresentação de possíveis soluções aos problemas verificados.

2.2. Os principais desafios procedimentais nas PPP

No conjunto de inúmeros desafios enfrentados ao longo dos procedimentos necessários à formalização e execução de um contrato de PPP pelo Estado de São Paulo, o recorte metodológico do presente artigo optou por selecionar quatro questões que merecem maior reflexão, em razão de sua importância estratégica e de planejamento governamental: (i) adequada instrução do processo licitatório, (ii) esclarecimentos ao edital, (iii) as dificuldades decisórias dos gestores governamentais e (iv) a necessidade de aprimoramento dos instrumentos orçamentários.

Tais elementos serão abordados a seguir, em subitens específicos.

2.2.1. Adequada instrução do processo licitatório

Conforme exposto no início do presente artigo, as Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo estão sujeitas a um procedimento que envolve diversas Secretarias de Estado e entidades governamentais. Em geral, todos os empreendimentos têm a participação da Secretaria da Fazenda e Planejamento, Secretaria de Governo, Procuradoria Geral do Estado, Companhia Paulista de Parcerias e da Secretaria de Estado setorial, que será responsável pela contratação da parceria.

Essa multiplicidade de órgãos/entidades envolvidas poderia suscitar algum tipo de dúvida acerca da responsabilidade pela formação e instrução do procedimento licitatório. Contudo, o entendimento que prevaleceu no Estado é de que tal atribuição é da Secretaria de Estado setorial, a qual será responsável pela gestão da avença.¹¹

Assim, a Secretaria de Estado responsável pela condução da licitação deverá instruir o respectivo processo com os elementos constantes no artigo 10 da Lei federal nº 11.079/2004.

11 De forma exemplificativa, contratos de PPP para construção e operação de hospitais serão geridos pela Secretaria de Estado da Saúde, que também deterá competência para instrução e condução do procedimento licitatório.

Nessa toada, a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, de modo que a abertura do processo licitatório é condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do artigo 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do artigo 25 dessa lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

Igualmente, deverão ser elaboradas estimativas do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, e deverá ser apresentada declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual. Ainda nesta etapa, será necessário explicitar a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

Necessariamente, o objeto contratual deverá estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

A lei ainda determina a submissão da minuta de edital e contrato à consulta pública e a necessidade de expedição de licença ambiental prévia ou fixação de diretrizes para realização do licenciamento ambiental.

2.2.2. Esclarecimentos ao edital

Outra relevante etapa é aquela denominada “esclarecimentos ao edital”, por meio da qual a sociedade civil tem a oportunidade de apresentar questionamentos em relação à documentação que instrui o processo licitatório.

Obviamente, trata-se de momento em que a administração pública pode realizar exclusivamente “esclarecimentos”, sendo vedado qualquer tipo de modificação, acréscimo ou supressão das informações contidas em edital, contrato e anexos. Nessa temática, a prática jurídica relata experiências em que empresas interessadas no projeto a ser licitado apresentam perguntas com o escopo de obter uma resposta que atenda sua expectativa, ainda que esteja em descompasso com as previsões contidas na modelagem do empreendimento¹².

Em muitos casos, os servidores públicos responsáveis por responder aos questionamentos não são os mesmos que participaram da redação do instrumento contratual, o que pode gerar a possibilidade de descompasso entre a etapa de esclarecimentos ao edital e as demais fases da licitação.

Para que sejam evitadas situações constrangedoras desse tipo, o procedimento de “esclarecimentos ao edital” precisa ser aprimorado. Uma proposta factível seria vincular a validade das respostas apresentadas pela administração pública a uma análise prévia do órgão de advocacia pública, o qual poderia emitir uma “não objeção” à minuta de redação apresentada, e/ou à aprovação da Comissão de Licitação, de maneira a ser atribuída claramente a responsabilidade pelo conteúdo das respostas apresentadas.

2.2.3. As dificuldades decisórias dos gestores governamentais

Nos empreendimentos de PPP também é comum que o Estado se depare com dificuldades para escolha do agente responsável pela gestão do contrato. Isso porque ainda existem poucos servidores públicos com a necessária *expertise* para desenvolver um relacionamento de longo prazo com a contratada, em uma modalidade de avença que pressupõe forte intuito cooperativo e cujas disposições possuem natural incompletude.

Ao contrário dos contratos administrativos clássicos, regidos exclusivamente pela Lei federal nº 8.666/93, cujos principais instrumentos de gestão ainda são as ferramentas sancionatórias, as PPP tendem a operar com maior qualidade por meio de incentivos positivos ao cumprimento

12 Um aprofundamento do tema pode ser encontrado no Parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo SubG-Cons nº 50/2018, de autoria do subscritor deste artigo.

do contrato. Por esse motivo, inclusive, o § 1º do artigo 6º da Lei federal nº 11.079/2004 possibilita o pagamento ao parceiro privado de remuneração vinculada ao seu desempenho, conforme padrões de qualidade e disponibilidade definidos na avença.

Contudo, o atual panorama institucional brasileiro, em que são relatados diversos casos de responsabilização de gestores públicos pelo mero não alinhamento de suas condutas com a opinião professada pelos órgãos de controle, ainda que inexistente qualquer violação ao ordenamento jurídico, tende a afastar muitos profissionais capacitados dos órgãos gerenciais da administração pública¹³. Tal problema poderá ser reduzido pelo advento da reforma promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme será exposto no próximo item deste artigo.

Outro relevante ponto de atenção, que se encontra atrelado ao problema supramencionado, se refere à pluralidade de esferas decisórias, as quais, em muitos casos, trazem consigo o aspecto negativo da burocracia estatal. Isso porque o mosaico de órgãos e agentes responsáveis por tomadas de decisões relevantes em tais empreendimentos (sem uma clara delimitação de competências para certos temas) acaba por favorecer a excessiva “procedimentalização” de decisões sensíveis ou polêmicas, especialmente aquelas que podem gerar algum tipo de responsabilização de natureza pessoal.

Como exemplo, podem ser mencionadas as decisões relacionadas ao reconhecimento de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos ou alterações contratuais que possam explicitar algum tipo de fragilidade nos projetos iniciais contidos na licitação. Em tais casos, frequentemente se verifica a oitiva de diversos órgãos constituídos, criação de grupos de trabalho e longo transcurso de tempo, até que seja tomada uma decisão que poderia ter sido emitida tempos atrás¹⁴.

13 Um relato de casos em que ocorreram responsabilizações de gestores públicos, sem a necessária verificação de conduta violadora do ordenamento jurídico, pode ser encontrado em: MONTEIRO, Vera; e outra. *Os tipos de gestores públicos brasileiros*. Fonte: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>. Acesso em 21.02.2019.

14 Sobre as formas de organização da burocracia estatal nacional, em um contexto de reforma de Estado e sob a ótica Weberiana cf: REIS, Tarcila. *Administrative Policy Law: a comparative institutional analysis of State Reform in Chile, Brazil and Argentina*. PhD in Public Law.

Para reduzir a ocorrência desses problemas, se faz necessário garantir a autonomia dos gestores públicos e tornar o processo decisório do Estado mais transparente e apto ao controle e compreensão dos administrados¹⁵.

2.2.4. A necessidade de aprimoramento dos instrumentos orçamentários

Outro ponto de atenção para o aprimoramento da gestão contratual, mais relacionado à mensuração do nível de endividamento do ente federativo em razão de seu programa de PPP, diz respeito à adequada utilização dos instrumentos financeiros, contábeis e orçamentários para o acompanhamento da execução dessas avenças.

Nessa temática, parte significativa das regulamentações são editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, dentro da competência conferida pela Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, e pela Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Assim, podem ser destacados os Procedimentos Contábeis Orçamentários da 7ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), aprovados pela Portaria STN nº 840, de 21 de dezembro de 2016¹⁶. Referida norma técnica regulamenta procedimentos contábeis específicos de diversas naturezas, inclusive para concessões de serviços públicos.

De acordo com o MCASP, em PPPs as contraprestações abrangem a remuneração do parceiro privado pela prestação dos serviços e a aquisição do ativo da concessão, quando aplicável. Assim, o passivo referente à remuneração pelos serviços é registrado quando da ocorrência do fato gerador. Por sua vez, o passivo referente à aquisição do ativo é registrado no momento de sua incorporação¹⁷.

Sciences PO Doctoral School. Main supervisor: Jean-Bernard Auby. Paris, 2013, p. 206 e ss.

15 Na temática da importância da difusão de informações como instrumento de legitimação das escolhas realizadas pelos gestores públicos, com foco na problemática regulatória, Cf: RIBEIRO, Maurício Portugal, e outro. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 3, 1, 2017, pp. 180-209.

16 Fonte: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/mcasp>>. Acesso em 30.01.2019.

17 Quando o ativo se referir a uma obra civil, seu reconhecimento ocorrerá proporcionalmente

A natureza do passivo reconhecido difere em cada modelo de concessão, de acordo com a maneira como o concedente compensa o concessionário, ou seja, conforme a essência dos contratos.

Sob o ponto de vista da execução orçamentária e patrimonial, o Manual de Demonstrativos Fiscais, também editado pela Secretaria do Tesouro Nacional, dentro de sua competência regulatória, dispõe sobre a forma de elaboração do demonstrativo das PPPs, que integra o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), a ser publicado bimestralmente.

O objetivo de tal demonstrativo é informar os impactos das contratações de PPPs nas contas do ente federativo, em especial os ativos constituídos pela SPE, os passivos e as provisões.

A partir de tais demonstrativos, poderá ser verificado o cumprimento dos limites legais à contratação de PPP previstos no artigo 28 da Lei federal nº 11.079/2004¹⁸. Além disso, o demonstrativo pode funcionar como um elemento de análise ao investidor, para verificação do nível de endividamento do ente federativo.

Diante de tal quadro normativo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em exame das contas apresentadas pelo Governador do Estado em 2016, havia apontado que o Poder Executivo necessitava aprimorar a evidenciação de ativos e passivos decorrentes de PPP. Contudo, ao se debruçar sobre as contas apresentadas em 2017, tal Corte compreendeu que suas recomendações foram atendidas, de acordo com a mensuração das obrigações decorrentes dos contratos firmados apresentada em planilha específica¹⁹.

à sua evolução.

- 18 “Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”
- 19 “TC-3546/989/17 (e-TCESP 3546.989.17-9): Em relação ao processo de convergência às Normas Contábeis Internacionais durante o ano de 2017, conforme destacado pela DCG, houve avanços no reconhecimento do imobilizado, do passivo atuarial, além do reconhecimento inicial dos ativos e passivos em contratos de Parceria Públicas Privadas (PPP), sendo que, nesse último caso, observou-se o atendimento à recomendação exarada no parecer das

Ocorre que o Balanço Geral do Estado (Contas Exercício 2017), no Anexo XIII – Demonstrativo de PPP, não trouxe o registro de provisões ou outros passivos decorrentes das PPP, mas apenas de obrigações decorrentes de ativos constituídos pela SPE. Vale ressaltar que o Relatório Resumido da Execução Orçamentária referente ao período de julho a agosto de 2018 apresenta a mesma informação.

Ao realizarmos o cotejo entre o cenário verificado no Balanço Geral do Estado de 2018 e o Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2019 (Riscos Fiscais Decorrentes de PPP), verifica-se um potencial descompasso de informações²⁰. Isso porque a descrição dos riscos decorrentes dos empreendimentos de PPP relata uma série de eventos aptos a gerarem a necessidade de provisionamento e não foram considerados no Balanço Geral do Estado²¹. Trata-se de outro aspecto procedimental deveras relevante ao adequado acompanhamento da carteira de PPP do Estado de São Paulo, o qual necessita ser aprimorado.

2.3. O que esperar para o futuro?

Os quatro tipos de problemas, relatados de forma exemplificativa acima, expõem o contraponto existente entre a necessidade de cumprimento de diretrizes legais para a boa condução de um contrato de PPP e uma demanda contemporânea por dinamizar a ação administrativa. Essa dicotomia pode se agravar em um cenário de despreparo profissional de certos agentes administrativos, receosos da atividade controladora exercida sobre seus atos.

contas de 2016 para que “ativos e Passivos decorrentes de contratos de PPPs: providenciar a contabilização dos ativos e passivos decorrentes das concessões através de Parcerias Público-Privadas conforme previsto na NBC TSP 05”. (...) “Anoto, ainda, que a recomendação exarada nas contas de 2016 no sentido de que fossem contabilizados os ativos e passivos decorrentes das concessões através de PPP, conforme previsto na NBC TSP 05 foi atendida (Total de Ativos – R\$ 2.727.767 mil e Total de Passivos – R\$ 3.905.982 mil)”. – PARECER DA ASSESSORIA TÉCNICO-JURÍDICA. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/TC%203546-989-17-ATJ-Juridica.pdf>>. Acesso em 31.01.2019.

20 Fonte: <<https://www.al.sp.gov.br/leis/orcamento/>>. Acesso em 30.01.2019.

21 Como exemplo, podem ser mencionadas as dificuldades para início das obras de uma das unidades hospitalares da PPP dos complexos hospitalares e as dificuldades para aquisição dos medicamentos fabricados pela indústria de Américo Brasiliense, na PPP da FURP.

Nessa toada, eventuais respostas apresentadas em procedimento de “esclarecimentos ao edital” podem desvirtuar a matriz de riscos de uma PPP. Do mesmo modo, a não evidenciação dos níveis de endividamento do Estado em razão de seu programa de concessões pode gerar problemas de fluxo de caixa ao ente federativo.

Contudo, uma recente alteração legislativa poderá reduzir as dificuldades supramencionadas, por meio de uma nova forma de condução e avaliação dos atos administrativos.

3. OS IMPACTOS DA LINDB NA FORMALIDADE CONTRATUAL DAS PPP

A alteração promovida pela Lei federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) trouxe dispositivos sobre interpretação e aplicação do Direito Público e motivação de atos a serem praticados por agentes públicos.

Referida lei resultou de projeto elaborado por um conjunto de acadêmicos, o qual foi intensamente debatido com a comunidade interessada em congressos e seminários. Em um momento preliminar, as principais manifestações sobre a novação legislativa apontam aspectos positivos e alterações substanciais que advirão a partir de sua promulgação, mas foi possível verificar posicionamentos minoritários contrários ao seu texto, especialmente por parte de profissionais que exercem a função controladora dos atos da administração pública²².

22 Uma abordagem que ressalta vantagens das alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (texto publicado anteriormente à aprovação do projeto de lei) pode ser encontrada em OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Hiperativismo do controle versus inércia administrativa*. In: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>>. Acesso em 04.02.2019. Segundo o autor: “Os futuros arts. 20 a 22 da LINDB previstos no PL veiculam regras em que a interpretação e a aplicação do Direito deverão considerar o entorno fático e as consequências da decisão administrativa, controladora ou judicial que está sendo exarada. Além de estar alinhada ao cenário de implantação da governança pública acima exposto, tais regras acabam por reforçar o dever constitucional de motivação e fundamentação, fática e jurídica, que encontram-se previstos na Lei Maior e também em diplomas legislativos como a Lei federal nº 9.784/99 (processo administrativo).” Diversamente, foi noticiado na imprensa que algumas associações representativas de membros do Ministério Público, magistratura e auditores solicitaram o veto integral do projeto ao Presidente da República. In: *Polêmicas, mudanças na*

No contexto do procedimento da execução de um contrato de PPP, tais alterações podem provocar diversos impactos, em especial, sob duas perspectivas relevantes: (i) a atuação dos gestores públicos e (ii) o balizamento do trabalho desempenhado pelos órgãos de controle externo da Administração Pública.

3.1. Os impactos no ofício dos gestores públicos

O novo artigo 20 da LINDB dispõe que no âmbito administrativo, controlador e judicial, fica vedada a decisão com base em valores jurídicos abstratos, sem que a autoridade considere as consequências práticas de sua decisão²³.

Igualmente, o artigo 22 da Lei afirma que na interpretação de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo do direito dos administrados.

Ao comentar os objetivos da proposição legislativa em questão, dois juristas que participaram da elaboração do projeto de lei enfatizaram o nível de abstração de determinadas normas de direito público, de modo que sua aplicação prática, em muitas hipóteses, não considera a complexidade das relações jurídicas regulamentadas, tampouco os efeitos da invalidação ou declaração de nulidade de atos, sem que ocorra uma necessária ponderação entre alternativas que protejam adequadamente os valores jurídicos envolvidos no conflito²⁴.

LINDB só aguardam análise presidencial. Reportagem de Ana Pompeu. <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-15/polemicas-mudancas-lindb-aguardam-analise-presidencial>>. Acesso em 04.02.2019.

- 23 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”
- 24 “Como é amplo e crescente o grau de indeterminação das normas, em especial as de direito público, é preciso impedir que as autoridades, ao delas extraírem consequências concretas – criando direitos, deveres e proibições específicas para os sujeitos certos –, o façam de modo superficial. É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-públicas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e a adequação das soluções cogitadas,

Essas previsões, ao mesmo tempo em que reforçam as responsabilidades dos gestores públicos, por tornar mais explícita sua obrigação na condução de procedimentos decisórios nos contratos sob sua alçada (por inibir a omissão daquele que prefere não se manifestar ou protelar uma deliberação, sabedor que seu silêncio tem baixas chances de gerar responsabilizações funcionais, ainda que possa impactar economicamente o contrato (vide item 2.2.3 acima), também traz segurança jurídica ao criar um ambiente institucional de maior conforto, por inibir que o voluntarismo decisório da jurisprudência do Poder Judiciário e das cortes de contas possam invalidar uma decisão lícita tomada em um contexto da discricionariedade administrativa.

3.2. Balizamento para as atividades de controle externo na avaliação do formalismo procedimental

A Constituição Federal de 1988 prevê que a atividade de controle externo será exercida pelo Congresso Nacional, no que diz respeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Tal atividade será realizada com auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 e 71). Pelo princípio da simetria, as Constituições dos Estados apresentam preceitos semelhantes para suas administrações locais.

As previsões constitucionais supramencionadas foram concretizadas pela legislação promulgada após 1988, especialmente a Lei Orgânica do TCU e a Lei federal nº 8.666/93. Conforme já apontado pela literatura especializada, a conformação dada às Cortes de Contas após o período de redemocratização não se restringiu ao controle das despesas decorrentes dos contratos firmados pelo poder público, mas também foi prevista a possibilidade de intervir no próprio curso da licitação. Nesse sentido, os Tribunais de Contas passaram a ter competência para

de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc.” SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 279.

interromper procedimentos licitatórios e determinar a forma como o Estado deve contratar²⁵.

Dessa maneira, com base nessa ampliação de poderes e atribuições, nota-se que, em diversos casos, os Tribunais de Contas acabam por exercer suas funções de maneira abusiva, determinando a suspensão de certames licitatórios, ou mesmo decretando a ilegalidade de contratos ou despesas, cujas consequências tendem a ser mais gravosas do que as irregularidades inicialmente verificadas por sua atividade fiscalizadora²⁶.

Alguns exemplos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo podem ilustrar esse estado de coisas.

Em diversas contratações realizadas pela Administração Pública, parte dos custos de obras contratadas ou projetos estruturados é custeada com recursos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e de outras agências de fomento. Trata-se de fenômeno de escala nacional.

Nesse contexto, o BIRD, por exemplo, recomenda a adoção de determinadas diretrizes nos procedimentos licitatórios e contratos, aderentes com as diretrizes para aquisições financiadas com seus recursos, as quais, em muitos casos, apresentavam disposições não aderentes com a lei federal de licitações e contratos. Como exemplos, pode ser mencionada a recomendação pela inclusão de cláusula arbitral para resolução dos conflitos decorrentes do contrato ou procedimentos diferenciados para seleção dos contratados, ou mesmo para o cumprimento de requisitos de qualificação técnica ou econômica.

25 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 12, n. 47, out/ dez 2014.

26 “A despeito de a legislação realmente ter ampliado o espaço de atuação dos Tribunais de Contas, catalisando, assim, importante expansão da área de influência destes entes, há indícios relevantes de que eles, no desempenho de suas atividades, têm se excedido. Dito de outro modo, acredita-se que, nos últimos tempos, os Tribunais de Contas têm extrapolado o papel e as competências que lhes foram conferidos pelas normas jurídicas em vigor.” ROSILHO, André Janjácomo. *Tribunais de Contas no Brasil: quem controla o controlador?* In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Marina Fontão. *Direito Público Francês: temas fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 35.

A aplicação de tais preceitos é expressamente permitida pelo § 5º do artigo 42 da Lei federal nº 8.666/93.²⁷

No Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a jurisprudência se consolidou pela regularidade de certames licitatórios formulados com a incorporação das exigências previstas em edital padrão do agente financiador internacional, desde que resultantes de condições que não violem os princípios do julgamento objetivo e a seleção da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, podem ser destacadas as Tomadas de Contas 28794/026/08, 7826/026/09, 7946/026/09, 7964/026/09 e 1288/989/12.

A despeito da existência de jurisprudência deferente ao conteúdo da lei, a amplitude semântica de tais decisões permitiu um voluntarismo indesejável à atividade decisória, pois, pautado em tais preceitos, a Corte de Contas paulista já se manifestou pela regularidade de certames licitatórios que apresentavam condições diferenciadas de patrimônio líquido exigido das empresas para fins de habilitação (TC - 004178.989.13-3, rel. Dimas Ramalho), mas também explicitou posicionamentos preliminares considerando indevida a inserção de cláusula compromissória em contrato administrativo, sem apontar em que medida isso poderia macular a seleção da melhor proposta ou o julgamento isonômico (TC – 30613/026/08, rel. Sydney Beraldo).

Situações dessa natureza podem gerar ampla insegurança jurídica no procedimento licitatório e de execução de um contrato de PPP. Isso porque, em muitas situações, o casuísmo das Cortes de Contas não permite ao gestor público verificar qual a melhor conduta a ser tomada no caso concreto. Além disso, muitas vezes o acompanhamento da execução contratual pelo TCE avalia os atos praticados pelas partes contratantes

27 Nos termos do mencionado dispositivo legal: “§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

de forma extemporânea, declarando a invalidade de procedimentos já encerrados que dificilmente poderão ser revertidos ao *status quo ante*.

O que se espera, a partir da recente reforma legislativa na LINDB, é que os órgãos responsáveis pelo controle externo dos atos da administração pública passem a atuar em respeito ao previsto no artigo 20 da nova lei, que consagrou o princípio da inexistência de nulidade de pleno direito e a necessidade de valoração consequencialista das decisões em procedimentos administrativos.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo procurou traçar um panorama sobre a importância da formalidade procedimental para a boa execução de um contrato de PPP.

A partir da exposição das etapas necessárias à criação de um vínculo obrigacional dessa natureza para o Estado de São Paulo, foram relatadas as principais vicissitudes enfrentadas para a adequada condução do procedimento, sob a perspectiva dos agentes públicos envolvidos (em especial o gestor contratual) e do cumprimento das diretrizes jurídicas, contábeis e orçamentárias. Algumas recomendações foram apresentadas, com o objetivo de reduzir o impacto negativo de certas práticas administrativas.

Diante das dificuldades apontadas, a expectativa é de que a reforma realizada em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro possa trazer alguns benefícios na condução dos procedimentos dos contratos de PPP, em especial pelas garantias ofertadas aos gestores públicos e pelas balizas trazidas à atuação dos órgãos de controle externo da Administração Pública.

5. BIBLIOGRAFIA

CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da e outros. (org.). *48 Visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 12, n. 47, out/dez 2014.

LUHMANN. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, n. 107, ano XXIX, p. 74-82, dez. 2009.

MASTROBUONO, Cristina. MIP/PMI – A parceria na relação público-privada. In: SENNES, Ricardo (org.). *Novos rumos para a infraestrutura*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2014. p. 185 e ss.

MONTEIRO, Vera; e outra. *Os tipos de gestores públicos brasileiros*. Fonte: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>. Acesso em 21.02.2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Hiperativismo do controle versus inércia administrativa*. In: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>>. Acesso em 04.02.2019.

REIS, Tarcila. *Administrative Policy Law: a comparative institutional analysis of State Reform in Chile, Brazil and Argentina*. PhD in Public Law. Sciences PO Doctoral School. Main supervisor: Jean-Bernard Auby. Paris, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal e outro. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 3, 1, 2017, pp. 180-209.

ROSILHO, André Janjácómo. Tribunais de Contas no Brasil: quem controla o controlador? In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Marina Fontão. *Direito Público Francês: temas fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 35.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2013.

STERN, John; e outro. *Regulatory Governance: criteria for assessing the performance of regulatory systems*. An application to infrastructure industries in the developing countries of Asia. *Utilities Policy* 8 (1999), p. 33-50.

SUNDFELD, Carlos Ari; e outro. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 279 e ss.

COMENTÁRIOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE CERTIFICADORAS DE IMPLANTAÇÃO E VERIFICADORES INDEPENDENTES EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Camila Rocha Cunha Viana¹

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado²

Sumário: 1. Introdução; 2. Certificadora de implantação e verificador independente: o que são?; 2.1. Certificadora de implantação; 2.2. Verificador independente; 2.3. Como escolher e contratar a certificadora de implantação e o verificador independente; 3. A experiência do Estado de São Paulo; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em geral, a fase de modelagem de projetos de concessões e PPPs é a que concentra a maior parte dos esforços materiais e humanos do setor público. Nesse momento, a burocracia estatal dedica-se intensamente à depuração dos *inputs* recebidos do setor privado e à elaboração e redação de instrumentos e documentos técnicos que reflitam as melhores práticas em matéria de licitações e contratos (alocação de riscos, equilíbrio econômico-financeiro, indicadores de desempenho, entre outros temas).

Entretanto, pouco se debate sobre as complexidades e dificuldades que permeiam o acompanhamento da execução desses contratos pelo

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela USP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.

Poder Público. Uma gestão contratual desconectada das premissas de modelagem põe em risco os inúmeros esforços dedicados à estruturação do projeto, bem como os ganhos de eficiência obtidos no *design* contratual e no procedimento licitatório.

Contratos de longo prazo são, por sua natureza, incompletos. Como decorrência, as cláusulas contratuais cada vez mais se dedicam a processualizar a tomada de decisão futura e menos a prever todas as inúmeras intempéries que podem impactar o contrato³. Busca-se, dessa forma, disciplinar a dinâmica do ajuste no tempo para fazer frente à cambiante conjuntura⁴.

Nesse contexto, a boa gestão de contratos de longo prazo pelo setor público, inclusive e especialmente nas hipóteses de lacuna, garante que os projetos atinjam seus objetivos e proporcionem à sociedade equipamentos e serviços de interesse público.

Por outro lado, debater esse tema significa lançar luzes sobre as deficiências da burocracia estatal, a qual padece da escassez de recursos materiais e humanos aptos a gerenciar contratações sofisticadas de valores significativos.

Em setores regulados, as dificuldades aparentam ser mais bem equacionadas em razão da estrutura das agências reguladoras, às quais é atribuída a gestão dos contratos, incluindo a fiscalização da implantação da infraestrutura e o cumprimento de metas de investimentos e indicadores do serviço⁵.

Porém, o que se observa na maior parte dos órgãos e entidades da Administração Pública é a ausência de unidades especializadas e dedi-

3 MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no Direito Brasileiro*. In: LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em 30.06.2019. p. 132 *et seq.*

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 219.

5 No caso da PPP da Rodovia dos Tamoios, p.e., a ARTESP é responsável pela avaliação de desempenho do parceiro privado na execução do objeto contratual, bem como pela fiscalização e verificação do cumprimento dos eventos para desembolso das parcelas do aporte de recursos e do cronograma executivo do Trecho Serra – SP 099. A cláusula 25.3 autoriza, contudo, que a ARTESP contrate uma fiscalizadora ou entidade certificadora para auxiliá-la em tais atribuições.

cadadas exclusivamente à gestão de contratos de longo prazo, sendo corriqueira a designação de apenas um único servidor público – habituado a acompanhar contratações da Lei federal nº 8.666/93 – como gestor de um contrato de PPP (em geral, o único contrato desse modelo do órgão). Com um acompanhamento deficiente desses contratos, perde-se a oportunidade de colher subsídios relevantes para modelagens futuras a partir dos erros e acertos na experiência adquirida.

Nesse cenário de desafios, emergem as figuras da certificadora de implantação e do verificador independente como auxiliares na gestão dos contratos e na tomada de decisão pelo Poder Concedente e pelas concessionárias.

2. CERTIFICADORA DE IMPLANTAÇÃO E VERIFICADOR INDEPENDENTE: O QUE SÃO?

2.1. Certificadora de implantação

A certificadora de implantação atua na fase pré-operacional do projeto, acompanhando a execução das obras civis e certificando o cumprimento das etapas e especificações técnicas para a implantação da infraestrutura. Trata-se de ferramenta útil tanto em contratos de PPPs com previsão de aporte de recursos pelo Poder Concedente quanto em ajustes nos quais a etapa de investimentos e obras civis demanda um acompanhamento mais próximo⁶.

A certificadora emite laudos e relatórios, atuando como agente técnico e imparcial de apoio ao Poder Concedente na análise e aceite de

6 No Manual de Parcerias do Estado de São Paulo, a Certificadora de Implantação é apresentada nos seguintes termos: “O Certificador de Implantação (CI) é responsável por aferir se as diretrizes, projetos de engenharia e as obras concebidas e desenvolvidas no âmbito do projeto estão em plena conformidade com os objetivos do contrato firmado entre a Concessionária e o Poder Concedente. Esta contratação é uma ferramenta útil tanto em projetos em que há aportes de recursos públicos, assim como em outros que apresentem uma necessidade de acompanhamento mais efetivo na fase de implantação do projeto. O CI analisa a adequação da concepção e a conformidade das obras realizadas, oferecendo assistência técnica sólida, externa e independente, podendo se estender a novas atividades que por ventura (*sic*) necessitem de avaliação, validação ou acompanhamento de uma entidade imparcial.” Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

obras executadas pela concessionária. A propósito, cabe frisar que essa atuação não afasta – ou não deveria afastar – o monitoramento a ser feito diretamente pelo Poder Público do cumprimento das obrigações e marcos contratuais pela concessionária. Nesse sentido, em que pese o apoio de um agente externo, a Administração Pública deve contar com agentes capacitados para avaliar criticamente os laudos e relatórios emitidos pela certificadora, bem como fiscalizar por si só o andamento das obras.

Há certa confusão entre a atuação da certificadora de implantação e o gerenciamento propriamente dito da obra. Em uma tentativa de diferenciar as competências, pode-se afirmar que a certificadora de implantação valida as práticas e procedimentos utilizados pela concessionária, analisando a conformidade das obras civis aos requisitos e especificações previstos nos projetos, no contrato e nas normas técnicas incidentes. O gerenciamento, por sua vez, tem por escopo o acompanhamento do cronograma executivo e da evolução das obras civis previstas no projeto, podendo ser realizado diretamente pela concessionária ou por um terceiro por ela contratado. Na prática, contudo, é possível que haja efetiva sobreposição da atuação dessas duas figuras, gerando possíveis conflitos no tocante à verificação de cumprimento dos marcos contratuais e das especificações técnicas.

2.2. Verificador independente

O verificador independente é um terceiro especializado, técnico e imparcial, responsável pela aferição do cumprimento das obrigações previstas no contrato, em especial dos indicadores de desempenho⁷.

Vale notar que o cumprimento de indicadores, na maior parte dos ajustes, impacta diretamente o sistema de remuneração contratual, uma vez que o seu não atingimento poderá levar a descontos na contraprestação a ser paga à concessionária. Nesse contexto, a previsão dessa figura no con-

⁷ A figura do verificador independente pode ser sintetizada da seguinte forma: “O Verificador Independente é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração e desempenho (indicadores de qualidade) e no mecanismo de pagamento, constantes no edital.” Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

trato, bem como da sua forma de escolha, é questão sensível que impacta diretamente a percepção de risco do setor privado em relação à garantia de remuneração adequada pelos investimentos e prestação dos serviços.

Idealmente, o contrato de PPP deve prever indicadores de desempenho objetivos e “monitoráveis”, de modo a evitar discussões entre a concessionária e o Poder Público acerca do seu efetivo cumprimento⁸.

Há casos em que os indicadores são monitorados de forma mecânica ou eletrônica, prescindindo da avaliação humana. Em outras situações, contudo, é necessária a verificação humana do seu cumprimento (como, p.e., indicadores de limpeza das instalações e das roupas de cama em PPPs de hospitais e equipamentos de saúde)⁹. Nessas hipóteses, a garantia de atuação independente, técnica e imparcial do verificador independente é fundamental para evitar conflitos e subjetivismos em torno de eventuais descontos na contraprestação da concessionária.

O Estado de Minas Gerais disponibilizou um manual para a estruturação de verificadores independentes, com a proposta de reunir as melhores práticas para a contratação desses agentes¹⁰. O manual sintetiza o escopo de atuação do verificador independente nas seguintes vertentes: entendimento do projeto e do sistema de mensuração de desempenho; desenho de processos para monitoramento e controle do desempenho; diagnóstico e recomendação de atualização tecnológica; criação de painel de controle para gestão de indicadores; revisão do sistema de mensuração de desempenho; gestão de pleitos; estudo de viabilidade técnica e econômica; monitoramento de desempenho; gerenciamento de riscos; e transferência de conhecimento.

A contratação de entidade especializada e independente para a aferição dos indicadores de desempenho pode, de fato, agregar valor aos projetos, por ser vista por potenciais investidores como uma garantia

8 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs - Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011. p. 70.

9 *Ibid.*, pp. 70-74.

10 “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas.” Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

de recebimento de remuneração justa, ao longo da vigência contratual, pelos serviços prestados.

Para garantir essa independência, deve a entidade ter a faculdade de realizar todas as atividades pertinentes ao monitoramento e controle de desempenho do projeto. Por outro lado, pelo viés da transparência, deve o verificador conduzir suas avaliações de forma clara e transparente, promovendo a abertura dos processos de monitoramento e controle às partes interessadas, de modo a conferir legitimidade à sua atuação¹¹.

2.3. Como escolher e contratar a certificadora de implantação e o verificador independente?

O escopo de atuação da certificadora de implantação e do verificador independente, bem como a sua forma de seleção, contratação e pagamento, deve estar previsto no contrato. Nesse particular, cabe ao instrumento endereçar as seguintes questões: i) quem seleciona o terceiro especializado?; ii) como será feita a seleção?; e iii) quem realiza a contratação do agente e paga pelos seus serviços?

Tais questões estão intimamente relacionadas, uma vez que a atribuição da escolha do terceiro a uma das partes do contrato naturalmente envolve a discussão sobre a melhor forma de disciplinar essa contratação, bem como de neutralizar possíveis situações de conflito de interesses.

Inicialmente, é necessário refletir sobre quem deveria ser a parte contratante do agente auxiliar, ou seja, se a contratação deve ser feita pelo Poder Concedente ou pela concessionária. No entanto, não quer isso dizer que o contrato não possa estabelecer modelos de compartilhamento de escolha desse agente, inclusive com a verificação conjunta de requisitos daqueles que se habilitem para a função.

Como exemplo, vale citar a possibilidade de formação de uma “lista tríplice”, com três (ou mais) empresas ou consórcios de empresas que preencham os requisitos, a ser apresentada pela concessionária para homo-

11 “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas”. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

locação do Poder Concedente. A contratação será efetivada pelo parceiro privado, mas deverá se restringir às opções constantes da lista homologada pelo parceiro público. Essa foi a opção do Estado de São Paulo para a Linha 6 do Metrô, que será tratada com mais vagar no tópico subsequente.

Outro elemento a impactar o modelo de contratação consiste no pagamento da remuneração do agente auxiliar. Especificamente, debate-se como neutralizar eventual risco de captura do terceiro em razão do vínculo contratual formado entre ele e uma das partes do contrato de PPP.

Caso a contratação da certificadora de implantação seja feita pela concessionária, por exemplo, incumbe a ela avaliar a qualidade da prestação dos serviços para fins de pagamento da remuneração devida no âmbito do ajuste firmado com o terceiro. Nesse contexto, ainda que a escolha do agente tenha sido feita pelo Poder Concedente, o alegado risco de captura decorreria da circunstância de a concessionária remunerar (com base em sua avaliação e medição) os serviços prestados pelo terceiro.

Além disso, em situações de conflito entre o Poder Concedente e a concessionária no tocante à execução das obras civis, nada impede que o parceiro privado suspenda ou rescinda o contrato firmado com a certificadora. Ainda que tal conduta seja passível de sanção pelo contrato de PPP, nada impede que o vínculo seja rompido a qualquer tempo por sua exclusiva iniciativa, impactando diretamente o bom andamento do projeto.

Por outro lado, caso a contratação seja feita pelo Poder Concedente, cabe enfrentar a discussão se seria possível que a escolha do futuro prestador de serviços seja compartilhada com a concessionária. Isso porque a Administração Pública será a parte contratante dos serviços, sujeitando-se aos limites da Lei federal nº 8.666/93 e ao crivo dos órgãos de controle. Ademais, ainda que a escolha recaia exclusivamente sobre o Estado, a formação do vínculo com o terceiro especializado deverá, como dito, observar os trâmites previstos na legislação, seja para a realização de uma licitação, seja para contratação por inexigibilidade em virtude do caráter técnico e – talvez – pela singularidade do serviço a ser prestado. Porém, nessa situação, acrescenta-se mais uma contratação complexa ao portfólio do Estado, que deverá gerir a PPP e o contrato celebrado com a certificadora.

No caso do verificador independente, por exemplo, a sua contratação pelo Poder Concedente, a depender da modelagem de escolha prevista no

contrato, poderá agregar uma percepção de risco do privado a respeito da competência e independência do agente para avaliar o cumprimento dos indicadores. Por outro lado, a sua contratação pela concessionária também lança dúvidas sobre a sua efetiva imparcialidade, uma vez que a empresa por ela contratada será incumbida de avaliar o seu desempenho e o quanto ela deverá receber a título de contraprestação.

Como tentativa de equacionar a questão, os contratos normalmente preveem um procedimento de discussão dos relatórios de aferição de indicadores, inclusive com a possibilidade de remeter a controvérsia para uma Junta Técnica.

A partir desse panorama, releva apresentar a experiência paulista na escolha e contratação desses agentes.

3. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A certificadora de implantação foi prevista nos contratos da PPP dos Complexos Hospitalares (como faculdade, nos termos da cláusula 21.3), na PPP da Linha 6 – Laranja (cláusula 9 e anexo XIII), na PPP da Linha 18 – Bronze – monotrilho (cláusula 9 e Anexo XII) e na PPP da Habitação Social (cláusula 11.2).

De acordo com a cláusula nona do contrato de PPP da Linha 6¹², a certificadora de implantação atuará durante a fase de implantação do empreendimento (Fase I) por meio de acompanhamento e controle das obras e emissão de certificações. O seu papel é aferir o cumprimento das etapas e especificações técnicas constantes do contrato no que tange à implantação da infraestrutura.

Nos termos da cláusula 9.4, a escolha da certificadora foi estruturada da seguinte forma: a concessionária apresenta, para homologação do Poder Concedente, três empresas ou consórcios de empresas que reúnam os requisitos contratuais para atuar como certificadora de implantação, sendo que o contrato é firmado entre a empresa escolhida (entre aquelas constantes da lista homologada) e a concessionária. Caso o Poder Con-

12 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/116>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

cedente rejeite a lista de empresas apresentadas pelo parceiro privado, esse deverá apresentar outra, até que o Estado manifeste a sua concordância.

O contrato trouxe, ainda, requisitos para que as empresas possam se habilitar a desempenhar tal função. Entre eles, destaco as seguintes vedações estipuladas com o objetivo de neutralizar possíveis conflitos de interesse e garantir a imparcialidade da certificadora:

9.5 A CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO deverá atender aos seguintes requisitos:

- a) ter comprovadamente executado serviços de características semelhantes aos descritos nesta cláusula e Anexo XIII, assim entendidos como, atividades de:
 - 1) certificação/verificação/auditoria;
 - 2) gerenciamento;
 - 3) supervisão;
 - 4) fiscalização e controle.
- a1) as atividades deverão ser comprovadas em empreendimentos de grande porte (estações metroviárias ou ferroviárias, túneis metroviários, ferroviários ou rodoviários, rodovias, terminais rodoviários ou portuários ou aeroportuários, obras de usinas elétricas), abrangendo obras civis, sistemas elétricos, eletrônicos e mecânicos;
- a2) a comprovação de que trata essa alínea se dará obrigatoriamente em no mínimo duas das atividades listadas.
- b) apresentar plano de trabalho demonstrando a metodologia a ser aplicada na condução dos trabalhos de acompanhamento das atividades da CONCESSIONÁRIA e seus contratados;
- c) **não ser controladora, controlada ou coligada ou sob controle comum da CONCESSIONÁRIA ou de seus acionistas;**
- d) não estar submetida a liquidação, intervenção ou Regime de Administração Especial Temporária – RAET, falência ou recuperação judicial; não encontrar-se em cumprimento de pena de suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar com a Administração; não ter sido declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como não ter sido condenada, por sentença transitada em julgado, a pena de interdição de direitos devido à prática de crimes ambientais, conforme disciplinado no art. 10 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998;

e) contar com equipe técnica de especialistas de nível superior qualificados profissionalmente, conforme requisitos constantes do ANEXO XIII.

9.5.1 Não poderá participar, direta ou indiretamente, da equipe técnica vinculada ao acompanhamento da execução do objeto deste CONTRATO, pessoa que seja ou que tenha sido, nos últimos 6 (seis) meses, dirigente, gerente, empregado, contratado terceirizado ou sócio dos acionistas da CONCESSIONÁRIA. (g.n.)

A cláusula 9.8, por sua vez, prevê que a remuneração da certificadora de implantação será de responsabilidade da concessionária, sem ônus para o Poder Concedente:

não podendo estar condicionada à aceitação, pelo PODER CONCEDENTE, dos serviços objeto do presente CONTRATO, mas apenas ao regular e adequado desempenho das atividades de acompanhamento, controle e certificação dos mesmos.

O contrato de PPP da Linha 18¹³ reproduziu, em grande medida, a disciplina acima detalhada para a contratação da certificadora de implantação. Entretanto, no tocante à remuneração do terceiro, passou a dispor que :

nenhum pagamento poderá ser efetuado pela CONCESSIONÁRIA à CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, a qualquer título, sem que a correspondente medição dos serviços executados e respectivos documentos de cobrança aplicáveis sejam expressamente aprovados pelo Poder Concedente.

Dessa forma, a remuneração do agente passou a estar expressamente condicionada à verificação, pelo Poder Concedente, dos serviços executados e dos documentos de cobrança, permitindo, assim, um acompanhamento mais próximo da atuação da certificadora e da sua relação contratual com o parceiro privado.

Na PPP da Habitação Social¹⁴, a cláusula 11.2 prevê a contratação de certificadora de implantação durante a fase de implantação do

13 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

14 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

empreendimento para acompanhar as atividades desempenhadas pela concessionária. O contrato prevê, por sua vez, que a certificadora será contratada pelo Poder Concedente.

A propósito, a cláusula 11.3 evidencia o caráter auxiliar da atuação desse terceiro ao dispor que o Poder Concedente acompanhará a elaboração e implantação dos projetos, estudos, obras, sistemas e outras atividades relacionadas à implantação das unidades habitacionais, com o objetivo de garantir a aplicação das normas e diretrizes do contrato, mas condicionando a emissão dos termos de aceite à prévia manifestação conclusiva da certificadora.

Eis a redação das cláusulas mencionadas:

11.2 Durante a fase de implantação do empreendimento, as atividades desempenhadas pela CONCESSIONÁRIA deverão contar com o acompanhamento e controle de empresa ou consórcio de empresas, **contratado pelo PODER CONCEDENTE**, encarregado de emitir certificações por meio de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as etapas e suas especificações técnicas constantes do CONTRATO e seus anexos, bem como das normas nacionais e internacionais, técnicas e métodos aplicáveis, denominada CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, **sem prejuízo do regular exercício, pelo PODER CONCEDENTE, da ampla e completa fiscalização do CONTRATO, com a utilização de todos os meios que lhe permitam aferir a IMPLANTAÇÃO.**

11.3 O PODER CONCEDENTE, diretamente ou por meio de prepostos, acompanhará a elaboração e implantação dos projetos, estudos, obras, sistemas e outras atividades relacionados à implantação das unidades habitacionais, com o objetivo de garantir a aplicação das normas e diretrizes estabelecidas neste CONTRATO e seus Anexos, condicionada a emissão dos correspondentes Termos de Aceite à previa manifestação, mediante relatório conclusivo, sem ressalvas, da CERTIFICADORA DE IMPLANTAÇÃO. (g.n.)

A contratação de verificador independente foi prevista na PPP dos Complexos Hospitalares¹⁵ (cláusula 26.2) e na PPP da Habitação Social (cláusula 12).

15 Contrato assinado disponível no sítio eletrônico oficial de Parcerias do Estado de São Paulo: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/>>. Acesso em 2 de maio de 2019.

A cláusula 26.2 do contrato da PPP dos Complexos Hospitalares estabelece que o desempenho do parceiro privado na execução do objeto contratual será avaliado mensalmente pelo Poder Concedente, que se valerá da contratação de verificador independente.

No entanto, prevê a cláusula 26.1 que o cumprimento dos indicadores de desempenho descritos no Anexo IX do contrato será apurado automaticamente pela solução de TIC que deverá ser fornecida pelo parceiro privado.

As cláusulas mencionadas foram redigidas da seguinte forma:¹⁶

26.1 O valor da Remuneração do Parceiro Privado variará de acordo com o cumprimento dos Indicadores de Desempenho que possam impactar na Contraprestação, descritos no Anexo IX deste Contrato, que poderão implicar na redução proporcional da Contraprestação Mensal. **O cumprimento destes Indicadores de Desempenho será apurado automaticamente pela solução de TIC que deverá ser fornecida pelo Parceiro Privado.**

26.2 O desempenho do Parceiro Privado na execução do objeto contratual será avaliado mensalmente **pelo Poder Concedente, que se valerá da contratação de Verificador Independente**, que deverá apresentar Relatório de Avaliação de Desempenho, em até 10 (dez) dias antes da data em que o pagamento da Remuneração do Parceiro Privado, relativa ao mês referente à avaliação, se tornará devido. (g.n.)

Caso a concessionária implemente a solução indicada, parece razoável afirmar que a contratação do verificador independente torna-se desnecessária ante a aferição mecânica do cumprimento dos indicadores.

De forma semelhante, a cláusula 12.1 da PPP da Habitação Social estabelece que o Poder Concedente contratará empresa especializada para atuar como verificador independente e arcará com os custos decorrentes dessa contratação. Por outro lado, a cláusula 12.4 prevê que, se o Poder Concedente não o contrate em tempo hábil, fará diretamente a verificação do desempenho da concessionária e, caso haja controvérsia, a questão será decidida pela Junta Técnica. Eis o teor das cláusulas mencionadas:

16 Exemplo extraído do contrato do Hospital de Sorocaba.

12.1 O PODER CONCEDENTE contratará, e arcará com os custos decorrentes, empresa especializada para atuar como VERIFICADOR INDEPENDENTE, para apoio no acompanhamento da prestação dos SERVIÇOS objeto do CONTRATO, em especial para aferição do desempenho da CONCESSIONÁRIA, consoante os índices descritos no ANEXO V - SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, que servirá de base de cálculo para a PARCELA B da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

12.4 Caso o PODER CONCEDENTE não contrate o VERIFICADOR INDEPENDENTE em tempo hábil, o PODER CONCEDENTE fará diretamente a verificação do desempenho da CONCESSIONÁRIA, e se houver valores controversos serão submetidos à JUNTA TÉCNICA.

A contratação do verificador independente pelo Poder Concedente tem sido a opção dos Estados de São Paulo e Minas Gerais¹⁷.

4. CONCLUSÃO

A contratação da certificadora de implantação pelo Poder Concedente ou pela concessionária não parece ser o fator decisivo para a existência de maior ou menor risco de captura desse agente. Em empresas de capital aberto, auditorias externas são contratadas pela própria empresa a ser avaliada, o que não parece comprometer o seu caráter imparcial, especialmente considerando as diversas normas regulatórias incidentes sobre essa atividade (Comissão de Valores Mobiliários, Conselho Federal de Contabilidade, etc.).

No entanto, não é desprezível a probabilidade de ocorrência de conflito de interesses decorrente da fiscalização exercida pela parte con-

17 No “Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas” do Estado de Minas Gerais, a solução adotada foi motivada com os seguintes elementos: “Em uma primeira análise, poder-se-ia considerar mais adequado que a contratação do Verificador fosse feita pelo privado, em função da maior flexibilidade desse agente em seus processos de aquisição, quando comparado ao setor público. Ocorre que, esse cenário gera conflito de interesse, dado que o Verificador Independente avaliaria o desempenho de seu contratante e indicaria o valor que ele deveria receber. Esse modelo, também, acarretaria perda de visibilidade do poder público em relação à execução da PPP, isto é, ao nível de serviço prestado pelo privado. Assim, considera-se que o modelo mais adequado é aquele em que a verificação é responsabilidade da administração pública. Porém, há dois aspectos que direcionam para a terceirização dessa atividade, por parte do governo.” Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>.

tratante sobre os serviços prestados pela certificadora, o que pode, eventualmente, comprometer a imparcialidade e independência das análises feitas no âmbito do contrato de PPP.

Nesse contexto, um caminho possível para evitar o risco de captura parece ser o aperfeiçoamento do rol de requisitos e vedações para que empresas se habilitem como certificadoras de implantação, de modo a abarcar, por exemplo, partes relacionadas aos contratantes. Nos contratos firmados até o momento, não há vedações para pessoas relacionadas ao Poder Concedente ou para consultores técnicos da fase de modelagem do projeto.

No entanto, a experiência na contratação desses agentes nos contratos em andamento deverá fornecer subsídios valiosos para uma futura padronização da forma de escolha e contratação de certificadoras de implantação no Estado de São Paulo.

No caso do verificador independente, para além da discussão da conveniência de sua contratação pelo Poder Concedente ou pela concessionária, cumpre observar que o auxílio de um terceiro especializado aparenta ser útil apenas em contratos cujos indicadores de desempenho não possam ser aferidos de forma exclusivamente mecânica, inclusive por soluções de tecnologia implementadas pela própria concessionária, como no caso da PPP dos Complexos Hospitalares.

Finalmente, o contrato da PPP da Habitação Social deixa expresso que tanto a certificadora de implantação quanto o verificador independente são figuras auxiliares ao Poder Concedente na fiscalização do contrato, seja pelo viés da implantação da infraestrutura, seja pela aferição do cumprimento dos indicadores de desempenho.

Na experiência recente, nota-se que a gestão de projetos de PPPs é impactada pela ausência de núcleos técnicos especializados na Administração Pública, formados por um número suficiente de agentes dedicados exclusivamente a essa atividade. Por essa razão, ainda que as cláusulas contratuais tragam mecanismos sofisticados para neutralizar o risco de captura ou prevenir conflitos de interesses envolvendo agentes técnicos contratados, a escassez de recursos humanos compromete a fiscalização e a avaliação crítica da sua atuação.

Assim, o desenvolvimento das melhores práticas envolvendo certificadoras de implantação e verificadores independentes deve vir acom-

panhado da capacitação do setor público para a gestão de PPPs e concessões. Do contrário, agrega-se mais um elemento de complexidade aos projetos de longo prazo sem que o Estado esteja adequadamente preparado para administrar a execução de todos esses contratos¹⁸.

5. BIBLIOGRAFIA

DELMON, Jeffrey. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure – An Essential Guide for Policy Makers*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes – Práticas para agregar valor aos projetos de Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019.

Manual de Parcerias do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2019.

MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no Direito Brasileiro*. In: LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 1997, p. 4. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em 01.12.2016.

18 Em seu guia destinado a *policy makers* envolvidos em parcerias público-privadas de projetos de infraestrutura, Jeffrey Delmon traz a seguinte orientação para a fase de implementação de projetos: “6.2. Equipe de gestão
O governo precisa estruturar uma equipe dedicada ao projeto com habilidades apropriadas, focada na transação (as principais tarefas de gestão dificilmente constituem trabalhos de meio-período), e familiar com o contrato do projeto. A equipe precisará incluir especialistas em finanças, direito e técnicos com acesso a consultores externos. Ainda mais importante, o líder da equipe precisará inspirar confiança em oficiais de alto escalão do governo e do mercado, em especial potenciais investidores. O governo precisa alocar recursos suficientes para a equipe e a busca de recursos não pode privar a equipe das suas funções primordiais e do acesso a consultores externos. A gestão de contratos de PPPs não é uma função pública clássica, razão pela qual os responsáveis por estruturar a equipe de gestão e custear suas funções precisam a natureza de projetos de PPP e as demandas que recairão sobre a equipe. Nesse sentido, o líder da equipe precisa ser suficientemente sênior de modo a permitir que a equipe cumpra o seu papel e para obter suporte e informações de outros departamentos do governo, com competências claras para a tomada de decisão.” DELMON, Jeffrey. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure – An Essential Guide for Policy Makers*. New York: Cambridge University Press, 2011. pp. 160-161. (tradução livre)

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs - Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

A REVISÃO ORDINÁRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Cristina M. Wagner Mastrobuono¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios dos contratos administrativos ligados ao presente tema; 3. Contratos Incompletos - Riscos e Incertezas; 3.1 Riscos; 3.2 Incertezas; 4. Reajuste e Revisão; 5. Revisão Extraordinária e Revisão Ordinária; 5.1 Revisão Extraordinária; 5.2 Revisão Ordinária; 6. Histórico da Cláusula de revisão nos contratos de PPP e Concessões no Estado de São Paulo; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O prazo de execução dos contratos de parcerias, assim consideradas as concessões comuns², administrativas e patrocinadas, as duas últimas denominadas parcerias público-privadas (PPPs)³, é fator determinante na estruturação dos empreendimentos de infraestruturas públicas. Elemento primordial da equação econômico-financeira do contrato, garante o período de execução da avença necessário para a amortização dos investimentos e concretização dos ganhos esperados pelo contratado (parceiro privado), na tarefa de realizar os investimentos e prestar os serviços nos termos estabelecidos pela Administração Pública.

Considerando o volume de recursos necessários para a execução de contratos de infraestrutura – rodovias, setores de saneamento, portuária-

1 Procuradora Geral do Estado Adjunta, coordenadora do Núcleo de PPPs da PGE. Master of Laws (LLM) pela University of Chicago, especialista em Direito Societário pela FGV, FCI Arb.

2 Regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

3 Regidas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

rio, metroferroviário, energético, etc. –, tem-se que as parcerias são, em regra, celebradas por contratos de até 35 anos, em cálculo que considera os custos, retorno dos investimentos e valor das tarifas a serem cobradas dos usuários⁴.

Essa característica de longevidade – que distingue claramente tais contratos dos demais liames obrigacionais regidos primordialmente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), introduz um elemento na execução contratual, que é a influência de fatores supervenientes e imprevistos – ou previstos mas de intensidade além da esperada – à data da assinatura do ajuste, gerando fortes consequências nos termos originalmente assinados.

Adicionalmente, vivenciamos um período de intensa atividade legislativa e de incerteza jurídica causada pela sobreposição de controles da atividade administrativa, bem como de demora na avaliação por parte das instituições responsáveis pela realização desse controle, como Poder Judiciário e Tribunais de Contas. Esse cenário dificulta o trabalho de tentar extrair uma jurisprudência de tais órgãos na disciplina de PPPs e concessões, que poderia ser útil na atividade de redação de editais e minutas de contratos.

Ainda, o passar do tempo permite a evolução constante dos instrumentos financeiros e securitários oferecidos ao mercado, bem como alterações tecnológicas, entre outros fatores que impactam diretamente os contratos já assinados e em execução. Esses contratos, no entanto, têm consolidadas as regras concernentes ao prazo, matriz de risco, valores e obrigações assumidas pelas partes, regras cujas modificações, visando a internalizar alterações de fatores externos ao contrato, poderiam dar eficiência e proporcionar ganhos às partes.

Em outras situações, a ocorrência de riscos previstos ou fatores imprevistos no contrato pode gerar impacto tão negativo que induza à inviabilidade econômico-financeira do projeto, numa fase em que sua interrupção teria o condão de causar enorme prejuízo ao interesse público⁵.

4 Apresento esses dados de maneira extremamente simplificada, vez que a estruturação econômico-financeira de um projeto de grande porte envolve inúmeras variáveis e elementos.

5 Por exemplo, na fase de execução de obras cuja paralisação deixará sítios de construção abertos e com risco de destruição.

Para fazer frente a tais fatores supervenientes que afetam os contratos, para além da já conhecida revisão extraordinária, tem-se caminhado para a adoção de uma cláusula de revisão contratual ordinária, cuja metodologia, contornos e limites venham estabelecidos no ajuste.

Pretende-se neste artigo explorar o conceito de revisão ordinária dos contratos celebrados pela administração pública, abordando inicialmente os princípios extraídos do direito constitucional e administrativo a serem sopesados em qualquer alteração de contratos dessa natureza. Considerando a incompletude dos contratos de longo prazo, analisaremos fatores que justificam a revisão da avença, para trazer o panorama de sua utilização nos contratos celebrados pelo Estado de São Paulo a partir de 2014, apresentando suas diretrizes e funcionamento e explorando sua forma de aplicação e limites.

2. PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS LIGADOS AO PRESENTE TEMA

A possibilidade e os limites de alteração dos contratos administrativos são temas recorrentes dos operadores do Direito e órgãos de controle da administração pública, sendo que a inalterabilidade ou imutabilidade de suas cláusulas costuma ser invocada como premissa interpretativa pelos agentes controladores e seguida pelas advocacias públicas sem muito questionamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, elege a regra a ser observada pela Administração Pública na manutenção das condições da contratação, da qual se extrai o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, também, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, reproduzido no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, positivado em consonância aos princípios constitucionais da isonomia, igualdade e moralidade.

A linha restritiva refletida por esses princípios tem o objetivo de manter ao máximo as condições de contratação postas no edital – incluindo a minuta do contrato, de maneira a garantir que o vencedor execute as obras, preste os serviços e forneça os bens contratados nas condições ali estabelecidas, afastando alterações que poderiam tornar o negócio mais atrativo para o contratado e, por tal razão, poderia ter atraído outros concorrentes para o processo licitatório –, caso essas

condições mais favoráveis estivessem previstas desde o início. Do mesmo modo, as condições devem ser mantidas como forma de garantir ao vencedor da licitação a execução do contrato da forma originalmente prevista e nos termos financeiros esperados, sem quebra do equilíbrio econômico-financeiro.

Passado certo período de execução de um contrato complexo, que envolve vultoso valor de recursos, como é o caso de uma concessão (aqui entendida em sentido amplo), o andamento do cronograma do projeto, especialmente aqueles que envolvem mais de uma fase e escopos diversos, como construção e operação, implica a necessidade de serem dadas diversas soluções pontuais para ajustar as condições de prestação do serviço, adaptando-as às inevitáveis transformações ocorridas ao longo do tempo, alterações essas que, eventualmente, podem apontar para um distanciamento dos termos originalmente colocados a mercado.

Dentro da análise que pretendemos conduzir neste estudo insere-se o seguinte questionamento na perspectiva de uma revisão ordinária contratual: em que medida deve subsistir o princípio da vinculação aos termos do edital nos contratos de longo prazo, que podem chegar a 35 anos ou mais⁶? Quanto atende ao interesse público a total inflexibilidade contratual nos projetos complexos que envolvem estudos técnicos, obras de engenharia, compras de equipamentos e sistemas e execução de um plexo de serviços? Faz sentido a aplicação estrita de tal princípio nos contratos *incompletos*?

3. CONTRATOS INCOMPLETOS – RISCOS E INCERTEZAS

A existência de inúmeros fatores envolvidos na estruturação de um grande projeto, com variáveis desconhecidas, riscos e incertezas, faz com que o contrato de parceria público-privada se insira na categoria de ajuste que é denominado pela doutrina como contrato *incompleto*.

Em razão da complexidade dos temas a serem disciplinados, várias questões não são resolvidas no contrato e deverão ser dirimidas ou alteradas no futuro, na medida em que uma disposição sobre um tema ou

6 Observando que a Lei nº 8987/95, que dispõe sobre os contratos de concessão comum, não estabelece o prazo mínimo ou máximo de duração dessa modalidade de parceria.

uma solução se fizer necessária. Zanchin⁷ traz uma abordagem econômica na definição do termo:

Ronald H. Coase é lembrado como um dos primeiros autores de peso a reconhecer a incompletude de contratos complexos e de longa duração em razão da dificuldade de se prever o futuro. Nesses contratos, os custos de transação (negociação entre as partes, contratação de especialistas para elaborarem estudos etc.) tornariam muito difícil ou desinteressante disciplinar *a priori* todos os termos do negócio. Melhor seria deixar alguns pontos para serem decididos depois, quando oportuno.

Ao reforçar o problema da gestão de contratos de longo prazo, Guerra⁸ insere as parcerias público-privadas nessa categoria, mencionando que:

Do ponto de vista jurídico-doutrinário, e especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, incluindo-se as PPPs, há quase unanimidade em se afirmar tratar-se de um pacto incompleto e sujeito a muitas alterações ao longo de sua extensa execução.

A incompletude do contrato nas relações de longo prazo é, portanto, uma questão a ser reconhecida e enfrentada, para dar efetividade ao projeto, como menciona Vera Monteiro⁹, fazendo referência à doutrina clássica francesa:

(...) é própria do contrato de concessão sua incompletude, e contratos com essa característica normalmente importam a necessidade de serem feitas adaptações e de se permitir algum grau de flexibilidade durante sua vigência, para que possam se acomodar às mudanças ocorridas ao longo do tempo. A doutrina clássica francesa, por nós incorporada, reconhece juridicamente essa necessidade, ao construir a teoria da alteração do contrato administrativo.

Ponto a ser explorado, portanto, é como são feitas e quais os limites das alterações que permitem o enfrentamento de problemas que inevitavel-

7 ZANCHIN, Kleber Luiz. *Contratos de Parcerias Público-Privada (PPP) – Risco e Incerteza*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 193.

8 GUERRA, Sérgio. *Equilíbrio Econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas* (Parcerias Público-Privadas – reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004 – Coord Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

9 MONTEIRO, Vera. *Concessão*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68.

mente surgirão no longo período de duração do ajuste. Entre os aspectos que levam à incompletude dos contratos, estão os riscos e as incertezas.

3.1. Riscos

Uma das diretrizes legais dos contratos de PPP, prevista no artigo 4º, VI, da Lei nº 11.079/2004, é a repartição objetiva de riscos entre as partes. A dificuldade em identificar e dar o correto tratamento a todos os riscos envolvidos na execução do objeto contratual também torna complexo o atendimento aos princípios mencionados no item 2 *supra*. Observo que mesmo nos contratos de concessão comum é possível uma alocação de riscos, a despeito de a Lei nº 8.987/95 prever que os serviços devam ser prestados *por conta e risco da concessionária*. O conteúdo literal da lei não pode ser interpretado como uma vedação à possibilidade de a administração pública estabelecer cláusulas contratuais impondo determinadas obrigações e riscos à concessionária, se tal medida for mais eficiente para o resultado do projeto e refletir em benefícios diretos e indiretos, como a redução na precificação do contrato, por exemplo.

Durante a estruturação do projeto, deverão os agentes envolvidos fazer um exercício de previsão de toda a sorte de fatores que podem de alguma forma influenciar a sua execução. Trata-se de tarefa complexa e não isenta de falhas. Como bem esclarece Marcos Nóbrega¹⁰, “um dos pontos mais sensíveis da modelagem de contratos de infraestrutura em geral e Parcerias Público-Privadas em particular é a detecção dos riscos envolvidos e a melhor forma de distribuí-los e minimizá-los”.

Mesmo uma alocação de riscos que tenha sido feita de maneira eficiente, em consideração às melhores práticas de distribuição de responsabilidades e de acordo com os mecanismos de mitigação existentes no momento do lançamento do edital de licitação pode vir a se tornar obsoleta, em razão de uma alteração superveniente de produtos colocados no mercado. Por exemplo, a alocação do risco cambial que tenha sido assumido pelo poder público, cujo custo poderia ser minimizado caso algum produto de proteção – de baixo custo – fosse lançado pelo setor securitário

10 NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com,br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 17 maio 2019.

durante a execução do contrato, recomendando a alteração na matriz de riscos para passar a ser atribuído ao setor privado (ou vice e versa).

3.2. Incertezas

Outro aspecto de crucial importância é o correto tratamento dado às *incertezas*, que se distinguem dos *riscos*. Esses são passíveis de identificação prévia ao tempo da estruturação do projeto, enquanto as incertezas localizam-se no campo do imprevisível. Nóbrega¹¹ atenta para as diferenças desses dois conceitos:

Muitos ainda misturam o entendimento de risco e incerteza e persiste de fato certa indeterminação semântica sobre isso. Enquanto alguns não fazem qualquer diferenciação, para outros, no entanto, uma situação arriscada ocorreria quando as probabilidades do evento fossem conhecidas, ao passo que estaríamos diante de uma situação incerta se tivéssemos desconhecimento dessas probabilidades. A caracterização do risco pode se dar em diferentes contextos, em primeiro lugar, o risco pode ser considerado como uma oportunidade e, nesse caso, quanto maior o risco, maior será o potencial de retornos ou perdas. O risco pode ser também visto como um evento potencialmente negativo que afeta as metas e a performance econômica, sendo a melhor saída a redução da probabilidade do evento negativo.

Zanchin¹² apresenta a diferenciação como “enquanto o risco informa até onde pode-se enxergar na aleatoriedade, a incerteza posiciona-se fora do campo de visão das partes”. Em razão de sua complexidade e ausência de padronização, os projetos de parcerias público-privadas são qualificados pelo autor¹³ como *megaprojetos*, nos quais, em razão de estarem “à margem da experiência diuturna” e fugirem “das regras convencionais”, perde-se o elemento da experiência, não sendo geradas *referências que possam ser generalizadas para iniciativas futuras*. Para fazer frente a essas dificuldades, apresenta o autor as seguintes sugestões:

11 NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 17 maio 2019.

12 ZANCHIN, Kleber Luiz. *Contratos de Parcerias Público-Privada (PPP) – Risco e Incerteza*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 184.

13 *Ibid.*, p. 69.

Os contratos devem apresentar flexibilidade para enfrentar o imprevisível. As partes devem ter disposição para atuar cooperativamente, pois, diante do imponderável que cerca os “megaprojetos”, ou elas cooperam ou podem ser consumidas pelo prejuízo.

Bockmann Moreira e Milano¹⁴, ao fazerem referência à incompletude dos contratos de concessão, discorrem com muita propriedade sobre a necessidade de alteração dos contratos de longo prazo, como garantia à sua execução. Ao contrário do que se pode imaginar, a segurança jurídica que se pretende dar implica adaptações aos termos ajustados:

Na busca pela segurança jurídica nas relações socioeconômicas os regramentos devem levar em consideração todas as nuances dos mercados, sob pena de fracassar. Pretender estabilidade através da imutabilidade absoluta das regras é cogitar de um Direito alheio à realidade social.

Assim, respondendo às indagações iniciais, é possível afirmar que a aplicação do princípio da vinculação ao edital às concessões em geral deve levar em consideração as peculiaridades desses complexos modelos que aglomeram inúmeros subcontratos dependentes, a recomendar a sua flexibilização. A postura pela inalterabilidade restrita não atende quer ao interesse público quer ao interesse na segurança jurídica necessária para contratar com o Estado, em especial quando se cuida de contratos incompletos e de longo prazo.

Uma forma de enfrentar o tema da incompletude e necessidade de flexibilização dos contratos é estabelecer contratualmente marcos temporais em que as partes devem avaliar uma série de aspectos do contrato, de maneira a manter a sua atualidade e condições de execução. É a chamada *revisão ordinária*.

4. REAJUSTE X REVISÃO

Esclarecimento primeiro a ser feito é a separação entre os conceitos de reajuste e de revisão, que não se confundem, a última podendo se referir à tarifa e ao contrato.

14 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

Um postulado inicial que deve ser considerado quando se está tratando da tarifa é que nas duas formas de alteração – reajuste e revisão –, o que se pretende é a manutenção da equação econômico-financeira inicialmente acordada. O reajuste é voltado à atualização do valor monetário das contraprestações, enquanto a revisão tem por objetivo adequar os valores praticados que remuneram a concessionária, seja a tarifa cobrada do usuário seja a contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público, considerando fatores outros que não apenas a desvalorização da moeda, conforme previsto contratualmente.

A incidência do reajuste dos valores praticados nos contratos vem a ser cláusula obrigatória, de maneira que a remuneração contratual prevista possa retratar, durante todo o período de duração do ajuste, a variação efetiva do custo de produção, não implicando alteração do valor monetário¹⁵.

Ao fazer referência à atualização das tarifas pagas pelo usuário de concessões comuns, Bockmann Moreira¹⁶ esclarece que:

Reajuste e revisão são formas diversas de alteração da importância a ser paga pelo usuário¹⁷ a título de tarifa. Não podem ser confundidas. Assim, cada um destes mecanismos de (re)avaliação da tarifa no tempo merece tratamento autônomo.

Embora se trate de conceito claro, o estabelecimento da fórmula de reajuste das contraprestações pagas pelo poder concedente nos contratos de PPPs se reveste de certa complexidade, gerada também pelo fator *tempo*. A longevidade do contrato exige que se estabeleça, na fórmula financeira a ser aplicada ao reajuste anual, índices de mercado que sejam consolidados, aceitos pelas partes, e que reflitam a variação de componentes importantes que compõem os custos de exe-

15 cf. artigos 40, XI, e 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93.

16 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público – inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 356.

17 No que diz respeito à fixação das tarifas nas concessões envolvendo serviço de transporte público coletivo, com o advento da Lei nº 12.587, de 03.01.2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, passou a haver clara diferenciação entre a tarifa paga pelos usuários e a tarifa de remuneração paga pelo Poder Concedente à concessionária, de maneira que a revisão e o reajuste da tarifa podem eventualmente não implicar majoração daquele valor pago pelo usuário final.

cução do escopo do contrato. Nesse sentido, num contrato em que a preponderância do objeto é a prestação de serviços de uma determinada categoria profissional, cabe a inclusão da variação de remuneração dessa categoria específica na fórmula de reajuste da contraprestação¹⁸. Portanto, a definição do índice de reajuste a ser utilizado passa necessariamente pela análise de todas as fases do contrato e a identificação dos custos cuja variação poderá causar grande impacto na sua execução. É possível assim, por exemplo, segregar a fase de investimentos em obras da fase de execução do serviço, inserindo variáveis na fórmula do reajuste da contraprestação que reflitam as variações monetárias de segmento específico.

Importante salientar, no entanto, que essa incorporação de atualização monetária nos preços praticados não implica alteração de cláusulas contratuais, tendo em vista tratar-se de estipulação contida no instrumento obrigacional. Outrossim, sua aplicação ocorre de maneira simplificada e não depende de processo administrativo, salvo a usual troca de informações entre poder concedente e concessionária e anotações contratuais.

Por outro lado, a possibilidade de revisão com o objetivo de preservar a correspondência entre a tarifa praticada ou a contraprestação paga e o preço fixado pela proposta vencedora da licitação vem estampada no artigo 9º da Lei Geral de Concessões – Lei nº 8.987/95¹⁹ e está diretamente relacionada à necessidade de serem mantidas as condições acordadas e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A lei, no entanto, embora faça referência à necessidade de o contrato prever a possibilidade de revisão e o critério que será utilizado, traz poucas especificidades quanto ao seu uso, sendo que a única refe-

18 Por exemplo, na PPP-Hospitais (construção de hospital e prestação de serviços “bata cinza”), constou na cláusula de reajuste da contraprestação que deverá ser considerada a variação de custos de mão de obra, incluindo, entre outros aspectos, a variação acumulada dos índices apurados nas convenções coletivas das categorias de profissionais descritas em anexo ao contrato. Mas mesmo esse tipo de previsão deve ser analisado com cautela, em especial em setores nos quais os próprios concessionários representem parcela significativa dos empregadores, pois a vinculação do reajuste tarifário à variação remuneratória da categoria retiraria qualquer incentivo a um comportamento diligente das concessionárias nas negociações coletivas com a categoria.

19 Sem prejuízo de ser objeto de acordo entre as partes.

rência é a direta relação entre revisão e a tarifa praticada. Outrossim, não há qualquer alusão à periodicidade a ser contratualmente fixada, o que, no entanto, pode estar contido na legislação específica do setor envolvido.

Exemplo dessas revisões são aquelas praticadas pelas agências reguladoras, objetivando incorporar à atualização das tarifas praticadas variações outras que não apenas a aplicação de índice de correção monetária nas tarifas autorizadas, de maneira a compartilhar com os usuários os ganhos econômicos advindos da racionalização, modernização e expansão dos serviços, dos ganhos decorrentes da prestação de outros serviços acessórios, ou mediante a transferência de ganhos econômicos que não decorram da eficiência ou iniciativa empresarial, como prevê, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações²⁰.

A Lei de PPPs não contém autorização expressa quanto às revisões contratuais e dá tratamento diverso ao tema considerando o tipo de concessão. Quanto às concessões patrocinadas há a expressa aplicação subsidiária da Lei de Concessões, de maneira que se infere pela aplicação do referido artigo 9º a mesma obrigatoriedade de ser mantida a atualidade do preço praticado, numa abrangência que extrapola a mera atualização monetária do valor. No entanto, ao tratar das concessões administrativas, a lei faz expressa remissão aos dispositivos da Lei de Concessões que a ela se aplicam, mas entre esses não está o artigo 9º, que prevê a revisão dos contratos.

Tal constatação, porém, não afasta a obrigatoriedade de serem preservados os valores praticados no contrato também nas concessões administrativas, considerando: i) a atualização das condições de execução do contrato que afetam a tarifa ou a contraprestação; e ii) fatores outros que afetem os preços ajustados, em face da matriz de riscos adotada.

Outrossim, embora não sob a denominação de *revisão*, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de alteração do contrato, por acordo entre as partes, para restabelecer a relação pactuada, na ocorrência de álea econômica extraordinária ou extracontratual, conforme o artigo

20 Veja-se artigos 19, VII, 86 e 108 da Lei nº 9.472/97.

65, II, “d”^{21,22}. Também o artigo 58, inciso I, permite à Administração Pública a modificação unilateral do contrato para adequá-lo às finalidades de interesse público, de maneira que não resta dúvida quanto à possibilidade de serem também os contratos de concessão administrativa objeto de procedimento revisional, respeitando-se as peculiaridades das PPPs.

Além da revisão voltada especificamente à tarifa e outras formas de remuneração da concessionária, existe a denominada revisão contratual, que busca rever algumas premissas utilizadas na estruturação do projeto quando da sua licitação, de maneira a adequar as condições de execução do contrato e garantir a sua própria exequibilidade, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro. Essa situação pode exigir modificações da avença originalmente contratada.

5. REVISÃO EXTRAORDINÁRIA E REVISÃO ORDINÁRIA

Como já mencionado, a legislação prevê a possibilidade de alteração dos contratos, buscando atingir os objetivos almejados pela Administração Pública no ajuste, assim como também da remuneração da parte contratada, para neutralizar impactos ocorridos em decorrência de fatores supervenientes, que tenham alterado as condições existentes e projeções feitas à época da licitação. As duas formas previstas são a revisão extraordinária e a ordinária.

5.1. Revisão Extraordinária

Dentro do princípio do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato existe a possibilidade de, durante todo o

21 “d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

22 Cabe registrar que, conquanto invocamos o artigo 65, II, para demonstrar a aderência legal das revisões contratuais no âmbito das PPPs, temos a firme convicção de que não se aplicam os percentuais e limites estabelecidos nos seus parágrafos 1º e 2º para esse tipo de parceria.

período de sua execução, ser pleiteado o reequilíbrio, pela parte afetada, por meio de uma revisão extraordinária²³.

A lógica da revisão extraordinária dos contratos regidos pela Lei Geral de Licitações, que impõe à Administração a obrigação de promover a revisão dos preços praticados em razão da ocorrência de fatores que afetam as condições de execução contratual inicialmente acordadas, no entanto, não é automaticamente aplicada aos contratos de parcerias público-privadas e nas concessões que tenham riscos alocados à concessionária. Nesses contratos é necessária a análise da matriz de riscos estabelecida no contrato para se verificar a possibilidade de reequilíbrio em razão da ocorrência de determinado evento. Nesse passo, apenas a concretização de um risco que tenha sido atribuído a uma das partes enseja o pleito da parte afetada em ter o contrato reequilibrado. Essa a razão pela qual o estabelecimento da matriz de riscos de um contrato de longo prazo é uma das tarefas que demandam extrema atenção e análise dos mecanismos de mitigação existentes ao alcance da Administração Pública e do setor privado.

Chama a atenção o fato que, por mais completa que seja a matriz de riscos, em regra consta também nos contratos a cláusula que faz referência a “casos fortuitos e força maior”, o que pode gerar dúvidas se não houver uma clara distinção entre os eventos que geram responsabilização. Entendemos que a descrição de um fato como risco específico, alocado a uma das partes, exclui a sua inserção no conceito genérico dessa referida cláusula²⁴.

Ocorre que, como mencionado acima, o decurso do tempo nos contratos de longo prazo pode inserir variáveis que resultam por afetar de maneira imprevista a sua execução e, em algumas situações, é recomendável alterar alguns dos termos preestabelecidos, para a própria eficiência contratual.

23 Não abordaremos neste texto as áleas que ensejam o reequilíbrio econômico financeiro do contrato por meio de revisão extraordinária, partindo da premissa de que já seja de conhecimento do leitor.

24 Nesse passo, se há alocação expressa do “risco geológico” ao parceiro privado, não é possível invocar a cláusula de força maior (em geral atribuída ao poder concedente) como razão para reequilíbrio, na hipótese de perdas havidas em razão da ocorrência do evento.

5.2. Revisão Ordinária

A cláusula de revisão ordinária prevista no contrato pretende estabelecer um compromisso entre as partes de solução paulatina e constante das pendências que vão se sobrepondo no período de execução do contrato, evitando o acúmulo de desequilíbrios que podem impactar negativamente o atingimento de sua finalidade.

Estabelecer essa obrigação desde o início do ajuste busca reduzir os custos de transação que ocorrem a cada pleito entre os contratantes e dar melhor tratamento à deficiência causada pela assimetria de informações entre as partes, proporcionando um ambiente previamente estabelecido da forma e momento de apresentação dos pleitos, regras e metodologia a ser observada pelos órgãos públicos e setor privado. Ao mesmo tempo, é perseguido o objetivo de reduzir a insegurança jurídica que pode existir no mercado de potenciais licitantes investidores ao ser estabelecido contratualmente o procedimento de apresentação dos pleitos e prazos para a solução das demandas. Insere-se uma previsibilidade ao parceiro privado quanto ao momento no qual a administração poderá trazer pedidos de investimentos adicionais, evitando impacto na estrutura de financiamento por ela adotado²⁵.

Considerando as variáveis que podem ocorrer durante o prazo das parcerias, trata-se de medida que pretende dar maior exequibilidade aos contratos e evitar o risco de interrupção da prestação do serviço público, ao possibilitar o equacionamento de fatores que podem, caso não tratados, resultar numa superveniente inviabilidade de performance tal como previsto.

Portanto, a previsão contratual de um mecanismo rotineiro de revisão dos termos ajustados traduz, em nosso entendimento, uma evolução positiva na relação que se estabelece entre os parceiros público e privado.

Como exposto, a revisão ordinária do contrato coloca-se como medida que almeja enfrentar os problemas ligados à incompletude dos contratos. Trata-se, portanto, de estabelecer um procedimento que deverá se

25 Fica a dúvida se a existência de cláusula de revisão ordinária afasta a possibilidade de serem incluídos investimentos adicionais em outro período. Entendo que, havendo consenso entre as partes, não haveria óbice para tanto.

realizar a cada período (4, 5 ou 6 anos, como determinado pela Administração Pública na minuta inicial), no qual as partes necessariamente deverão rever as premissas estabelecidas e adequar alguns itens.

Portanto, para além da mera revisão tarifária, o que se aborda neste momento é um procedimento administrativo por meio do qual se busca um novo olhar sobre obrigações e parâmetros estabelecidos contratualmente, de maneira a ser mantido, ou eventualmente restabelecido, o equilíbrio do contrato e a forma mais eficiente de sua execução.

Na execução do procedimento de revisão contratual exige-se certa flexibilidade de ambas as partes, sendo essencial uma postura colaborativa. Ao ser criado um ambiente de revisão de premissas e discussão de aspectos contratuais, adentra-se num campo de negociação, no qual deve ser considerada a permanência dos limites das bases contratuais estabelecidas. Portugal Ribeiro e Navarro Prado²⁶, ao analisarem o artigo 5º da Lei de PPPs, em especial o inciso IV, que cuida da necessidade de atualização dos valores contratuais, fazem a diferenciação entre revisão contratual e renegociação. Essa pode ser necessária em razão da incompletude dos contratos, mas corre o risco de ser *oportunistica* e alertam: “Por isso, deve ser um objetivo dos contratos de PPP e de concessão comum a eliminação ou, pelo menos, a redução das possibilidades de ocorrerem renegociações oportunisticas.” Ainda, referindo-se à dificuldade de delimitação entre os institutos:

Note-se que a fronteira entre renegociação e revisão contratual pode ser de difícil delimitação. Em alguns casos, apesar de os contratos ou regulamentos preverem os procedimentos para a revisão das condições contratuais, não estabelecem os exatos limites e os critérios para serem utilizados. Não é incomum que procedimentos de revisão contratual deem, na prática, abrigo a renegociações.

Além de enfrentar possíveis questionamentos pelos órgãos controladores, a alteração substancial, na alocação de obrigações entre as partes no processo de revisão, pode também trazer incertezas que tornam o projeto

26 RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128-131.

mais caro para os financiadores. Nesse sentido, Zanchin²⁷, ao fazer análise do projeto de PPP do Metrô de Londres, no qual foi utilizada cláusula de revisão contratual permitindo alteração dos preços praticados, comenta:

Note-se que, apesar das vantagens, a revisão periódica trouxe também dificuldades para contratação antecipada de financiamento por todo o tempo do contrato. Isso se deveu ao temor dos agentes financeiros de que, a cada revisão, a LUL [London Underground Limited – poder concedente] fizesse alterações demasiadamente profundas no empreendimento, comprometendo seus fundamentos econômicos.

Por outro lado, como mencionado acima, a evolução de mecanismos colocados à disposição pelo mercado financeiro e securitário, ou a evolução tecnológica, pode tornar o contrato mais eficiente – com uma redução geral dos custos –, servindo-se de medidas para a adequação das obrigações assumidas contratualmente aos novos instrumentos existentes.

Entendemos que o contrato de parceria de longo prazo, uma vez em execução, passa a ter o que pode ser chamado de *vida própria*, uma certa *autonomia orgânica*. Como mencionam Bockmann Moreira e Milano²⁸, “é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico dinâmico”, que precisa ser adaptado às alterações supervenientes em relação ao que denominam de *base objetiva* – pressupostos do contrato. Isso implica aceitar que, assinado o contrato e iniciada a relação de parceria, cabe uma relativização do princípio da vinculação estrita aos termos do edital.

Portanto, a dúvida que se retoma é: qual o limite da flexibilização? Quais itens do contrato podem ser alterados?

A resposta não é simples, por não haver fórmula única a ser aplicada nesse tipo de contrato.

Alguns instrumentos legais recentes trazem subsídios e podem nortear a conduta da Administração Pública nessas situações.

27 ZANCHIN, Kleber Luiz. *Contratos de Parcerias Público-Privada (PPP) – Risco e Incerteza*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 233.

28 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

O primeiro é a Lei federal nº 13.448, de 5 de julho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação em determinados contratos de parceria²⁹. É estabelecido por essa lei, ainda pouco aplicada, que mudanças no período do contrato *devem adotar as melhores práticas regulatórias e podem incorporar novas tecnologias e serviços, e, conforme o caso, novos investimentos*. Apesar das indicações genéricas – em especial *as melhores práticas regulatórias* –, percebe-se que está criado um caminho para permitir que a extensão da contratação seja acompanhada de alterações das obrigações assumidas quando da celebração do ajuste inicial, o que implica alguma medida em alteração aos termos licitados.

Referida lei traça as diretrizes e condições para a incorporação de novos investimentos que podem ensejar a prorrogação do contrato, e a primeira delas é a demonstração da vantajosidade por meio de estudos técnicos.

Cabe observar que o legislador do Estado de São Paulo adotou as mesmas premissas³⁰ da esfera federal ao condicionar as prorrogações e relicitações de suas parcerias ao atendimento da comprovação de sua vantajosidade, calcada em estudos técnicos previstos na lei.

Embora essa legislação específica não tenha aplicação direta para o objeto deste estudo, entendemos que dela pode ser extraído o critério da vantajosidade para permitir ajustes que objetivem o aperfeiçoamento contratual, mesmo quando não ensejem a prorrogação do período de execução.

Outro instrumento legislativo que estabelece limites à atuação da Administração Pública na condução das revisões ordinárias e as decisões ali tomadas é a Lei nº 13.655/2018³¹, que elegeu as consequências práticas da decisão do administrador, a ser devidamente motivada.

O princípio da motivação dos atos administrativos é a garantia de que as medidas tomadas no âmbito da revisão ordinária são adequadas, necessárias e justas, sem caracterizar um desvirtuamento das finalidades a serem

29 A Lei nº 13.448/17 se aplica aos contratos do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.

30 Ao aprovar a Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, que estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parcerias.

31 Que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

atingidas pelo ajuste entre privado e poder público. Por meio da motivação caberá ao administrador demonstrar a razoabilidade da alteração pretendida e o interesse público a ser almejado, enfim, racionalizando, por meio de argumentos objetivos, as razões e as consequências da decisão.

Assim, embora no presente momento não exista resposta objetiva às indagações formuladas inicialmente, alguns critérios limitadores ao alcance das alterações do contrato podem ser arrolados, como a vantajosidade calcada em critérios técnicos, a ser devidamente motivada.

A cláusula de revisão ordinária, portanto, pode estabelecer de forma objetiva os aspectos contratuais que serão objeto de análise, ao mesmo tempo em que pode fixar pontos ou aspectos que não serão objeto de alteração. Em especial, é importante estabelecer contratualmente os critérios de recomposição da equação econômico-financeira.

Registro que, para além da inclusão de novos investimentos³², outras alterações poderão ser incluídas nos contratos, desde que precedida da necessária motivação. Isso implica, em nosso modo de ver, a possibilidade de alterações relacionadas ao escopo dos serviços prestados – desde que a natureza principal fique preservada –, aos critérios técnicos aplicados, aos índices de desempenho da prestação dos serviços, à transferência de obrigações entre as partes, entre outras.

6. HISTÓRICO DA CLÁUSULA DE REVISÃO NOS CONTRATOS DE PPP E CONCESSÕES NO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado de São Paulo tem admitido a revisão ordinária de alguns aspectos do contrato, em cláusula expressa que estabelece as suas condições e procedimento, em três momentos de evolução.

O primeiro momento envolve as concessões comuns, que previam as cláusulas de reajuste e de revisão tarifária. Aqui destacam-se os serviços regulados, cujos contratos preveem a realização dessa revisão a cada ciclo tarifário, como é o caso da prestação de serviços de saneamento básico e fornecimento de água; e o fornecimento de gás canalizado, que

32 Em relação à inserção de novos investimentos nas concessões, veja-se o artigo “*Investimentos adicionais em concessões e parcerias público-privadas*”, de Lucas Leite Alves e Thiago Mesquita Nunes, nesta mesma revista.

no Estado de São Paulo são submetidos à regulação da Arsesp – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

Nessa sistemática, a cada período inicia-se o procedimento administrativo de análise dos fatores determinantes para a fixação da tarifa e, seguindo a metodologia e os trâmites previstos no regulamento próprio, é feita a revisão dos preços praticados com o estabelecimento de nova tarifa. Registre-se a necessidade de o procedimento envolver amplo debate com a sociedade civil organizada e o setor industrial a ele relacionado, por meio de consultas e audiências públicas, oferecendo legitimidade à atuação estatal.

Na segunda fase, percebe-se uma evolução no tratamento dado à matéria, em especial nos contratos de parceria público-privada firmados pelo Estado de São Paulo, nos quais passou a ser autorizada a revisão de alguns aspectos estabelecidos contratualmente.

Na PPP-Linha 4/Metrô³³ consta a previsão de revisão dos indicadores de desempenho – lembrando que os indicadores de desempenho afetam diretamente o valor da contraprestação recebida pela concessionária, uma vez que a baixa performance implica a redução do valor a ser pago –, mediante avaliação a cada três anos do início da sua aferição, levando-se em conta a busca da melhoria contínua. A PPP-Sistema Produtor Alto Tietê/Sabesp³⁴ segue a mesma revisão de avaliação, a cada três anos do início da aferição dos indicadores de desempenho, mas motivada pelo surgimento de inovações tecnológicas ou adequações a novos padrões de gestão, ou seja, nesses dois contratos iniciais no regime de parcerias público-privadas a preocupação que ensejou o estabelecimento de uma revisão periódica estava voltada especificamente para os indicadores de desempenho da concessionária, que são utilizados como medidor do atendimento da qualidade esperada na prestação do serviço e afeta diretamente o valor da contraprestação a ser paga ao contratado.

Note-se, ainda, que a previsão de revisão ordinária a ser realizada a cada três anos não afasta eventual revisão extraordinária que se fizer necessária, e deixa claro que “As PARTES observarão os limites legais à alteração do objeto contratual”.

33 Contrato assinado em 29.11.2006.

34 Contrato assinado em 18.06.2008.

Em 2013, quando teve início o segundo ciclo dos contratos de PPP do Estado de São Paulo, com a assinatura do contrato PPP-Linha 6/Metro³⁵, utilizou-se a mesma previsão de possibilidade de revisão do contrato, na linha dos contratos anteriores, objetivando a alteração dos índices de desempenho atribuídos contratualmente, com a novidade de inserir uma banda máxima de variação do valor da contraprestação. Cuidou-se, assim, de inserir uma proteção a alterações futuras que pudessem impactar demasiadamente o valor da contraprestação pecuniária paga ao contratado.

No contrato da PPP-Hospitais³⁶ constou previsão de revisão dos indicadores de desempenho a cada três anos contados do início da sua aferição, ou em qualquer outro momento oportuno em que as partes entrem em comum acordo, em especial quando aqueles estabelecidos contratualmente se mostrarem ineficazes e pela exigência de novos padrões de desempenho, motivados pelo surgimento de inovações tecnológicas ou adequações a padrões internacionais. Na previsão contratual vinha já estipulada a impossibilidade de que a revisão impactasse a alocação de risco originalmente desenhada e, também, veio expressa a necessidade de observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Dando início à terceira fase, a partir de 2014 a possibilidade de revisão contratual passou a ter outra dimensão com a inserção de uma cláusula contratual específica, estabelecendo marcos temporais para revisões periódicas, com definição do escopo e previsão do procedimento.

Na PPP-Tamoios³⁷ (construção parcial e operação de rodovia) é prevista uma “Revisão Ordinária do Plano de Investimentos” a cada ciclo de quatro anos, a contar da entrega das obras de Ampliação Principal (trecho Serra), com o objetivo de aprimorar o planejamento e a execução dos investimentos. Também é possibilitada a alteração dos indicadores de desempenho, com o objetivo de melhorar continuamente os serviços concedidos, buscando novos padrões de desempenho, pelo surgimento de inovações tecnológicas ou necessidade de adequações a padrões nacionais ou internacionais. Nesse caso, o escopo das revisões ordinárias foi objeto de deliberação do Conselho Gestor do Programa de

35 Contrato assinado em 18.12.2013.

36 Contrato assinado em 02.09.2014.

37 Contrato assinado em 19.12.2014.

PPPs do Estado, e consta a recomendação de ser feito previamente à elaboração da Lei Orçamentária Anual, de maneira a garantir a existência de recursos orçamentários para assegurar o pagamento do reequilíbrio decorrente da incorporação de novos investimentos pela concessionária.

Cabe o registro de que a previsão de revisão ordinária nesse contrato (PPP-Tamoios) tem por objetivo primordial estabelecer um procedimento de inserção de novos investimentos na concessão patrocinada, de maneira organizada e reduzindo o impacto negativo da falta de previsão. Outro fator importante é a necessidade de ser dada solução a eventuais desequilíbrios que tiverem se estabelecido nos anos anteriores. Também nesse contrato foi afastada a possibilidade de haver alteração da alocação de riscos tal como prevista originalmente.

A concessão rodoviária do lote Florínea-Igarapava³⁸, por sua vez, traz capítulo específico sobre revisões do contrato, numa cláusula sofisticada que reflete a preocupação em traçar garantias à inserção de novos investimentos sob responsabilidade da concessionária, prevendo expressamente a possibilidade de que a revisão enseje a prorrogação do prazo da concessão. O próprio modelo usado nesse lote rodoviário é inovador, pois envolveu a assunção de uma concessão cujo contrato estava chegando ao seu termo final, juntamente à obrigação de construir um trecho novo da rodovia.

A novidade, aqui, consiste na limitação do valor dos novos investimentos a serem atribuídos à concessionária, considerando valores e prazo de execução do contrato. Essas limitações tiveram por objetivo dar a garantia ao privado de inserção de novas obrigações apenas quando o contrato ainda permitir o tempo necessário à sua amortização e recuperação dos investimentos.

Além da revisão do Plano de Investimentos, a cláusula prevê a possibilidade de revisão dos cronogramas, do plano de seguros, do plano de garantias e dos indicadores de desempenho, a fim de adaptá-los às modificações ou alterações que tenham sido percebidas em cada ciclo de revisão ordinária, sempre observando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

38 Concessionária Entrevias, contrato assinado em 06.06.2017. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=4>>.

Como se verifica, o modelo de cláusula de revisão ordinária de contratos que tem sido utilizado tem por objetivo dar elementos de exequibilidade contratual e segurança ao parceiro privado – investidor, permitindo a revisão dos índices de desempenho inicialmente previstos e a adequação de algumas das obrigações inerentes à concessionária, especialmente no que tange ao cronograma, planos de seguros e garantias.

Pensamos que outras alterações poderiam ser admitidas, desde que devidamente justificadas e motivadas. Outra condicionante importante é que a possibilidade de alteração futura não implique percepção negativa pelo mercado investidor, pois nesse caso estaria sendo inserida uma instabilidade com aumento dos custos, que é justamente o inverso da proposta formulada.

Por fim, cabe observar que, conquanto a utilização da cláusula pretenda dar maior segurança aos investidores e também ao Poder Público, os efeitos positivos dependerão em muito da maneira como tais procedimentos de revisão ordinária forem executados e certamente exigirá um preparo técnico dos entes públicos e também do setor privado, num exercício de construção de um novo instrumento.

7. CONCLUSÃO

Procurou-se no texto abordar a prática positiva que tem sido utilizada em vários contratos de parcerias público-privadas e concessões, consistente na utilização de uma cláusula de revisão ordinária, estabelecendo que após determinado lapso temporal as partes poderão inserir alterações – a partir de análise e comprovação da necessidade e pertinência – nos contratos, visando a garantir o equilíbrio das condições acordadas, a exequibilidade e a melhoria das condições de execução.

Nas cláusulas já em utilização nos contratos do Estado de São Paulo, celebrados após 2014, estão previstas a revisão contratual para adequar o plano de investimentos, com a inserção de novas obras (por exemplo), a revisão dos índices de desempenho da concessionária, a adequação do cronograma, do plano de seguros e de garantias e do contrato às inovações tecnológicas que permitam a atualidade da prestação do serviço.

Até o presente constou a vedação de alteração da matriz de riscos originalmente estabelecida contratualmente.

Em nosso entendimento, o âmbito dos termos contratuais passíveis de revisão pode ser ainda mais abrangente, considerando que no decorrer dos anos de execução contratual o desenvolvimento de instrumentos financeiros, do mercado de seguros e da tecnologia existente pode recomendar a alteração de outras variáveis contratuais, como, por exemplo, a própria matriz de riscos, desde que torne o contrato mais eficiente e menos custoso para ambas as partes.

Em acréscimo, propomos ser possível em sede de revisão contratual uma análise das premissas e projeções assumidas no momento de estruturação do projeto, que não se concretizaram ou se concretizaram de maneira diversa da esperada, afetando negativamente os termos do contrato, que, a longo prazo, se torna extremamente prejudicial a uma das partes, podendo impactar a qualidade dos serviços prestados e a própria subsistência do contrato.

Como em todos os procedimentos envolvendo atos administrativos, a vantajosidade das alterações e o interesse recíproco devem ser devidamente comprovados, de maneira a afastar questionamentos pelos órgãos controladores.

O desafio, portanto, é permitir a revisão contratual sem incorrer em indevida renegociação contratual que desvirtue completamente os termos do contrato licitado. Nesse aspecto, não vislumbramos a possibilidade de estabelecer objetivamente os parâmetros, afora as diretrizes de vantajosidade e motivação apontadas, sendo necessária a análise de cada caso concreto.

Pensamos que o operador do direito que atua nas formas complexas de relacionamento do setor público com o privado, em um plexo de feixe de contratos que caracterizam a execução em regime de parcerias, deve pautar a análise considerando o cumprimento eficiente do contrato, na mesma linha em que Gustavo Binbenbojm³⁹ cita o *giro pragmático* como uma das vertentes de transformação do direito administrativo, “cujas preocupações fundamentais centram-se na adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados”.

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

Cuida-se, portanto, de atuar na busca dos *melhores resultados* para a concretização do direito administrativo, traduzido na execução de contrato que tem por objeto a prestação de um serviço público que melhor atenda aos interesses da população.

8. BIBLIOGRAFIA

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

GUERRA, Sérgio. *Equilíbrio Econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas* (Parcerias Público-Privadas – reflexões sobre os 10 anos da Lei nº 11.079/2004) – Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Concessionária Entrevias, contrato assinado em 06.06.2017, disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=4>>.

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

MOREIRA, Egon Bockmann, *Direito das concessões de serviço público – inteligência da Lei nº 8.987/1995 (Parte Geral)*, São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incomplete contractual; concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66032>>. Acesso em: 17 maio 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômicos-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCHIN, Kleber Luiz. *Contratos de Parcerias Público-Privada (PPP) – Risco e Incerteza*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

INVESTIMENTOS ADICIONAIS EM CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Lucas Leite Alves¹

Thiago Mesquita Nunes²

Sumário: 1. Introdução 2. Limites à incorporação de investimentos adicionais em contratos de concessão; 2.1 A incorporação de investimentos adicionais como fenômeno de mutabilidade contratual; 2.2 Razões jurídicas e econômicas para a incorporação de investimentos adicionais em contratos de concessão; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 23, inciso V, da Lei federal nº 8.987/1995, estabelece como cláusula essencial aos contratos de concessão a relativa aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária quanto às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.

Diante das dificuldades geradas por essa disposição normativa, o presente artigo tem por objetivo traçar um panorama das principais questões e debates doutrinários relacionados ao enquadramento jurídico e à justificativa econômica da contratualização da disciplina do

1 Procurador do Estado de São Paulo, atuando junto à Subprocuradoria Geral do Conencioso Geral. Especialista em Direito Econômico pela FGV-SP, mestrando em Direito Público na FGV-SP.

2 Procurador do Estado de São Paulo, atuando junto à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral. Graduado em Direito pela USP, Especialista em Direito Administrativo pela FGV-SP.

que a seguir se designará como investimentos adicionais realizados por concessionários de serviços públicos³.

A abordagem do objeto será feita a partir da exposição de debate doutrinário relativo à mutabilidade contratual e de temas como a alocação de riscos entre as partes, os mecanismos de incentivos e de mensuração do desempenho da concessionária e a forma de incorporação – e remuneração – de investimentos adicionais que venham a ser necessários para assegurar a adequada prestação do serviço público. Essas considerações serão feitas à luz do tratamento dado ao tema, nos diversos projetos já contratados pelo Estado de São Paulo, nos quais se observa crescente detalhamento da disciplina de incorporação e precificação de investimentos adicionais em contratos de concessão, e dos impactos que a Lei estadual nº 16.933, de 24 de janeiro de 2019, deve ensejar sobre esses precedentes administrativos.

2. LIMITES À INCORPORAÇÃO DE INVESTIMENTOS ADICIONAIS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO

Na estruturação de contratos complexos e de longo prazo, o horizonte de tempo envolvido impõe incertezas a respeito das circunstâncias que afetarão a execução contratual, tornando imprescindível a regulação dos impactos que tais incertezas geram sobre as partes e, no caso de concessões de serviço público, sobre a população de usuários dessa prestação essencial.

A possibilidade de realização de *investimentos adicionais* está vinculada à mitigação ou resolução dessas contingências e, no presente trabalho, o termo designa investimentos – execução de obras, realização de serviços ou aquisição de bens – que não possam ser previstos quando da estruturação original do projeto⁴.

3 Adotaremos, para os fins do presente trabalho, o termo “concessionário”, ou “concessão”, em sua acepção ampla, incluindo-se nesse conceito todas as espécies legalmente previstas para contratos de delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, tais como os previstos na Lei federal nº 8.987/95 (1), na Lei federal nº 11.079/2004 (2) e na Lei federal nº 12.587/2012 (3).

4 Há de se considerar a hipótese de exclusão deliberada de investimentos plenamente previsíveis em contratos de concessão, como forma de majoração artificial da outorga devida ao poder concedente ou de redução artificial da tarifa paga pelo usuário ou da contraprestação devida pelo parceiro público. Trata-se, todavia, de patologia na estruturação do projeto de

Os investimentos adicionais não podem ser confundidos com investimentos que, contratualmente, tenham sido alocados como responsabilidade da concessionária, o que significa que não se qualificam como tais (i) aqueles especificamente detalhados e determinados no contrato; (ii) os de execução obrigatória por parte da concessionária, no momento assim apontado pelo contrato; e (iii) aqueles investimentos naturalmente inerentes à execução do serviço público, impostos em termos genéricos ou atribuíveis à concessionária em razão de sua obrigação legal de prestação adequada do serviço, nos termos do artigo 6º, §1º, da Lei federal nº 8.987/95.

Portanto, em regra, todo e qualquer investimento da concessionária que venha a ser realizado para cumprimento de obrigação contratual preestabelecida, para assegurar a continuidade e a atualidade do serviço público objeto da concessão em condições de adequabilidade ou para atingir obrigações e indicadores de desempenho estabelecidas no contrato, não terá o tratamento proposto neste artigo para os investimentos adicionais, justamente por revelarem o cumprimento de obrigações contratuais assumidas pela concessionária quando da assinatura do contrato e, presumidamente, precificadas na proposta.

2.1. A incorporação de investimentos adicionais como fenômeno de mutabilidade contratual

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, há muito se reconhece a possibilidade de alteração de contratos administrativos para adequá-los ao interesse público, no que se convencionou denominar princípio da mutabilidade do contrato administrativo⁵. Em relação aos contratos de concessão, justamente em razão de sua complexidade e de seu longo prazo de vigência, verifica-se maior suscetibilidade às incertezas trazi-

concessão que deve ser tratada enquanto tal, não se justificando que, sob o pretexto de evitar o incentivo a tais práticas, seja ignorada a inevitável imprevisibilidade dos investimentos que virão a ser necessários no decorrer de uma relação contratual de longo prazo.

5 Em realidade, no âmbito doutrinário, não existem debates relevantes questionando a possibilidade em si de alteração dos contratos de concessão, sendo, em verdade, uma prática institucionalizada pelo Estado brasileiro (4, p. 382), em geral justificada como exercício da soberania estatal em busca de um interesse público (5, p. 389), como exercício de uma competência anômala (4, p. 600), como decorrência de cláusulas exorbitantes que beneficiariam o titular do serviço público (6, p. 341) ou mesmo como poder implícito à própria natureza do instituto da concessão (7, p. 719).

das pelo decurso do tempo e às consequentes imposições de flexibilidade na relação contratual⁶.

Sobre a constante alteração dos contratos de concessão, há um estudo empírico feito por Guasch (9, p. 12) no qual se verificou um alto volume de renegociações em contratos de concessão firmados na América Latina e Caribe. Na pesquisa, identificou-se a existência de renegociações contratuais em 41,5% (excluindo o setor de telecomunicações) do total de mil concessões realizadas no período de 1985 até o ano 2000. No setor de transportes, o percentual de renegociações foi ainda maior, chegando ao montante de 55%. Destaque-se, por exemplo, que 47 das 50 concessões realizadas no período de 1992 a 2005 no Chile foram renegociadas. Apesar do cenário ser mais comum na América Latina, é possível afirmar que a *alterabilidade* dos contratos não é uma característica exclusiva de países em desenvolvimento, atingindo países desenvolvidos e com melhor qualidade de governança, como Espanha e França (10, p. 122).

Marçal Justen Filho faz algumas considerações de relevo quanto à justificativa econômico-social dessa prerrogativa de o poder concedente de, permanentemente, manter o contrato de concessão de serviço público atualizado às circunstâncias vigentes (11, p. 441):

6 “A mutabilidade retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução. Há um dever para a Administração de atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes. Isso significa ausência de direito adquirido dos prestadores do serviço e dos usuários à manutenção das condições anteriores ou originais. Nessa linha, Jean-François Lachaume destaca que ‘A adaptação permanente do serviço público é analisada, então, em função da necessidade de fazer evoluir os serviços públicos, em sua organização e seu funcionamento, de tal modo que, em todos os momentos, eles apresentem em face da satisfação do interesse geral a máxima eficácia’.[...] Uma das características marcantes dos contratos administrativos reside na mutabilidade unilateral por parte da Administração Pública quanto a determinadas cláusulas contratuais. Lembre-se de que a concepção da mutabilidade desenvolveu-se precisamente no âmbito da jurisprudência acerca das concessões, passando a integrar, em momento posterior, os demais contratos administrativos. [...] Os demais contratos administrativos não envolvem diretamente a prestação de serviços públicos aos usuários. Visam mais ao atendimento de necessidades ou interesses específicos. Eventuais inovações tecnológicas serão atendidas no devido tempo, em contratações futuras. Como regra, o objeto do contrato pode ser executado, sem maior prejuízo ao interesse público. [...] A segunda diferença relaciona-se com a duração dos contratos. O contrato de concessão envolve, de modo genérico, longos prazos de vigência, o que propicia inevitável possibilidade de modificação de circunstâncias. Ao longo do tempo, podem cambiar as necessidades públicas, ser introduzidas novas exigências, produzirem-se novas soluções técnicas. Não é possível impor que, ao longo de vinte anos, sejam mantidas as mesmas condições contratuais originalmente previstas”.

Cogita-se de alteração superveniente na medida em que se constatar, posteriormente, a inadequação do modelo original. Verifica-se que ou a Administração se equivocou ao configurar a outorga ou ocorreram eventos supervenientes que tornam inviável ou inadequada a manutenção da conformação primitiva. Pode, mesmo, ocorrer mera revelação de circunstâncias existentes à época da outorga, mas que eram então desconhecidas – se conhecidas fossem, outra teria sido a solução consagrada. A natureza do problema verificado pode ser variada. Podem constatar-se questões técnicas, em que a opção técnica originalmente prevista revelou-se incompatível com a prestação do serviço público adequado. Pode haver dificuldade econômico-financeira, na medida em que se revela que o custo dos investimentos necessários à implementação do serviço foi subestimado por ocasião da outorga ou sofreu significativa elevação em virtude de eventos posteriores. Pode, inclusive, constatar-se a inadequação político-social da concepção, na acepção de que a forma da prestação ou remuneração pactuada é incompatível com o interesse dos usuários. [...] Em termos objetivos, reconhece-se o cabimento da modificação em virtude da existência de uma dissonância entre as condições previstas por ocasião da outorga, consagradas no contrato de concessão, e a satisfação dos interesses coletivos. Manter as condições originalmente pactuadas significaria produzir a frustração do bem-comum, na medida em que não se reconheceria a existência de um serviço público adequado. Daí se pode extrair que a modificação das condições originais da concessão não envolve uma ‘prerrogativa’, mas um poder que se justifica como meio para realizar de modo mais satisfatório o bem comum.

Ocorre que tal mutabilidade dos contratos de concessão não é isenta de limites e balizas objetivas, entre as quais a necessidade de preservação do núcleo essencial do objeto originalmente contratado. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (12) alerta que:

[...] o segundo limite decorre do direito à preservação da natureza do objeto. Não pode o Estado exigir do contratado a realização de prestação de índole diversa daquela a que se obrigou. [...] Nessas condições, a proteção contra o poder estatal de alteração da avença decorre dos três mencionados direitos: à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, à manutenção da natureza do objeto e a não ser obrigado a realizar prestações em quantidade por demais distinta da inicialmente prevista. Fossem apenas essas as barreiras à possibilidade de alteração do

contrato, essa seria ilimitada quando o particular concordasse com a modificação; realmente, em caso de aquiescência, inexistiriam os óbices decorrentes dos direitos que lhe são assegurados, pois esses são disponíveis. Mas assim não é. A alteração bilateral não é livre. Em virtude do art. 37-XXI da Constituição, ‘as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública’. Ora, se possível fosse à Administração, pela via oblíqua do aditamento, contratar livremente obras, serviços e/ou compras que não tivessem sido objeto da licitação de que resultou o contrato, estaria aberto o caminho para, de modo grosseiro, costear-se a exigência constitucional de licitação.

Em sentido semelhante, o posicionamento adotado por Marçal Justen Filho (11, p. 444-445), para quem:

Questão fundamental que se coloca, então, é a tutela ao princípio da obrigatoriedade da licitação. [...] não teria maior sentido promover uma licitação, convocando interessados a formular proposta para executar um certo objeto, em condições determinadas, e realizar contratação envolvendo condições e objeto diverso. Bem por isso, a consagração do princípio da obrigatoriedade da licitação é sempre acompanhada do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação. Levada a questão às últimas consequências, ter-se-ia de negar o cabimento às alterações contratuais no âmbito dos contratos administrativos. Ou seja, sequer alterações consensuais poderiam ser cogitadas. Ora, essa conclusão não pode ser prestigiada, eis que uma das características mais essenciais dos contratos administrativos (e das concessões, em especial) consiste na mutabilidade das cláusulas contratuais. A imposição da imutabilidade do contrato administrativo, por homenagem ao princípio da obrigatoriedade da licitação, acabaria gerando efeitos maléficos insuportáveis. O Estado e a Sociedade teriam de suportar uma contratação cujos termos se evidenciassem como insatisfatórios. O interesse coletivo seria sacrificado, na medida em que seria executada contratação oferecendo prestações inúteis, onerosas ou inadequadas para satisfação das necessidades correspondentes. Evidencia-se situação em que dois princípios concorrem entre si, produzindo efeitos contrapostos. A supremacia e indisponibilidade do interesse público exige a alteração das cláusulas originais. A obrigatoriedade da licitação impõe a vinculação da contratação às condições originais contempladas na licitação. [...] O cotejo entre os princípios conduz à convicção de que a obrigatoriedade da licitação apresenta relevância menos extensa do que a

supremacia do interesse público. A utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas. Deve produzir-se a alteração necessária a assegurar a maior adequação possível dos serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação. [...] O que não se admite é a transmutação do objeto da concessão. Alterações significativas não equivalem à alteração de condições essenciais, que delimitam o universo dos licitantes [...].

Não é diferente o posicionamento adotado, desde 2000, pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, reconhecendo, no Parecer PA-3 nº 237/2000 (13), aprovado pela então Procuradora Geral do Estado, que:

A concessão é um contrato de direito público que, em consequência, sujeita-se, entre outros princípios, ao da mutabilidade de suas cláusulas regulamentares, preservado o equilíbrio da equação econômico-financeira ajustada. Como consequência da aplicação do princípio da mutabilidade, em nome do interesse público poderá a Administração alterar unilateralmente as condições de execução do serviço previamente contratadas, de forma a produzir melhores resultados. [...] Essa alteração das condições contratadas, não obstante, não poderá implicar modificação do ajuste inicial. As condições de execução podem ser mudadas, desde que mantido, em sua essência, o objeto da concessão.

Reconhece-se, como consequência, a viabilidade jurídica de alteração de um contrato de concessão de serviços públicos para nele inserir objeto originalmente não previsto, como decorrência do princípio da mutabilidade inerente aos contratos administrativos, mas determina-se que tal alteração deva refletir exclusivamente as situações que revelem uma alteração das condições de prestação do serviço primitivamente ajustado, ou um acréscimo ao objeto original, não sendo possível estender tal legitimidade às alterações que, desnaturando o objeto original, sejam representadas por escopo passível de contratação por meio de licitação autônoma⁷.

⁷ Em sentido semelhante, quando do Parecer GPG nº 06/2004, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo defendeu, em consulta quanto à viabilidade jurídica de ampliação de malha rodoviária operada por concessionária de serviços públicos, a inserção de trecho rodoviário que, muito embora não estivesse originalmente contido no objeto contratado, não se revela-

Entretanto, esse limite quanto à impossibilidade de desnaturação do objeto originalmente contratado revela-se de tormentosa aplicação em termos práticos, tanto na redação de cláusulas contratuais disciplinando os investimentos adicionais passíveis de incorporação ao escopo da concessão quanto na análise de propostas específicas de alterações de contratos de concessão para inclusão de investimentos adicionais. Nesses dois casos, o administrador se depara com a tarefa árdua de decidir, com a segurança necessária⁸, se a alteração especificamente proposta se qualifica como aderente ao objeto original do contrato, ou se, em alguma medida, o desnatura.

Para tornar ainda mais complexo o cenário, a atuação dos órgãos de controle em relação à matéria pode ser de extremo rigor, o que se ilustra pelo rol de objeções ou de efeitos deletérios elencados pelo Tribunal de Contas da União na TC 014.689/2014-6 (16). Para o tribunal, a realização dos investimentos adicionais apresenta diversos riscos, dentre os quais se podem elencar: (i) a frustração do procedimento licitatório e o possível desvirtuamento do objeto do contrato de concessão (a exemplo de quando um contrato de operação se transforma em um verdadeiro contrato

va como economicamente passível de exploração comercial isolada, que “[...] para verificar a possibilidade jurídica do aditamento proposto, consistente na incorporação de um novo trecho que não integrou o lote objeto da concessão, importa verificar se o acréscimo pretendido guarda relação com o objeto original, ou, dito de outra forma, se não constitui modificação à sua essência. Conforme já explanado, a doutrina admite alterações quantitativas também nos contratos de concessão, sempre dentro dos limites que não premiem a fraude, na medida em que a vitória na licitação para exploração de uma rodovia não pode ser transformada na possibilidade de incorporação de outras, de forma indiscriminada. [...] Além disso, é fundamental que se constate, tecnicamente, que o aditamento proposto constitui a solução que melhor atende ao interesse público, seja em razão da impossibilidade da concessão isolada do trecho acrescido, seja em face da inconveniência de manter-se a sua administração a cargo do Poder Concedente. Essa primeira circunstância configura, inclusive, premissa necessária para garantir que não ocorra afronta ao artigo 175 da Constituição Federal, pois a prestação de serviços autônomos, que não guardem relação com o objeto contratual inicialmente ajustado e que sejam autossustentáveis, deve ser feita mediante a outorga de concessão específica”.

- 8 A respeito desse ponto, de se notar que o comportamento, por vezes, excessivamente punitivo e persecutório de órgãos de controle de atos praticados por agentes públicos, acaba por gerar contraproducente estímulo ao comportamento excessivamente cauteloso desses agentes públicos, que passam a tomar decisões pautadas não pelo que entendem melhor ao interesse público, mas pelo que julgam menos arriscado à preservação do próprio patrimônio e reputação pessoal. Esse ponto tem sido abordado, com muita propriedade, por Maurício Portugal Ribeiro, em diversos trabalhos recentes, dos quais destacamos o lúcido artigo “Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos – A contribuição dos controladores”, publicado em conjunto com Eduardo Jordão (14), e o artigo “O Projeto de Lei nº 7.448/2017 e a racionalização do controle da Administração Pública”, a respeito do projeto do qual resultou a Lei federal nº 13.655/2018 (15).

de execução de obra pública); (ii) o superdimensionamento dos valores, pois as soluções costumariam ser mais complexas e dispendiosas do que nos casos em que as obras estão previstas no plano de investimentos original, hipótese na qual os custos são suportados pela proposta apresentada pela concessionária em ambiente competitivo; (iii) a possível alteração da distribuição dos riscos do negócio, com a quebra das regras iniciais da licitação, pois o custo da obra seria assumido pelo poder concedente e os lucros apropriados pelo concessionário, alterando-se a premissa de que o serviço seria executado por conta e risco do particular (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95); (iv) a diminuição da qualidade das obras realizadas no fim dos contratos, pois não haveria tempo hábil para que a qualidade das obras refletisse nos parâmetros de desempenho (usados para descontos em tarifas e em aplicação de penalidades em concessões reguladas por incentivo); (v) o aumento de omissão proposital de investimentos no plano original para viabilizar fraudes ou ganhos maiores na realização dos investimentos adicionais; (vi) a instabilidade regulatória, o que impactaria negativamente na entrada de novos investidores; (vii) a afronta ao princípio da impessoalidade; e (viii) a repercussão negativa sobre os interesses dos usuários.

Dado esse contexto, essencial que os administradores públicos bem se desincumbam de seu dever de motivar, com respaldo em adequados estudos técnicos e financeiros e análises jurídicas. A justificativa para o ato não poderá se basear em considerações genéricas, que se prestem a justificar qualquer decisão, como a simples enunciação de atendimento a um dado interesse público sem a especificação, particularização ou identificação dos interesses envolvidos na questão e sem apontar a relação de necessidade e relevância da mudança propugnada (17). Exige-se do gestor público um esforço de racionalidade na motivação, até mesmo para que se possa realizar o controle *a posteriori* das ações administrativas (18).

De modo a buscar, em alguma medida, balizar a decisão do administrador e conferir maior previsibilidade aos contratos públicos, o Estado de São Paulo tem incorporado⁹ cláusula contratual arrolando hipóteses

9 Em especial nas concessões de serviços públicos contratadas no âmbito da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, a exemplo da “concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros das Linhas 5-lilás e 17-ouro da rede metroviária de São Paulo” (19) e da “concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros da Linha 15-prata da rede metroviária de São Paulo” (20).

nas quais se admitem investimentos adicionais. Não obstante essa prática, mostra-se inevitável reconhecer ao gestor público uma considerável margem de discricionariedade para delimitar o enquadramento das hipóteses genericamente apontadas no contrato, o que pode ser mitigado com mecanismos de participação dos interessados e com a exigência de análise de vantagem da contratação para a administração pública.

No âmbito da ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo –, em contratações recentes, foi elaborado interessante mecanismo de participação popular na decisão de investimentos a serem incorporados aos contratos de concessão, alocando a inclusão de tais investimentos, prioritariamente, aos ciclos quadrienais de revisão ordinária dos contratos e impondo a realização de audiências públicas “para franquear à sociedade oportunidade de avaliar as demandas compiladas e sugerir novos investimentos e melhorias que devam ser consideradas para eventual adequação dos planos de investimentos vigentes ou de novos planos de investimentos”¹⁰. Essa medida auxilia o gestor público na tomada da decisão e reduz a carga de responsabilidade da autoridade governamental na escolha do investimento a ser realizado, escolha essa que passa a ser compartilhada com múltiplos atores, em especial a sociedade destinatária do serviço público prestado pela concessionária.

Quanto aos limites potencialmente incidentes sobre a incorporação de investimentos adicionais a contratos de concessão, há ainda que se mencionar o intenso debate doutrinário, ora em alguma medida pacificado, quanto à aplicação dos limites quantitativos previstos no artigo 65 da Lei federal nº 8.666/93 às alterações realizadas em contratos de concessão de serviços públicos.

Guimarães (20, p. 298-299) adota a posição de que o regime de limitação à alterabilidade dos contratos administrativos ordinários não se aplica aos contratos de concessão no que tange às expansões previsíveis, o que se fundamentaria na complexidade do objeto desses contratos, na alta longevidade e na lógica de controle de metas e resultados que lhe seriam peculiares. Para o autor, “[...] seria excessivo e artificial pretender

10 Cláusula 24.8 do contrato decorrente da Concorrência Internacional nº 03/2016, tendo por objeto a concessão de lote de rodovias conhecido como Rodovias dos Calçados (21).

emprestar aos contratos concessionários os limites rígidos e matemáticos concebidos para reger a contratação ordinária [...]”, afirmando que os arquitetos da concessão têm o dever de previdência em relação a essas possíveis e previsíveis alterações.

Barroso (18), em estudo no qual aborda as alterações em contratos de concessão rodoviária, invoca o que define como peculiaridades dos contratos de concessão (natural alteração das necessidades relacionadas ao bem público, convivência com diferentes agentes públicos ou governos, relação da concessionária com usuário do serviço e dever de manter a atualidade) para sustentar que o artigo 65 da Lei federal nº 8.666/93 não regularia a mutabilidade nesses casos, muito embora argumentando que, no caso de alterações quantitativas, os percentuais do artigo 65 se apresentariam como diretrizes, as quais, para serem superadas, exigiriam uma motivação qualificada e a demonstração, no caso concreto, da “[...] necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade [...]”.

Sundfeld, Câmara e Souza (22, p. 35-37) entendem que é inadequada a invocação desse dispositivo para limitar as alterações em concessão de serviço público na medida em que o artigo 65 da Lei federal nº 8.666/93 se caracteriza como uma espécie de dispensa de licitação, o que seria incompatível com a regra do artigo 175 da Constituição, que exige que as outorgas se deem sempre mediante licitação. Destaca que não se protege adequadamente o princípio da licitação com essa limitação, pois, a seu ver, qualquer acréscimo que seja passível de exploração econômica deveria ser licitado e não somente os acréscimos acima de 25% do valor do contrato – valor esse, inclusive, de difícil aferição¹¹.

Em 2017, a Lei Federal nº 13.448/2017 (23) estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria do PPI e previu em seu artigo 22 que as alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou

11 De se destacar o exemplo trazido pelo autor, que alude à impropriedade de se autorizar a inclusão, em concessão de rodovia com 1.000 km de extensão, de trecho adicional de 250 km de outra rodovia, apenas em razão da adequação ao limite quantitativo contemplado no artigo 65 da Lei federal nº 8.666/93.

da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei federal nº 8.666/93, positivando-se, no âmbito da União e em relação aos contratos de parceria daquela lei, a inaplicabilidade dessa limitação quantitativa já tida por imprópria a tais contratos em âmbito doutrinário.

No âmbito do Estado de São Paulo, aprovou-se a recente Lei estadual nº 16.933/2019, a qual regulamentou a forma e os critérios aplicáveis para a análise da incorporação de investimentos adicionais em projetos de parceria do Estado de São Paulo. Em linhas gerais, esse diploma exige uma avaliação da vantagem da incorporação desse investimento na parceria vigente, em comparação às demais alternativas possíveis de realização do investimento tido como necessário ou conveniente ao interesse público¹².

Em resumo, a partir de tais considerações doutrinárias e dos precedentes jurídicos estabelecidos pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, podem ser arroladas as seguintes diretrizes aplicáveis às alterações em contratos de concessão de serviços públicos: (i) o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, incidente com ainda maior rigor aos contratos de longo prazo, legitima a alteração unilateral, ou bilateral, do objeto contratual ou das condições de execução do contrato, em defesa do interesse público, desde que respeitados determinados limites; (ii) as alterações de objeto contratual não podem assumir vulto, ou contemplar escopo, que implique absoluta descaracterização ou desnaturação do objeto original do contrato, alterando-se a sua essência, especialmente em situações nas quais se verificar que o objeto que se pretende inserir no contrato vigente pudesse ser objeto de licitação autônoma, com viabilidade econômica de exploração isolada; (iii) a inserção, em contrato de concessão de serviço público, de objeto contratual originalmente não previsto, depende da constatação técnica de que o aditamento proposto constitui a solução que melhor atende ao interesse público, seja em razão da impossibilidade de licitação isolada do objeto acrescido, seja em face da inconveniência

12 Como será apresentado mais adiante, nos termos do artigo 7º, §1º, da Lei estadual nº 16.933/2019, a decisão quanto à incorporação de investimentos adicionais em parcerias contratadas deverá ter como suporte estudo técnico comparativo das vantagens e desvantagens de cada alternativa de execução do empreendimento proposto, evidenciando a intenção do legislador de elevar o interesse público como o principal fator de análise quando da decisão sobre a melhor forma de execução do investimento.

de manter-se o objeto a cargo do poder concedente; (iv) não são aplicáveis aos contratos de concessão de serviço público os limites de alteração quantitativa previstos no artigo 65, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93; (v) deve ser realizada uma análise técnica da vantagem da contratação para a Administração Pública.

2.2. Razões jurídicas e econômicas para a incorporação de investimentos adicionais em contratos de concessão

A previsão da forma de incorporação de investimentos adicionais em um contrato de concessão envolve mais do que uma prática recomendada para lidar com as inevitáveis implicações do curso do tempo sobre a relação contratual. Trata-se de cumprimento de um dever legal, eis que o artigo 23, inciso V, da Lei federal nº 8.987/1995, o estabelece como cláusula essencial.

É, portanto, inerente à concepção de uma concessão de serviço público que se atribua à concessionária a responsabilidade pela execução dos novos investimentos que se fizerem necessários para a adequada prestação do serviço, quer os investimentos passíveis de identificação desde a elaboração do contrato – e, portanto, já incluídos no plano de negócios da concessionária –, quer os investimentos cuja necessidade vier a ser identificada ao longo da execução contratual, hipótese em que o contrato deve regular o procedimento necessário para a inserção desses investimentos no objeto contratado e a forma de remuneração da concessionária pela execução de investimentos que não havia previsto originalmente em seu plano de negócios¹³.

13 A esse respeito Marçal Justen Filho (11, p. 75/76) ensina que: “Não seria exagero afirmar que a mutabilidade é uma circunstância anormal na vida dos contratos administrativos comuns, mas é da própria inerência da concessão. Ou seja, a característica da mutabilidade não apresenta idêntica relevância nos diferentes contratos administrativos. Se é verdade que os contratos ditos de colaboração (que envolvem obras, serviços, compras) comportam alteração unilateral, é inquestionável que a mutabilidade é essencial às concessões. A diferença reflete a natureza das prestações assumidas pelas partes. Tem vínculo direto com as características do próprio serviço público. (...) Esse vínculo inafastável entre a concessão de serviço público e a satisfação de necessidades coletivas essenciais conduz à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para realização dos interesses em jogo. Isso respalda a concepção de que a mutabilidade da concessão não pode ser enfrentada com os mesmos critérios atinentes àquela consagrada a propósito dos demais contratos administrativos. As condições de desempenho da atividade objeto da concessão são essencialmente mutáveis, tal como se passa com o serviço público prestado diretamente pelo próprio Estado.”

Interessante destacar as razões pelas quais as condições originalmente fixadas quando da concessão devem ser regularmente alteradas pelo poder concedente, para adequar a contratação ao interesse público concreto (11, p. 299/300):

A competência estatal para regulamentar o serviço não desaparece em virtude da outorga da concessão. Daí deriva que as condições originais fixadas pelo Estado podem ser alteradas supervenientemente, ao longo do tempo. Aliás, e considerando as circunstâncias características da outorga de uma concessão, essas condições originais deverão ser modificadas ao longo do prazo de vigência da concessão. É que as características do serviço público impõem não apenas sua continuidade, mas sua adequação permanente. Isso significa incumbir ao poder concedente o dever-poder de estabelecer, por ocasião da outorga, [...] as condições mais satisfatórias e adequadas para a prestação do serviço por parte do concessionário. Mas essa solução não basta. É indispensável que o serviço mantenha as características de adequada satisfação ao interesse público concreto, ao longo do prazo da concessão. Portanto, se eventos supervenientes produzirem modificações no estado de fato, incumbirá a introdução de inovações nas condições do serviço, adequando-o às novas características ou às necessidades surgidas. Por isso, as condições da prestação do serviço, fixadas por ocasião da outorga à iniciativa privada, não se cristalizam, mas apresentam um cunho de mutabilidade compatível com as características da realidade.

Todavia, a despeito do reconhecimento de que a mutabilidade das circunstâncias relacionadas à prestação do serviço público justificaria a permanente avaliação, pelo poder concedente, da eventual alteração das condições da prestação dos serviços, disso não decorreria, necessariamente, a conclusão de que os investimentos necessários à adequação do serviço público a essas novas condições devam, forçosamente, ser executados pela concessionária e não por terceiros contratados pelo próprio poder concedente em processo licitatório autônomo, mediante regime ordinário de contratações públicas.

Para que seja definido se, nas diversas situações concretas, o investimento deve ser realizado pela própria concessionária, mediante incorporação desse investimento adicional ao contrato de concessão¹⁴,

14 Desde que, evidentemente, possível tal incorporação em face dos limites expostos anteriormente.

ou se deve ser realizado por terceiro contratado diretamente pelo poder concedente, indispensável que se avalie as vantagens e desvantagens de cada alternativa, conforme determina o artigo 8º da Lei federal nº 13.448/2019 e o artigo 7º da Lei estadual nº 16.933/2019¹⁵.

Todavia, mais do que os pontos expressamente apontados como conteúdos obrigatórios do estudo técnico de avaliação da incorporação de investimentos adicionais em parcerias, o que chama a atenção no artigo 7º, §1º, da Lei estadual nº 16.933/2019¹⁶, é, justamente, o que nele não é exigido: a demonstração da compatibilidade do investimento proposto com o escopo original da concessão.

Não há na Lei federal nº 13.448/2017 ou na Lei estadual nº 16.933/2019 qualquer menção à necessidade de estrita correlação entre os investimentos originalmente previstos na concessão e o investimento que se pretende nela inserir, o que conduz à conclusão de que, pela legis-

15 Ribeiro e Prado (24): “O risco relacionado à inclusão de novos escopos ou à expansão de escopo contratual é que se venha a entender tais práticas como (i) descumprimento da obrigação de realizar processo competitivo para a contratação de ente para dar cabo de tais escopos, ou (ii) como alteração indevida das condições previstas no instrumento convocatório.

Além disso, a inclusão, supressão ou modificação de atribuições em um contrato pode implicar frustração dos efeitos da própria licitação realizada para a sua celebração. Se essas modificações, inclusões e/ou supressões de escopos fossem realizadas anteriormente à licitação, elas poderiam, em tese, alterar de maneira relevante não apenas a identidade do conjunto de participantes da licitação, mas também os valores das propostas.

Por essa razão, a doutrina jurídica e a jurisprudência percebem na exigência de prévia licitação (da qual se pode derivar também o princípio de vinculação ao edital da licitação) um limite à possibilidade de alteração de contratos administrativos. [...]

De uma perspectiva econômica, considerando que a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos tem, como seu principal objetivo, a obtenção da melhor relação custo/benefício para a Administração Pública, para verificar se é cabível que a exigência de prévia licitação figure como limitadora da possibilidade de alteração do contrato administrativo, dever-se-ia comparar em cada caso o resultado esperado de um aditivo para alteração do contrato com os ganhos de eficiência que, estima-se, resultariam da licitação, subtraindo-se os custos de transação que decorrem do esforço necessário para a realização da própria licitação. Essa comparação nem sempre é simples de ser realizada. Particularmente, é difícil estimar os ganhos que podem resultar da competição. A teoria jurídica, contudo, desinformada em regra da racionalidade econômica, raramente aborda esse aspecto. Contudo, esse tipo de raciocínio não é estranho à atividade fiscalizatória do TCU e suas preocupações com a, assim chamada, economicidade das decisões da Administração Pública. Por isso, é importante utilizar como um dos balizadores da decisão de expansão de escopo de contrato de PPP a avaliação econômica do que resultaria de eventual realização de licitação para contratação, em processo separado, daquele mesmo escopo.”

16 Assim como no artigo 8º, §1º, da Lei federal nº 13.448/2017, de redação equivalente.

lação ora vigente, a incorporação de investimentos adicionais em contratos de parceria depende, precipuamente, de uma avaliação do interesse público dessa medida no cotejo entre as alternativas disponíveis ao administrador público, a quem competirá efetuar o levantamento das condições técnicas, ambientais, regulatórias e econômico-financeiras do investimento previsto, nos termos do artigo 7º, §1º, da Lei estadual nº 16.933/2019, e decidir por sua incorporação ao contrato de parceria.

Naturalmente, muito embora pareça evidente a intenção do legislador de conferir prevalência à análise da vantagem da medida, em face de uma aferição puramente formal da compatibilidade do investimento proposto com os investimentos originalmente contemplados na parceria, é certo que essa opção não legitima uma absoluta desnaturação do contrato de parceria, nele incorporando investimentos adicionais que não guardam qualquer relação com o escopo originalmente licitado.

Há de se preservar o núcleo essencial da contratação, o cerne do serviço público concedido ou da parceria contratada, de modo que apenas poderão ser incorporados como investimentos adicionais em parceria já contratada aqueles que sirvam, expandam ou aprimorem, de alguma forma, o escopo da parceria ou o benefício ofertado aos usuários dos serviços prestados pela parceira contratada.

Diante disso, há respaldo legal, por exemplo, para alterar uma parceria inicialmente formatada como *brownfield*, a fim de que sejam realizados vultosos investimentos, desde que demonstrado que tais investimentos serão mais bem executados pela concessionária e que tal alternativa atinge o interesse público.

Mas quais balizas podem ser adotadas para avaliação da economicidade de tais decisões da Administração Pública, quando diante da identificação da necessidade de realização de investimento adicional para a adequada prestação de um serviço público?

Em primeiro lugar, cumpre apontar que, até mesmo como decorrência da lógica subjacente à alocação contratual de riscos, responsabilidades e obrigações em um contrato de concessão de serviços públicos, segundo a qual se deve alocar tais elementos (riscos, responsabilidades e obrigações) à parte que melhor puder lidar com o evento, há de se reconhecer, a princípio, as desvantagens inerentes à imposição da respon-

sabilidade por novos investimentos ao poder concedente, ou a terceiros por ele contratados autonomamente.

Com efeito, ao se atribuir ao poder concedente a responsabilidade por novos investimentos que se afigurem necessários ao longo da concessão, o adequado desempenho dos serviços prestados ao usuário passa a ser afetado pelas consequências inerentes à execução de quaisquer obras públicas sob o regime da Lei federal nº 8.666/93, entre as quais, exemplificadamente: (i) o prazo necessário à conclusão do processo licitatório a cada intervenção que se fizer necessária ao longo da concessão; (ii) a necessidade de licitação das obras com fundamento em projeto exaustivamente detalhado pela Administração, sob pena de assunção de riscos de futura necessidade de aditamentos contratuais, para fazer face à constatação de eventual inadequação do projeto licitado; (iii) os possíveis atrasos na execução das obras por problemas de projeto ou, especialmente, como decorrência de divergências entre os contratantes quanto à execução das obras; (iv) a necessidade de alterações no preço licitado para fazer frente a alegados serviços distintos dos contratados; e (v) o sistema rígido da Lei Federal nº 8.666/93 de alocação de riscos entre os partícipes, na forma como tratado tradicionalmente pela doutrina e jurisprudência pátrias¹⁷.

Para além desse ponto, devem ser considerados os impactos que eventual inadequação da qualidade, ou do prazo, desses investimentos adicionais contratados pelo poder concedente gerariam sobre as obrigações contratualmente assumidas pelo poder concedente junto à concessionária, dado o inevitável conflito de interfaces entre contratos administrativos relacionados à mesma infraestrutura sob operação da concessionária.

Em outras palavras, caso o investimento contratado pelo poder concedente ocasione, durante a sua execução, redução de receitas ou aumento de custos à concessionária, ou caso tal investimento venha a ser necessário para que o poder concedente cumpra obrigações assumidas no próprio contrato de concessão, quaisquer dificuldades que o poder concedente venha a enfrentar no contrato celebrado com o terceiro, no regime ordinário de contratação, implicarão não apenas as já notórias discussões com

¹⁷ Concepção essa com a qual, particularmente, não compartilhamos, já que entendemos possível o compartilhamento de riscos entre o Estado e o particular contratado mesmo em projetos pactuados sob o regime da Lei federal nº 8.666/93.

a empresa contratada¹⁸, mas, adicionalmente, potenciais desequilíbrios econômico-financeiros do próprio contrato de concessão.

Não há como se ignorar o peculiar incentivo que a empresa contratada pelo Estado teria para se valer desse risco de implicações sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assumido pelo Estado contratante, para atuar em benefício próprio, potencialmente condicionando à conclusão do objeto contratual no tempo e modo contratados à obtenção de decisões estatais a seu favor, como deferimento de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, ciente dos custos econômico-financeiros que seriam suportados pelo Estado em face da concessionária de serviço público, na hipótese de atraso na conclusão desse investimento.

Imagine-se, a título de exemplo, que o poder concedente, em um contrato de concessão de serviço público para a exploração de uma linha metroviária, se comprometesse com a aquisição dos trens que viessem a ser necessários na hipótese de demanda de usuários muito superior à originalmente prevista, comprometendo-se a disponibilizar tais trens à concessionária em um dado prazo, a partir da caracterização do gatilho de demanda previsto no contrato.

Ainda que o prazo previsto em contrato fosse factível, dadas as condições de fornecimento usualmente observadas, invariavelmente o Estado assumiria o risco de, havendo atraso no fornecimento desse material rodante, ocasionar à concessionária perda de receita tarifária pela impossibilidade de atendimento à demanda superior à capacidade de atendimento instalada, assumindo, portanto, não apenas os riscos ordinariamente suportados em uma contratação de fornecimento de trens, mas o risco adicional dos impactos causados por essa contratação no contrato de concessão já celebrado.

Outras vantagens poderiam ser apontadas para a alternativa de incorporação de investimentos adicionais no escopo de um contrato de concessão, em comparação à alternativa de contratação autônoma: (i) a peculiar situação da concessionária enquanto detentora da infraestrutura na qual, no caso de execução de obras, os investimentos virão a ser realizados, sendo possível à concessionária, com muito

18 Em temas dos mais variados, como atribuição de responsabilidades por atrasos, desequilíbrios econômico-financeiros, erros de projetos, etc.

mais eficiência, gerenciar as diversas atividades que devam ser executadas no local, compatibilizando as obras a serem realizadas e o serviço público prestado à população; (ii) a existência de métodos alternativos de custeio do impacto financeiro dessas novas obrigações, entre os métodos de reequilíbrio econômico-financeiro previstos em lei ou no contrato, em oposição à rigidez do método de pagamento previsto na Lei federal nº 8.666/93, cuja implementação depende da disponibilidade imediata de recursos orçamentários, com pagamentos correspondentes ao progresso de execução das obras; (iii) a alocação ao concessionário de serviço público da responsabilidade pela implementação da infraestrutura que posteriormente virá a operar conduz a incentivos econômicos de grande relevância para que a infraestrutura seja implementada com qualidade ótima, na medida em que o próprio responsável pela execução das obras terá a atribuição de operá-las e, em especial, de mantê-las ao longo da vigência do contrato de concessão do serviço público; e, por fim, (iv) quando pertinente, a alocação a concessionário de serviço público da responsabilidade pela implementação da infraestrutura que posteriormente virá a operar conduz a incentivos econômicos para que as obras sejam concluídas no menor prazo possível, já que essa antecipação permitirá a operação da infraestrutura em prazo menor do que o originalmente estimado, viabilizando a obtenção da receita tarifária correspondente.

De todo modo, os pontos levantados acima representam referenciais apenas teóricos a respeito de possíveis vantagens e desvantagens de cada modelo de contratação e execução de um investimento pelo Poder Público, podendo as circunstâncias dos casos concretos levar a conclusões distintas.

O que nos parece inafastável é a conclusão de que se insere entre as prerrogativas do Poder Público, em sua atribuição constitucional de empregar os recursos públicos para a consecução do interesse da sociedade da maneira mais eficiente possível, a decisão sobre executar determinado investimento mediante regime ordinário de contratação ou mediante regime concessório, sopesando as vantagens e desvantagens de cada modelo.

Optando por executar determinado investimento sob o regime de concessão, por entender que as decorrências do modelo conferem maior proteção ao interesse público, a exemplo do alinhamento de incentivos quanto à conclusão do investimento no prazo e com a qualidade con-

tratados, bem como da possibilidade de melhor alocação de riscos, compete ao Poder Público verificar se esse investimento pode, sob o regime eleito de concessão, ser executado por mais de um interessado – hipótese na qual deverá, em regra, submeter o investimento ao procedimento de licitação pública –, ou se esse investimento, sob regime de concessão, somente pode ser executado por concessionária já contratada, dada a correlação com o contrato em execução, hipótese na qual, por inviabilidade de competição, deve o investimento ser incorporado ao contrato.

3. CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se apresentar as principais polêmicas envolvidas na incorporação de investimentos adicionais a contratos de concessão, os limites a serem observados e os parâmetros a serem adotados pelo administrador para a decisão entre submeter a execução de tais investimentos à concessionária, mediante incorporação ao contrato de concessão, ou contratar tais investimentos paralelamente, em processo licitatório autônomo.

Muito embora tenham sido apresentadas as razões pelas quais, no entendimento dos autores, a incorporação de investimentos adicionais ao próprio contrato de concessão é, como regra, mais benéfica ao interesse público, há que se destacar que não se ignora que essa opção é, igualmente, sujeita a riscos e desvantagens, tais quais as apontadas pelo Tribunal de Contas da União quando do julgamento da TC 014.689/2014-6, mencionada ao longo do trabalho¹⁹. Assim, idealmente, o contrato deve viabilizar a incorporação de investimentos adicionais ao seu escopo, mas não torná-la obrigatória, submetendo à decisão do administrador público a avaliação, em cada situação con-

19 Outras ineficiências potencialmente relevantes desta decisão de alocação à concessionária da realização de investimentos adicionais poderiam ser arroladas, a exemplo: (i) do risco de seleção adversa, decorrente do fato de que, na eventualidade de uma inadequada precificação da remuneração devida à concessionária pelos investimentos adicionais, gerar-se-ia a expectativa de relevante lucratividade neste aspecto essencialmente excepcional da relação contratual, o que tenderia a atrair empresas com menor capacidade técnica e maior capacidade de fazer *lobby*; e (ii) do risco moral, caracterizado pela ausência de incentivos ao poder concedente para planejar e modelar projetos de forma adequada, dado que seria possível utilizar-se da renegociação para corrigir os erros na fase de planejamento. Ambos os riscos são apontados por Engel, Fischer e Galetovic (10).

creta, das alternativas à sua disposição para a execução do investimento, sopesando os riscos e vantagens de cada modelo, de modo a melhor atender ao interesse público.

O que é essencial, até mesmo para dar atendimento ao artigo 23, inciso V, da Lei federal nº 8.987/95, é que o contrato de concessão de serviços públicos discipline as circunstâncias nas quais é possível a incorporação de investimentos adicionais ao contrato, após decisão do poder concedente de fazê-lo, regulamentando o procedimento de elaboração e aprovação de eventuais projetos que venham a ser necessários, a forma de precificação e remuneração da concessionária pelos investimentos que vier a realizar²⁰ e mesmo eventual disciplina específica de riscos e obrigações de cada parte na execução desses investimentos²¹.

4. BIBLIOGRAFIA

1. Brasil. Lei nº 8.987, de 29 de junho 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, Brasília, 14 fev. 1995. Seção 1, p. 1917.
2. Brasil. Lei nº 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, Brasília, 31 dez. 2004. Seção 1, p. 6.
3. Brasil. Lei nº 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

20 Tema esse a merecer abordagem específica, dada a controvérsia e complexidade que o envolve, especialmente quanto à metodologia de cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro e à forma de apuração da taxa de rentabilidade necessária à remuneração da concessionária pelo investimento a ser realizado, considerando-se as flutuações macroeconômicas ao longo do prazo de vigência do contrato.

21 Tal disciplina consta dos contratos de concessão de serviços públicos celebrados no âmbito da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, a exemplo do Capítulo XI dos contratos de “concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros das Linhas 5-lilás e 17-ouro da rede metroviária de São Paulo” (19) e de “concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros da Linha 15-prata da rede metroviária de São Paulo” (20).

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 4 jan. 2012. Seção 1, p. 1.

4. Justen Filho M. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

5. Carvalho Filho JS. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

6. Di Pietro MSZ. Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

7. Mello CAB. Curso de Direito Administrativo. 25. edição, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

8. Justen Filho M. Algumas Considerações acerca das Licitações em Matéria de Concessão de Serviços Públicos, in Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Editora Fórum: Belo Horizonte, ano 2, n. 7, out/dez 2004.

9. Guasch JL. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right. WBI Development Studies, Washington, DC, 2004. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/15024/2/88160PAPER0Granting010renegotiating.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 de jul. 2017.

10. Engel E, Fischer RD; Galetovic A. The Economics of Public-Private Partnerships: a basic guide. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

11. Justen Filho M. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, São Paulo: Dialética, 2003, p. 75/76, 441/445.

12. Sundfeld CA. Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo; Malheiros, 1994, p. 228/229.

13. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procuradoria Administrativa. Parecer PA-3 nº 237/2000.

14. Ribeiro MP, Jordão E. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em 3 passos – A contribuição dos controladores. Jota.Info [homepage na Internet]. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-11012017>>. Acesso em: 04 de dez. 2018.

15. Ribeiro MP. O Projeto de Lei nº 7.448/2017 e a racionalização do controle da Administração Pública. Portugal Ribeiro Advogados [homepage na Internet]. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/racionalizacao-da-atividade-de-controle-da-administracao-publica-mauricio-portugal-ribeiro-final-env.pdf>>.
16. Brasil. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas 014.689/2014-6. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília. J. em: 12/04/2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5290394&disposition=inline>>. Acesso em: 31 jul. 2017.
17. Guimarães FV. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (*ius variandi*) no âmbito das concessões de serviços públicos. Revista dos Tribunais, vol. 781/2000, p. 11-27, nov. 2000.
18. Barroso LR. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99-129, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>>. Acesso em: 5 jul. 2017.
19. Metrô de São Paulo. Concessão das linhas 5 - Lilás e 17 - Ouro. Disponível em: <<https://dataroom.metrosp.com.br/consultar/index.php/tree/sub/?dir=pt-BR%2F01+-+Edital+-+Concorr%C3%A4ncia+Internacional+-+Concess%C3%A3o+das+Linhas+5-Lil%C3%A1s+e+17-Ouro+-+Vers%C3%A3o+Oficial+em+portugu%C3%AAs>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.
20. Guimarães FV. Concessão de Serviço Público. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
21. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP). Contrato Itaporanga-Franca. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Media/Default/Documento/Contrato%20CP%20Itaporanga%20Franca.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2017.
22. Sundfeld CA, Câmara JA, Souza RP. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: Oliveira, FMR (coord.). Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

23. Brasil. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação 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, Brasília, 06 jun. 2017. Seção 1, p. 1.

24. Ribeiro MP, Prado LN. *Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais*. Portugal Ribeiro Advogados [homepage na Internet]. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/alteracao-de-contratos-administrativos.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

WAY-OUT NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Adriana Mazieiro Rezende¹
Alessandra Obara Soares da Silva²
Eugenia Cristina Cleto Marolla³

Sumário: 1. Introdução; 2. A concessão sob a perspectiva da Nova Gestão Pública; 3. Rescisão antecipada das Parecerias Público-Privadas na literatura estrangeira; 4. Distrato no direito administrativo brasileiro; 5. Elementos das cláusulas que disciplinam o *way-out* – a experiência do Estado de São Paulo; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto da experiência das autoras atuando na área da consultoria da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no assessoramento da Administração Pública bandeirante, no desenho e acompanhamento da execução de parcerias *lato sensu* entre o Poder Público e o setor privado, especialmente concessões de serviço público.

É também decorrência do conhecimento compartilhado entre colegas Procuradores do Estado no âmbito do Núcleo de Estudos sobre

-
- 1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada pela Universidade Mackenzie.
 - 2 Procuradora do Estado de São Paulo. Doutoranda em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP.
 - 3 Subprocuradora Geral do Estado de São Paulo - Área da Consultoria. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pela Universidade de São Paulo.

Parcerias Público-Privadas, que permitiu debater melhores práticas para essas parcerias, sob coordenação da então Subprocuradora Geral da Consultoria Geral, atual Procuradora Geral do Estado Adjunta, Cristina M. W. Mastrobuono.

Propõe-se, nas linhas que seguem, analisar as parcerias entre o setor público e o setor privado na área de infraestrutura sob enfoque que permita, no desenho das contratações no Estado de São Paulo, atrair parceiros privados comprometidos a conjugar esforços com o setor público, com vistas a atender às necessidades da sociedade paulista.

A experiência obtida com a execução dos contratos de concessão, o avanço nos estudos desse tipo especial de contrato administrativo, bem como a maior interação entre os âmbitos público e privado, são fatores que levaram ao aprimoramento dos instrumentos contratuais, com a introdução de novas ferramentas para torná-los mais eficientes.

Este breve artigo abordará uma dessas inovações, o chamado *way-out*, ou o término antecipado do contrato de concessão por acordo das partes (distrato). Apesar do distrato ser previsto no ordenamento jurídico brasileiro ele não costumava ser considerado, de maneira expressa, nos contratos de parceria como forma de encerramento antecipado do acordo. É essa possibilidade que será explorada neste breve estudo.

2. A CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA DA NOVA GESTÃO PÚBLICA

O estudo dos contratos administrativos de concessão nada mais é do que o estudo das parcerias firmadas entre Poder Público e particular, na categoria de contratos denominados de concessão comum ou parcerias público-privadas. Desde a reforma administrativa de 1967, busca-se desenvolver as capacidades institucionais do Estado brasileiro, reconhecendo a inviabilidade prática de o Estado prover integral e satisfatoriamente todas as necessidades da sociedade. Embora aludida reforma não tenha se completado e, possivelmente, em decorrência de sua implementação parcial, abriu-se espaço, na década de 90, para a reforma gerencial, já durante a vigência da Constituição Cidadã.

Ambas as reformas referidas tinham como finalidade privilegiar o controle de resultados, o alcance de metas predefinidas (em 1967, pelo

Governo Central, reconhecendo-se a possibilidade de delegação de atividades de execução⁴ para os entes subnacionais apenas se esses demonstrassem possuir capacidade técnica para bem desempenhar as atividades delegadas de forma a alcançar as metas predefinidas, o que seria mais eficiente em razão da capilaridade e proximidade com os administrados) e a satisfação das necessidades sociais.

Em especial, a reforma gerencial da década de 90, veiculada pela Emenda Constitucional 19/98, enfatizou a colaboração dos particulares com a Administração Pública em relações jurídicas negociais. Ampliaram-se as margens para formalização de parcerias não apenas com entes públicos (por meio de convênios), mas também entre público e privado, esse último composto não apenas pelo segundo setor (mercado), mas também pelo terceiro setor. Ganhando corpo a ideia de descentralização para maior eficiência e efetividade da função de planejamento – essa última reservada ao Poder Público como atividade de sua competência exclusiva –, foi possível reduzir, ou ao menos tentar reduzir, a máquina pública, delegando o exercício de atividades não exclusivas ao particular (em atuação subsidiária ao Poder Público) e, ao mesmo tempo, aproximando o particular do Poder Público, entabulando relações consensuais de parceria para atingimento do interesse público com a efetiva satisfação das necessidades do indivíduo-cidadão, podendo-se falar na geração de valor público.

Nesse contexto, o axioma da supremacia do interesse público sobre o particular passou a ser desconstruído e enfraquecido, com a revisão do conceito de poder de império do Estado, que não mais se coaduna com a sociedade contemporânea, em que a supremacia da pessoa humana, em seus dois aspectos – indivíduo e cidadão⁵, emerge do ordenamento constitucional, competindo ao Poder Público atuar de forma transparente, imparcial e eficiente, com efetivo controle da sua atividade. Verifica-se que a ideia de contraposição de interesses é relativizada não apenas porque em muitos casos o Poder Público estaria atuando de forma mais consensual com o particular, despindo-se de seus poderes de império –

4 Mantendo-se as atividades de planejamento exclusivamente com o poder central.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147.

esses ainda permanecem, dadas as especificidades inerentes ao exercício de função pública, mas de maneira mitigada –, mas também porque se harmonizam com o conceito de equilíbrio para alcance de finalidades que embora possam, *a priori*, parecer opostas ou contrapostas, ao fim e ao cabo, são coincidentes.

A expectativa de coincidência de objetivos entre Administração Pública e particular pode parecer distante da realidade, mas, fato é que a delegação de serviços públicos constitui um exemplo em que a ambas as partes contratantes interessa satisfazer as necessidades do cidadão-usuário de forma eficiente⁶.

3. RESCISÃO ANTECIPADA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LITERATURA ESTRANGEIRA

Focalizar contrato administrativo de concessão sob a perspectiva da Nova Gestão Pública implica reconhecer que as partes envolvidas entabulam negócios jurídicos. Conforme o momento, o objeto e a finalidade que se pretende alcançar em cada contratação, o formato da contratação será diferente. Diversos fatores são extremamente relevantes nesse desenho, porém, seu detalhamento extrapolaria os limites deste artigo.

De qualquer sorte, tais parcerias envolvem uma contraprestação ao particular, eis que não seria razoável exigir, num Estado Democrático de Direito, que o privado prestasse determinada atividade de forma graciosa à sociedade. Isso não implica, automaticamente, afirmar que seus interesses sejam contrapostos aos do Poder Público, mas que a atuação em parceria pressupõe benefícios para ambas as partes de forma a alcançar a satisfação de necessidades públicas e a geração de valor público, sem prejuízo do particular que atua em colaboração com o Estado.

Nesse contexto, as parcerias comumente vigoram por prazos alongados, porque envolvem, em regra, vultosos investimentos cujo retorno financeiro para o particular não será imediato. Com efeito, de acordo

6 “(...) A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas.” (PDRAE)

com a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, os contratos de parceria público-privada devem ter valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), envolvendo investimento, ou CAPEX⁷, e operação, ou OPEX⁸, necessariamente, e vigor por no mínimo cinco e no máximo trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação, de forma “compatível com a amortização dos investimentos realizados” (art. 5º, I).

Durante esse período, várias são as intercorrências possíveis, o que justifica – na etapa de planejamento e desenho da futura parceria – a consideração, em matriz de risco do negócio jurídico, de tantos eventos quantos se possam antecipar, com seus respectivos métodos de prevenção e mitigação ou remédio, inclusive a responsabilidade por suportá-los. Insere-se, nessa atividade de alocação de riscos, o estabelecimento das possíveis hipóteses de rescisão da parceria. A literatura internacional orienta a previsão de causas de rescisão antecipada (“early termination”) nos contratos de parceria público-privada conforme os seguintes gatilhos⁹: (i) falhas atribuídas ao parceiro privado (descumprimento contratual pelo parceiro privado em razão de falha na conclusão do projeto, falha recorrente em atingir metas de performance, ou insolvência da companhia) – hipótese que a rescisão antecipada é, em regra, antecedida da possibilidade de assunção temporária do controle da companhia pelos seus financiadores (“lenders”), com a finalidade de restaurar a normalidade na execução do contrato e sanar as falhas constatadas; (ii) falhas atribuídas ao parceiro público (descumprimento contratual pelo parceiro público) – hipótese em que a rescisão antecipada ensejará indenização do parceiro privado, não apenas pelas parcelas de obrigações executadas, como também pelos lucros cessantes e parcelas não amortizadas de investimento, se houver; (iii) interesse público (conforme previsto na legislação aplicável) – hipótese em que deveriam ser aplicadas as mesmas regras pertinentes à rescisão em razão de descumprimento contratual do

7 Sigla que vem da expressão inglesa “Capital Expenditure”, significando despesas de capital ou investimento em bens de capital.

8 Sigla que vem da expressão inglesa “Operational Expenditure”, significando o capital utilizado para manter ou melhorar os bens físicos de uma empresa necessário à operação.

9 Fonte: <<https://pppknowledgelab.org/guide/sections/66-termination-provisions>>. Acesso em 3 de dezembro de 2018. Tradução livre das autoras. Na Europa, confira-se: <<http://www.eib.org/eppec/g2g/iv-project-implementation/41/416/index.htm>>.

parceiro público; (iv) força maior (situações prolongadas e incontrolláveis pelas partes contratantes, que obstam o cumprimento adequado de todas as obrigações assumidas ou atingimento das metas ajustadas; em tese, deveriam ser cuidadosamente definidas no contrato e limitadas a eventos não sujeitos a seguro) – hipótese em que, constatada a ausência de culpabilidade de quaisquer das partes envolvidas, nenhuma delas deverá arcar com prejuízos de qualquer ordem.

O conceito de força maior na literatura estrangeira também abrange eventos ou situações próximas do conceito geral de força maior, isto é, eventos de impacto extraordinário e/ou de uma natureza claramente imprevisível. Assim, quando o impacto de um evento de força maior é significativo e dura por um período de tempo definido, normalmente 6 ou 12 meses, enseja a negociação entre as partes, público e privado, de forma a, amigavelmente, rescindir o ajuste, compartilhando os efeitos do evento, de sorte que nenhuma delas suportaria sozinha os ônus do término antecipado da parceria¹⁰.

Em princípio, essa concertação entre parceiros público e privado para rescindir amigavelmente o contrato quando verificado um evento de força maior não é admitida expressamente na legislação específica de concessão comum, administrativa ou patrocinada no Brasil, o que não significa que as hipóteses identificadas pela literatura e prática alienígena, que poderiam motivar as partes (público e privado) a negociarem a rescisão antecipada do ajuste, não possam ser incorporadas em parcerias público-privadas em território nacional.

4. DISTRATO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

As hipóteses de rescisão antecipada de contratos de concessão¹¹ (comum e patrocinada ou administrativa) previstas expressamente nos artigos 35 a 39 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, são:

10 Disponível em: <<https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/99-early-termination-provisions97>>. Acesso em 1º abr. 2019. Tradução livre das autoras.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 11. ed., 2017, p. 118-121. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2014, p. 807-818. Ambos os autores admitem em tese a possibilidade do distrato nas concessões de serviços públicos.

- (i) encampação – rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; equivale à retomada da execução do serviço público pelo poder concedente, fazendo o concessionário jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados;
- (ii) caducidade – rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual, nesse caso não cabe indenização senão em relação à parcela não amortizada do capital;
- (iii) rescisão - por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim;
- (iv) anulação – por invalidade (vício) que macule a contratação;
- (v) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

A legislação sobre concessão estabelece expressamente os gatilhos para ocorrência de cada uma delas, não se incluindo nesse rol o distrato, entendido como a extinção antecipada do contrato por acordo das partes.

Especificamente no que se refere à rescisão de contratos com o Poder Público, ao mesmo tempo em que a lei geral de licitações e contratos estabelece hipóteses de rescisão unilateral, admite o distrato, *in verbis*:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - (...);

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - (...);

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

(...)

Embora a Lei federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não contemple previsão semelhante¹², interpretação sistemática do microsistema normativo de delegação de serviços públicos a particulares permite estender – com ponderações – as hipóteses de extinção amigável da Lei federal nº 8.666/93 aos contratos de concessão comum, administrativa ou patrocinada. Releva anotar que a Lei Paulista de Concessão e Permissão de Serviços Públicos – Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992 – expressamente prevê o distrato como hipótese de rescisão antecipada de contrato de delegação de serviço público. Confira-se:

Artigo 19 - Extingue-se a concessão por:

12 Maria Sylvia Z. Di Pietro entende que, ainda que tacitamente, a Lei federal nº 8.987/1995 admite a rescisão amigável:

“A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluios contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem ser opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao “foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.” Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isso não trazer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregue a Administração com os ônus de uma demanda judicial”. (2017:145)

I - término do prazo;

II - anulação;

III - caducidade;

IV - rescisão amigável ou judicial;

V - encampação ou resgate;

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

(...)

Artigo 26. O término antecipado da concessão, resultante de rescisão amigável, será obrigatoriamente precedido de justificação que demonstre o interesse público do distrato, devendo o respectivo instrumento conter regras claras e pormenorizadas sobre a composição patrimonial decorrente do ajuste.

Tal estipulação legal favoreceu a inserção, nas minutas de contratos de parcerias público-privadas no Estado Bandeirante, de cláusula de distrato.

A ausência de previsão similar na legislação federal que disciplina os contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada, não constitui óbice à aplicabilidade da legislação estadual, tampouco à reprodução desse tipo de previsão em contratos administrativos de delegação de serviço público firmados pelos demais entes da federação, ao argumento de contrariar legislação nacional – de competência da União Federal – em vigor a respeito do tema.

A competência legislativa para disciplina da licitação e do contrato administrativo de delegação de serviços públicos é concorrente, compete à União a edição de normas gerais e aos Estados e Municípios a promulgação de normas suplementares para atendimento de suas peculiaridades¹³. A Lei federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para

13 Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia Z. Di Pietro: “A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, consoante já mencionado, previu a elaboração de lei que viesse a dispor sobre concessão e permissão de serviço público, nos vários aspectos referidos nos incisos de I a IV. Não exigiu o dispositivo que se tratasse de lei federal, o que permite concluir que cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a matéria. No entanto, há que se observar que o art. 22, inciso XXVII, da Constituição, incluiu entre as matérias de competência privativa da União as que estabeleçam ‘normas gerais de licitação e

licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, não traz expressa previsão das hipóteses de extinção das concessões patrocinadas e administrativas que regula, aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei federal nº 8.987/95 na matéria (artigo 3º, Lei nº 11.079/2004). Além disso, também, aplicam-se, subsidiariamente, às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos, os dispositivos da Lei federal nº 8.666/93, por força do que dispõe seu artigo 124.

Portanto, a previsão do distrato como uma das hipóteses de rescisão contratual estipuladas pela Lei estadual nº 7.835/92, decorre do regular exercício da competência legislativa concorrente do Estado de São Paulo e está em harmonia com o previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos. Diante dessa moldura normativa, verifica-se a existência de margem de viabilidade jurídica de inserção da extinção antecipada dos contratos de concessão, por meio de rescisão amigável, nas hipóteses em que sobrevier evento de força maior, em relação ao qual não haja seguro, ou o prazo de sua duração do evento exceda a cobertura do seguro, ou mesmo nos casos da ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que tornem a manutenção do contrato ruínosa para uma das partes.

Cuida-se de concretização do princípio da eficiência, mote da Reforma Gerencial da Administração Pública ocorrida no final da década de 90, norteadas pela teoria da Nova Gestão Pública¹⁴. Coaduna-se, outrossim, com a Administração Pública mais moderna e inovadora, em linha com a desburocratização da atividade administrativa e aproximação dos setores público e privado, com objetivo de satisfazer as necessidades do cidadão-cliente e, assim, gerar valor público.

contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III'. Conjugando-se os dois dispositivos, chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios." (2017:84)

14 Conforme Plano Diretor da Reforma Administrativa do Estado.

5. ELEMENTOS DAS CLÁUSULAS QUE DISCIPLINAM O WAY-OUT - A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A previsão, no contrato de concessão comum ou de parceria público-privada, da possibilidade de distrato, com indicação das hipóteses que ensejam a extinção antecipada do contrato por acordo das partes (*way-out*), bem como das regras aplicáveis à indenização cabível, confere segurança aos contratantes e previne, ou, ao menos, limita, discussões pertinentes aos componentes da indenização e à fórmula de cálculo empregada para apuração dos valores devidos.

Atento a essa circunstância e alinhado com as melhores práticas internacionais relativas à modelagem dos contratos de concessão de serviços públicos, o Estado de São Paulo passou a prever a rescisão amigável dentre as espécies de extinção do contrato de concessão. Tal solução foi empregada nos contratos de concessão para a prestação dos serviços públicos de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração dos sistemas rodoviários denominados “lote Rodovia dos Calçados”¹⁵ e “lote Rodovias do Centro-Oeste Paulista”¹⁶.

As hipóteses ensejadoras do distrato podem descrever eventos, atos ou fatos que possuem aptidão para inviabilizar o prosseguimento da avença, cuja possibilidade de ocorrência foi vislumbrada no momento da modelagem do projeto, mas em relação à qual não detém o Poder Concedente – ou o particular – responsabilidade ou controle. A solução aventada prevê a concordância prévia das partes com o término antecipado do contrato de concessão em hipóteses específicas, previamente delineadas no instrumento contratual. Ou seja, no chamado *way-out*, as partes convencionam previamente a realização do distrato em determinadas hipóteses, evitando que a discussão ocorra quando da

15 Concorrência Internacional nº 5/2016 – Lote 29, denominado “lote Rodovia dos Calçados”, que compreende 720 quilômetros de vias que cruzam o Estado de São Paulo, ligando Minas Gerais ao Paraná. O contrato foi celebrado com a Concessionária Via Paulista (fonte: <http://www.artesp.sp.gov.br>, consulta em 7/3/2019).

16 Contrato ARTESP nº 352/2017 - Concorrência Internacional nº 3/2016 – Lote 28, denominado “lote Rodovias do Centro-Oeste Paulista”, que compreende 570 quilômetros de vias que cruzam o Estado de São Paulo, ligando Minas Gerais ao Paraná. O contrato foi celebrado com Entrevias Concessionária de Rodovias S.A. (fonte: <http://www.artesp.sp.gov.br>, consulta em 7/3/2019).

ocorrência do evento, o que poderia gerar conflitos e levar a um interminável impasse, impactando negativamente a consecução do interesse público e do interesse das demais partes. São casos de força maior ou caso fortuito¹⁷ não seguráveis, nos termos do contrato de concessão, e casos de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que tornem a manutenção do acordo extremamente onerosa para uma das partes, fazendo com que o melhor atendimento aos interesses público e privado esteja na rescisão do contrato e não na sua revisão, que, até mesmo, pode se mostrar inviável.

Além de eventos caracterizados como força maior, entendida em sua acepção lata para abranger eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, ou caso fortuito¹⁸, as hipóteses de *way-out* também podem encerrar hipóteses em que uma obrigação imposta a uma das partes, cuja observância seja essencial à continuidade do contrato, não se implemente, inviabilizando ou tornando extremamente oneroso o prosseguimento do acordo.

A avaliação sobre a causa da extinção antecipada será relevante para aferição dos elementos que irão integrar a indenização devida à concessionária em razão da ocorrência da hipótese de encerramento predefinida. A forma de cálculo da indenização também é previamente definida pelo contrato.

Para melhor ilustrar os pontos ora levantados, oportuna a transcrição das principais disposições pertinentes ao distrato, que constam do contrato celebrado entre o Estado de São Paulo e concessionária exploradora de rodovia (Via Paulista¹⁹):

17 “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (artigo 393, parágrafo único, do Código Civil). Ao comentar esse dispositivo, Hamid Charaf Bdine Jr. anota que “embora a lei não faça distinção entre estas figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra, etc.); enquanto força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade, etc.)”, destaca que seu caráter mais importante “é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas”. (Coord. Cezar Peluso, 2016:374).

18 Nessa hipótese, deverá ser avaliado se um dos contratantes assumiu o risco da realização do evento caracterizado força maior ou caso fortuito. Recordar-se que a Lei federal nº 11.079/04 determina que a matriz de risco do contrato contemple, inclusive, as responsabilidades por caso fortuito e força maior (artigo 5º, III).

19 Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br>>. Lote 29 - “Rodovia dos Calçados”. Acesso em 7/3/2019.

6.4. O CONTRATO poderá ser extinto antecipadamente por iniciativa de quaisquer das PARTES, quando da eventual ocorrência das seguintes hipóteses, observado o regramento estabelecido por este CONTRATO:

i. Atraso que exceda em 180 (cento e oitenta) dias o prazo estabelecido para a transferência do SISTEMA REMANESCENTE ou verificação da inviabilidade de transferência do SISTEMA REMANESCENTE, salvo na hipótese de a CONCESSIONÁRIA optar por seu direito à revisão, nos termos do presente CONTRATO;

ii. Verificação, no 24º (vigésimo quarto) mês contado da assinatura do TERMO DE TRANSFERÊNCIA INICIAL, da inviabilidade da contratação do(s) financiamento(s) de longo prazo pela CONCESSIONÁRIA, nos casos em que seja(m) necessário(s) para a continuidade da CONCESSÃO;

iii. Materialização de eventos de caso fortuito ou força maior, quando tais eventos não forem seguráveis conforme regramento estabelecido neste CONTRATO, e cujas consequências irreparáveis se estendam por mais de 90 (noventa) dias, ou por período definido de comum acordo entre as PARTES, quando da verificação de que os efeitos possam comprometer de forma irreversível a exploração da CONCESSÃO.

6.4.1. A hipótese prevista na cláusula 6.4, “ii”, não será aplicada caso a CONCESSIONÁRIA demonstre que sua estrutura financeira prescinde da obtenção de financiamento(s) de longo prazo.

[...]

40.1. A CONCESSÃO extinguir-se-á por:

[...]

viii. Configuração de qualquer das hipóteses de extinção antecipada elencadas na subcláusula 6.4. deste CONTRATO.

[...]

44.1. Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE ou pela ARTESP, mediante ação judicial movida especialmente para esse fim, salvo na hipótese de rescisão amigável, nos termos do artigo 26 da Lei estadual nº 7.835/1992.

44.1.1. Poderão dar ensejo à rescisão amigável as hipóteses descritas na subcláusula 6.4., (i), (ii) e (iii), sem prejuízo de outras que se enquadrem no dispositivo legal acima referido.

[...]

44.4. No caso de rescisão amigável, tal como prevista na Cláusula 44.1 e 44.1.1, quando da ocorrência das hipóteses previstas na subcláusula 6.4 deste CONTRATO, as indenizações devidas serão calculadas levando-se em consideração, para cada uma das hipóteses, os seguintes elementos:

i. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “i” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação, cláusula 42, exceto para os lucros cessantes, que serão calculados de acordo com a fórmula constante na cláusula 44.4.2;

ii. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “ii” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada nos termos da cláusula 43;

iii. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “iii” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação, cláusula 42, exceto para os lucros cessantes, que serão calculados de acordo com a fórmula constante na cláusula 44.4.3.

44.4.1. Em quaisquer dos casos, os valores auferidos a título de RECEITA TARIFÁRIA ou RECEITA ACESSÓRIA, percebidos pela CONCESSIONÁRIA após a declaração da extinção da CONCESSÃO, poderão ser descontados do valor devido de indenização.

44.4.2. Na hipótese prevista no item “i” desta Cláusula 44.4, a CONCESSIONÁRIA fará jus aos lucros cessantes, calculados conforme a fórmula a seguir:

$$LC = A \times [(1 + NTNB')^n - 1]$$

Onde:

LC = lucros cessantes indicados no inciso (iii) da cláusula 42.2.

A = os investimentos indicados no inciso (i) da cláusula 42.2.

NTNB' = 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 mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional considerando média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data do pagamento da indenização, capitalizada de um *spread* ou sobretaxa sobre os juros equivalente a 148,32% (cento e quarenta e oito vírgula trinta e dois por cento) ao ano, base 252 dias úteis.

n = período entre o início do ano contratual no qual ocorreu o reconhecimento do investimento e o pagamento da indenização, na mesma base da NTN'B'.

44.4.3. Na hipótese prevista no item “iii” desta Cláusula 44.4, a CONCESSIONÁRIA fará jus aos lucros cessantes, calculados conforme a fórmula a seguir:

$$LC = A \times [(1 + NTN'B')^n - 1]$$

Onde:

LC = lucros cessantes indicados no inciso (iii) da cláusula 42.2.

A = os investimentos indicados no inciso (i) da cláusula 42.2.

$NTN'B'$ = 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 mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional considerando média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data do pagamento da indenização.

n = período entre o início do ano contratual no qual ocorreu o reconhecimento do investimento e o pagamento da indenização, na mesma base da NTN'B'.

44.5. As multas, as indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE serão descontados da indenização prevista para o caso de rescisão do CONTRATO.

44.6. Para fins de cálculo da indenização indicada na subcláusula 44.3 e 44.4, considerar-se-ão os valores recebidos pela CONCESSIONÁRIA a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão.

O exemplo acima colacionado evidencia o vanguardismo do estado bandeirante na matéria, contribuindo para a evolução das parcerias público-privadas no Brasil, em conformidade com o ordenamento jurídico em vigor.

6. CONCLUSÃO

A expressa inclusão de hipótese (s) de rescisão antecipada concertada dos contratos de parceria público-privada, para além de ser juridicamente possível porquanto consentânea com o ordenamento jurídico nacional, pode trazer vantagens para o Poder Público e, via de consequência, coadunar-se com o interesse público.

Como vantagens do instrumento para o Poder Público, pode-se enumerar, sem pretensão de esgotá-las: o não pagamento de indenização em razão da rescisão prematura de contrato de longo prazo; o fato de encontrar-se, tal decisão, no campo da competência do Poder Executivo, prescindindo de autorização legislativa prévia, o que pode contribuir para maior brevidade da solução; a atribuição de reparar prejuízos que o privado já tiver suportado; a possibilidade de negociação concertada de prazos para efetiva retomada dos serviços pelo Poder Público, sem prejuízo da continuidade na sua prestação; a solução administrativa da questão, prescindindo de judicialização; potencial redução do risco regulatório tanto para projetos em curso ou em fase de formação; a contribuição para a desburocratização, conferindo maior eficiência no exercício da função administrativa, o que se mostra em linha com as tendências contemporâneas do direito administrativo.

Por outro lado, do ponto de vista do parceiro privado, dentre as vantagens da previsão do distrato em parcerias com o Poder Público, pode-se citar a desburocratização, um adequado tratamento dos riscos, a ausência de imposição de sanções, rápida apuração (concertada) dos prejuízos eventualmente suportados e respectiva indenização (independentemente de precatório porque prescindível a judicialização), implicando, naturalmente, maior celeridade.

7. BIBLIOGRAFIA

COSTA, Judith Martins. *Crise e modificação da ideia de contrato no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/l5/centro_rec/docs/crise_modificacao_ideia_contrato.pdf>. Acesso em 3.12.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 5. ed., 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2014.

_____. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PELUSO, Cezar, coord., *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência, Lei nº 10.426, de 10.01.2002*, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2016.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, setembro, 1995.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

A TRANSPOSIÇÃO DO *DIRECT AGREEMENT* PARA O CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL: UMA TENTATIVA DE CONTRATUALIZAÇÃO ENTRE PODER CONCEDENTE, FINANCIADORES E GARANTIDORES NO ÂMBITO DE PROJETOS DE CONCESSÃO

Guilherme Martins Pellegrini¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Os *step-in rights* no cenário brasileiro e a insuficiência da regulação legal da matéria; 3. Principais questões a serem abarcadas em um modelo brasileiro de *direct agreement*; 4. O acordo tripartite sugerido pela ARTESP; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo avalia a regulação brasileira a respeito dos *step-in rights*, tal como prevista na Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/04. A partir do diagnóstico de que a previsão legal não abarca todos os pontos desejáveis para a garantia dos direitos dos credores numa relação contratual de longo prazo – existindo ainda questionamentos quanto à constitucionalidade

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

de parte dos direitos conferidos aos credores – propõe-se, como solução, a internalização para o ordenamento jurídico brasileiro de instrumento existente no direito estrangeiro – um ajuste feito entre poder concedente, concessionária e financiadores e garantidores (*direct agreement*).

Nesse sentido, são destacadas as principais questões que, sugere-se, sejam abarcadas pelo ajuste, bem como expostas as soluções adotadas em projeto de concessão rodoviária estruturado pela ARTESP, no qual o ajuste foi incorporado como anexo ao edital de concessão.

Destarte, busca-se refletir se a opção proposta é útil para completar as omissões legislativas sobre a matéria e conferir maior segurança às partes envolvidas no projeto, refletindo-se ainda acerca do juízo de conveniência que pode levar financiadores e garantidores a optar entre assinar ou não o *direct agreement*.

2. OS *STEP-IN RIGHTS* NO CENÁRIO BRASILEIRO E A INSUFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO LEGAL DA MATÉRIA

Uma das principais proteções conferidas aos credores em uma concessão² reside nos chamados *step-in rights*, os quais consistem na possibilidade de intervir no projeto sob certas circunstâncias, em geral ligadas ao risco de continuidade adequada da prestação dos serviços ou à própria viabilidade técnica, econômica ou financeira do projeto. Os principais manuais internacionais elencam tal proteção entre as principais recomendações para o sucesso de um projeto de concessão³.

Afinal, contratos de longo prazo, como os de concessão, diferem significativamente de contratos de curto prazo (como compra e venda ou simples prestação de serviços), sendo que um dos pontos de distinção reside na estrutura de capital armada pela concessionária para angariar os recursos que precisam ser investidos no projeto. E, quase na maioria

2 O termo *concessão* é aqui utilizado em sentido lato, para se referir tanto às concessões comuns (Lei nº 8.987/95) quanto às administrativas e patrocinadas (Lei nº 11.079/04).

3 A exemplo, veja-se a seguinte passagem contida em manual do Banco Mundial: “*Good practices to ensure a successful implementation and delivery of the PPP project are: (...) lenders are given step-in rights in cases when the private partner is in risk of default or if the PPP contract is under threat of termination for failure to meet service obligations*”; WORLD BANK. *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement*. Washington: World Bank, 2007, pp. 44-45.

das vezes, tal estrutura de capital envolve recursos de terceiros. Assim, fácil visualizar a razão pela qual a adequada regulação dos direitos dos credores é essencial para o sucesso do projeto.

Como muitas vezes projetos de concessão são estruturados com financiamentos na modalidade *project finance*, por meio dos quais as próprias receitas futuras do projeto são ofertadas como garantia aos financiadores⁴, o sucesso do empreendimento torna-se vital aos financiadores, eis que o recebimento dos recursos aportados depende do próprio êxito do projeto⁵.

Nesse sentido, a edição da Lei nº 11.079/04 trouxe inicialmente a previsão de que os contratos poderiam incluir, adicionalmente às cláusulas obrigatórias, “os requisitos e condições em que o poder público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços” (art. 5º, § 2º, I).

Em 2005, com a edição da Lei nº 11.196/05, a lei geral de concessões também foi alterada, de modo a prever disposição idêntica no art. 27, § 2º.

Posteriormente, nova reforma foi feita no instituto com a Lei nº 13.097/15, de modo a prever-se que, paralelamente à assunção do controle, os financiadores e garantidores também poderiam assumir temporariamente a administração da concessionária. A administração temporária se dá nos casos em que, sem que ocorra a transferência da propriedade das quotas ou ações, for possível aos financiadores e garantidores indicar os administradores da sociedade, membros do conselho fiscal, exercer poderes de veto e outros eventuais, o que lhes garante, na prática, a condução (ainda que indireta) dos negócios sociais.

Pelas razões constantes no parecer que embasou o projeto de lei, o motivo para a criação da figura da administração temporária paralela-

4 Cabe ressaltar que em geral são raros os casos no cenário nacional em que o financiador limita-se a tomar como garantia as receitas futuras do projeto (*project finance* puro); a regra é que também sejam solicitadas garantias corporativas dos acionistas da sociedade que figurará como concessionária.

5 Como pontuam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, “considerando que a grande maioria dos projetos de PPP tende a ser financiada na modalidade de *project finance*, importância do instituto surge quase óbvia. Se o serviço concedido não render as receitas operacionais esperadas, o financiador, ao mesmo tempo em que deixa de receber as parcelas vencidas do financiamento, perde sua garantia”. RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 162-163.

mente à assunção do controle residiu no temor prático resultante desta última. Afinal, assumir o controle de uma sociedade, ainda que temporariamente, pode dar margem para a responsabilização solidária por dívidas⁶. Por tal razão, há expressa previsão no atual art. 27-A, § 5º, da Lei nº 8.987/95 de que “a administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados”.

Também ressalta da reforma a inclusão dos garantidores entre o rol dos autorizados a exercer os direitos de assunção de controle e administração temporária⁷.

Diante desse cenário normativo é interessante notar que, em última pesquisa, o Banco Mundial detectou que o Brasil faz parte de lista restrita de países que possuem regulação legal dos *step-in rights*⁸:

Lenders' step-in rights allow the lenders to select, with the consent of the procuring authority, a new concessionaire to perform an ongoing PPP project in cases when the initial private partner is at risk of default. This instrument provides lenders with additional security against default by the private partner, and it improves their capacity to act as external guarantors of performance on the PPP project. At the same time, it provides the procuring authority with an opportunity to avoid the disruption entailed by terminating the project agreement, thus maintaining continuity of service. Despite its potential relevance, lender's step-in rights are rarely addressed by PPP regulatory frameworks. More than half of the sur-

6 Veja-se a seguinte do parecer do Senador Romero Jucá, que embasou o projeto de lei que resultou na Lei nº 13.097/05: “a assunção do controle acionário, no entanto, traz alguns problemas aos financiadores. Os credores, ao assumir o controle, incorrem no risco de sucessão de passivos, tais como tributários, trabalhistas, socioambientais etc.” Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=158395&ctp=1>>.

7 Não está totalmente claro na lei quais garantidores seriam os autorizados a exercer a administração temporária e assunção do controle. É possível interpretar que são aqueles que fornecem as garantias de execução diretamente ao concessionário ou aqueles que conferem garantias ao financiador do projeto, vez que normalmente os credores também contratam garantias para se proteger de eventual inadimplemento. A leitura do parecer do Senado dá a entender que a normativa foi direcionada para estes últimos, mas ainda é preciso ver como a norma será interpretada.

8 WORLD BANK. *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement*. Washington: World Bank, 2007, p. 49.

veyed economies (42) do not have any provision in this respect. In only 13 economies (Brazil, Chile, Colombia, India, Italy, Mongolia, Morocco, the Philippines, Tajikistan, Tunisia, Uruguay, Vietnam and Zambia), does the PPP regulatory framework establish the lender's step-in right in the legislation. In the remaining economies, the regulatory framework either defers to the contract to regulate that matter or refers to the need to reach a direct agreement with the lenders.

Logicamente, a falta de previsão legal do instituto na maioria dos outros países provavelmente deve-se mais à tradição da *common law* de regular nos próprios contratos matérias de destaque do que à aparente falta de importância conferida ao instituto.

No entanto, e já entrando no ponto central deste artigo, considero que a regulação legal brasileira da matéria não é suficiente para conferir absoluta segurança aos credores quanto ao exercício de seus direitos. Isso decorre, no meu ver, de dois aspectos principais: (i) tratamento incompleto da matéria no âmbito legal, relegando ao próprio contrato a previsão quanto às condições em que o exercício do *step-in* será possível; e (ii) divergências existentes quanto à constitucionalidade de tal instituto.

O primeiro aspecto emana com clareza da própria lei. Tanto o artigo 27-A da Lei nº 8.987/95 quanto o art. 5º, § 2º, I, da Lei nº 11.079/04 estabelecem que a assunção do controle e a administração temporária ocorrerá *nas condições estabelecidas no contrato de concessão*. Ademais, inexistente procedimento detalhado para tanto na legislação, sendo necessário um complemento da matéria em âmbito contratual.

Outrossim, além de completar a matéria, é conveniente que o contrato também esclareça pontos que não estão claros em lei. Por exemplo: a abertura de período aos credores para o exercício de seus *step-in rights* é condição para que o poder concedente declare a extinção da concessão por caducidade? Ou, em outros termos, é possível que a caducidade seja declarada antes mesmo de conferida a possibilidade aos credores de sanar eventuais defeitos na execução projeto, normalmente atrelados a uma reestruturação financeira? A transferência da concessão ou do controle societário da concessionária também pode ser solicitada pelos credores? Em quais situações? A autorização do poder concedente para o exercício de tais direitos se faz com base em quais parâmetros? A avaliação deve pautar-se por critérios objetivos ou discricionários?

Todas essas questões, em relação às quais há inclusive pouca produção acadêmica nacional, podem ganhar grande relevo durante a execução de um contrato de concessão caso a adequada prestação dos serviços esteja comprometida e sua normalização passe por uma solução que envolva os credores.

De outro lado, tendo em vista a consolidação do entendimento tradicional no âmbito do direito administrativo de que os contratos administrativos são *intuitu personae*⁹ – visão em ressonância ao artigo 78, VI e XI da Lei nº 8.666/93 – desde a edição da Lei nº 8.987/95 há questionamentos quanto à constitucionalidade da possibilidade de transferência da concessão e do controle societário da concessionária, os quais resultaram inclusive no ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República¹⁰. Tais questionamentos são extensíveis também à possibilidade de assunção do controle e administração temporária da concessionária pelos seus credores.

Pelos limites do trabalho, não cabe aqui reproduzir o debate a respeito. Apenas pontuo que não parece correto deduzir da obrigatoriedade de licitação a impossibilidade do contrato daí resultante ser transferido a terceiro¹¹, cabendo observar que o próprio texto constitucional aborda, ao tratar da pesquisa e lavra dos recursos minerais, a possibilidade de transferência da concessão, desde que com prévia anuência do poder concedente (art. 176, § 3º).

Assim, não parece adequado considerar a previsão inconstitucional. No mais, conforme explanado acima, há uma lógica própria para que

9 A exemplo, a opinião de Hely Lopes Meirelles: “o contrato administrativo é sempre consensual e, em regra formal, oneroso, comutativo e intuitu personae. (...) é intuitu personae porque deve ser executado pelo contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição opor outrem ou a transferência do ajuste”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 194.

10 ADI nº 2946, ainda pendente de julgamento. Basicamente, o argumento central da ação baseia-se na burla à exigência de licitação (art. 37, XXI, CF), dado que, com a transferência da concessão, um agente que não venceu ou sequer participou do certame licitatório passaria a deter contrato firmado com a administração pública.

11 “(...) Uma coisa é a instauração de um procedimento licitatório para a obtenção da melhor proposta para a Administração; outra, bem diversa, é a vinculação subjetiva do contratado à execução do objeto contratual”. FREITAS, Rafael Vêras 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*, ano 13, n. 50, abr./jun., 2015, p. 170.

exista tal previsão em relação aos contratos de concessão comum e parcerias público privadas, em contraposição aos contratos celebrados no regime da Lei nº 8.666/93. Dado que, em uma operação de *project finance*, as garantias conferidas aos credores abrangem, na maioria das vezes, ações da concessionária, mister se faz que se permita a execução das mesmas garantias, o que resulta, inevitavelmente, na alteração subjetiva do controle da concessionária¹². Ou seja: sem a possibilidade de transferência da concessão, perdem eficácia as garantias instituídas sobre as ações da concessionária. Sem garantias próprias, limita-se a oferta de empréstimos e, por conseguinte, a viabilidade de projetos de concessão¹³.

Logo, uma opção viável ao administrador para conferir a adequada segurança à matéria é justamente complementar a regulação legal por meio da celebração de um contrato entre poder concedente, concessionária, financiadores e garantidores, o que na prática internacional denomina-se de *direct agreement*¹⁴.

12 Que, no caso das PPPs, deve necessariamente ser uma sociedade de propósito específico constituída para tal fim.

13 Vale destacar ainda a seguinte passagem do texto de Rafael Vêras de Freitas: “*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 Vêras 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, ano 13, n. 50, abr./jun., 2015. p. 171.

14 A título de exemplo, confira-se a definição de *direct agreement* contida na padronização da matéria feita pelo Reino Unido: “*A Funders’ Direct Agreement referred to in this guidance is an agreement between the Authority and Senior Lenders that deals with the relationship between these interested parties following a termination or threatened termination for Contractor Default (see Section 23.2 (Termination on Contractor Default)). As stated in Section 18 (Authority Step-In), it is entirely different to the rights described in that Section*”. HM TREASURY. *Standardization of PF2 Contracts*. Londres: 2012, p. 265. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF>. Vale salientar também que essa sugestão já foi dada na literatura nacional por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “*Com o escopo de reduzir as possibilidades de questionamento da autorização para assunção de controle da SPE, é conveniente que esse direito seja previsto no edital da licitação. Possível é, ademais, no ato da assinatura dos contratos de PPP, os financiadores da SPE e o Poder Público assinarem contrato – que preveja, nos moldes dos existentes no Reino Unido, entre outras disposições, as condições para exercício do direito de assunção de controle e as obrigações e responsabilidades dos investidores quando do eventual exercício do controle da SPE. Se for esse o caso, a minuta desse contrato deverá integrar os atos convocatórios da licitação*”. RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178.

Nessa alternativa, uma regulação da matéria constaria em contrato específico, o qual acompanharia o próprio edital de licitação. E, uma vez estabelecido contrato específico com os credores, não há porque limitar as matérias tratadas à administração temporária e assunção do controle, podendo ser incluído no instrumento demais assuntos que digam respeito aos interesses dos credores na concessão.

Portanto, entendo que uma contratualização direta com financiadores pode ser a solução para prever de modo mais adequado direitos regulados apenas de modo conciso na legislação. Tal prática é não apenas possível como também recomendável.

Em consequência, no item seguinte são descritos os principais temas que devem ser regulados em um contrato do tipo.

Por último, e considerando que a pretensão de estabelecer um *direct agreement* na prática nacional surgiu primeiramente na Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), por ocasião do planejamento das últimas concessões rodoviárias paulistas, comento brevemente a experiência da autarquia.

3. PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ABARCADAS EM UM MODELO BRASILEIRO DE *DIRECT AGREEMENT*

As três características marcantes de um contrato entre poder concedente e credores, a meu ver, devem ser: (i) reconhecimento, por parte do poder concedente, de todos os direitos conferidos aos credores; (ii) previsão de que, nos casos em que a concessão possa ser extinta por caducidade, o poder público não prossiga na medida antes de ser concedido um prazo para os credores remediarem as falhas; e (iii) previsão expressa acerca da possibilidade de transferência da concessão, com a substituição do concessionário, por parte dos financiadores, nos casos em que a concessão esteja correndo o risco de ser extinta por caducidade.

No primeiro ponto, é conveniente descrever as hipótese em que o poder concedente notificará os credores, concedendo-lhes a faculdade de remediar alguma falha mais grave detectada no contrato.

Com tal descrição, o contrato deve deixar claro que o poder concedente aceitará o exercício dos direitos conferidos aos credores, prevendo apenas critérios objetivos para seu exercício, de modo a não deixar os credores sujeitos a uma decisão subjetiva da administração.

As opções conferidas aos credores podem ser: (i) adimplemento em nome próprio das obrigações pelas quais a concessionária estiver em mora perante o poder concedente; (ii) assunção temporária da administração da concessionária; (iii) assunção do controle da concessionária, caso os credores tenham garantia fiduciária que lhes conceda a propriedade resolúvel das ações da companhia; (iv) exercício da opção de transferência da concessão a terceiros que vier a indicar; e (v) exercício de outros direitos previstos nos contratos de financiamento.

Todos esses direitos devem conter detalhamento do procedimento que acompanhará seu exercício.

Prosseguindo, deve-se prever expressamente que a caducidade da concessão não será declarada pelo poder concedente antes de expirado prazo razoável concedido aos credores para saneamento das falhas detectadas.

Tal medida é importante pois garante que os credores terão a chance e a opção de evitar a extinção do contrato, dado que serão atingidos diretamente em caso de eventual caducidade.

E, sem dúvida, o direito dos credores que mais merece regulação é a possibilidade de transferência da concessão.

Cabe explicar que é possível pensar na transferência da concessão em situação de pura normalidade contratual (ocasião em que a concessionária transfere a concessão para terceiro como uma decisão empresarial) ou então na transferência como opção para reestruturar a concessão e sanar problemas na prestação dos serviços, o que pode passar pela cessão do contrato a outro executor mais apto econômica ou tecnicamente à prestação dos serviços.

Nesse segundo caso, como já adiantado, é possível que tal transferência seja feita inclusive por iniciativa dos credores. Pensando na situação em que estes detenham garantias (como penhor ou alienação fiduciária) sobre as ações da concessionária, um pedido de execução das garantias resultará na venda das ações a terceiros e na própria transferência da concessão.

É essa situação que merece regulação detida no contrato.

Paralelamente, é também recomendável incluir no contrato previsões acerca do acompanhamento da execução contratual pelos credores e da troca de informações entre as partes.

Finalmente, é possível estabelecer eventuais mecanismos que garantam o direcionamento de recursos diretamente aos credores em caso do acionamento de gatilhos previstos no contrato. Um exemplo é a possibilidade de que a arrecadação tarifária da concessão passe a ser depositada diretamente em conta centralizadora, sob administração dos credores, caso estes assumam a administração temporária ou o controle da concessionária.

4. O ACORDO TRIPARTITE SUGERIDO PELA ARTESP

Durante o planejamento das mais recentes concessões rodoviárias do Estado de São Paulo¹⁵ foi feito esforço para que os projetos tivessem atratividade internacional, de modo a angariar o interesse de operadores ou financiadores do mercado externo.

Assim, durante o processo de estudo, constatou-se que uma das práticas bem reconhecidas no âmbito internacional era a previsão da celebração do chamado *direct agreement* entre poder concedente e financiadores, tal como explicado acima.

Se em um primeiro momento pareceu desnecessário transportar a prática para o país, ante a regulação legal de tais assuntos, uma reflexão mais atenta mostrou que diversos benefícios poderiam ser alcançados com a experiência.

Isso se baseou no diagnóstico acerca da incompletude da regulação legal da matéria e à insegurança quanto ao reconhecimento, por parte do poder concedente, dos direitos previstos nas leis de concessão aos credores.

Como resultado do trabalho de tropicalização do instituto, os editais de licitação trouxeram anexo próprio, nomeado de “acordo tripartite”, o qual abordou essencialmente as matérias destacadas no item anterior.

Dado que não se sabe ao certo qual será a receptividade do modelo proposto junto ao setor privado, foi previsto no contrato que a assinatura do mesmo seria facultativa e que a minuta disponibilizada constituía

15 As mais recentes concessões rodoviárias planejadas pela ARTESP corresponderam aos seguintes lotes: (i) Rodovias do Centro-Oeste Paulista; (ii) Rodovias dos Calçados; (iii) Rodoanel Norte; e (iv) Piracicaba-Panorama. Os três primeiros resultaram em licitações bem sucedidas realizadas em 2016 e 2017, ao passo que o edital do último lote foi publicado no segundo semestre de 2019, ano em que escrevo este artigo.

uma referência, podendo ser alterada em determinados aspectos desde que com o aceite da ARTESP.

O modelo proposto consta como apêndice deste artigo, no qual é possível analisar detidamente as soluções propostas. De qualquer forma, é possível aproveitar os termos lá contidos para outros projetos semelhantes de concessão e até mesmo transplantar parte das previsões para o próprio contrato de concessão, de maneira que a experiência possa trazer importante inovação para a esfera jurídica nacional.

Considerando que ainda não há um acordo tripartite assinado no âmbito da ARTESP para as recentes concessões, apenas em um futuro próximo será possível saber se o acordo imaginado será efetivamente posto em prática. A novidade do instituto e o receio ainda existente quanto a uma eventual tentativa de responsabilização solidária de financiadores e garantidores são fatores que parecem inibir, de um lado, a assinatura do instrumento.

Contudo, de outro lado parece haver recepção positiva em relação ao modelo, o que pode ser notado nas contribuições recebidas em sede de consulta pública e também no fato de que o modelo foi incorporado na mais recente concessão rodoviária em estudo no âmbito federal¹⁶. Assim, resta saber se o acordo será efetivamente utilizado após a fase atual de maturação interna do instituto no âmbito nacional.

Outrossim, no âmbito do Estado de São Paulo a tendência é que o acordo seja incluído também em projetos de outros entes e setores para além da ARTESP, como comprova a inserção do modelo, por exemplo, em recentes concessões de transportes feitas no âmbito da Secretaria de Transportes Metropolitanos¹⁷.

Isto posto, espera-se que, com a inserção do instituto na relação contratual, traga-se mais clareza aos procedimentos a serem adotados pela administração pública, resultando em maior segurança e diminuição das incertezas afetas ao instituto, o que ao final resulta em maior atratividade ao negócio.

16 Concessão da BR-361/262/MG/ES. Informações sobre o projeto em <http://www.antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2019/07/ANTT_abre_AP_para_concessao_de_67382_km_da_BR381262MGES.html>, acesso em 12.08.2019.

17 Concorrência Internacional STM nº 002/2016.

5. CONCLUSÃO

Apesar das previsões legais na Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/04, a configuração brasileira dos *step-in rights* ainda suscita dúvidas e insegurança.

Como solução para contornar tais dificuldades, recomenda-se que, seguindo a experiência internacional na matéria, o poder concedente contratualize junto com os financiadores e garantidores da concessionária instrumento jurídico próprio.

Tal acordo deve regular detalhadamente os direitos conferidos aos credores e garantir que a caducidade da concessão não será declarada antes de conferida a faculdade aos credores de remediar as falhas detectadas.

Nesse sentido, proposta recente da ARTESP pode ser o ponto de partida para a concretização nacional de tal inovação.

6. BIBLIOGRAFIA

FREITAS, Rafael Vêras 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*, ano 13, n. 50, abr./jun., 2015;

HM TREASURY. *Standardization of PF2 Contracts*. Londres: 2012;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2010;

WORLD BANK. *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement*. Washington: World Bank, 2007.

Anexo I

Diretrizes para o Acordo Tripartite¹⁸

A minuta anexa é meramente referencial, cuja finalidade é balizar a discussão entre as partes a respeito do alcance e procedimento para exercício dos direitos dos Credores, sendo que, se necessário, poderá ser adequada antes de sua assinatura, desde que com prévia aprovação da ARTESP. A assinatura do Acordo Tripartite é facultativa para os Credores e implica a autorização prévia da ARTESP a respeito da forma pela qual os Credores exercerão os direitos aqui indicados, nas condições previstas na Lei nº 8.987/1995.

O Acordo Tripartite não altera ou modifica quaisquer obrigações da Concessionária com relação ao Poder Concedente e à ARTESP, tal como estabelecidas no Contrato de Concessão.

Acionistas são considerados quaisquer indivíduos ou pessoas jurídicas que detenham participação direta na Concessionária, enquanto os Credores são o conjunto dos agentes e financiadores relacionados nos Documentos do Financiamento, incluindo os garantidores das operações e fiadores.

O Agente significa o representante do conjunto de Credores, tais como o banco líder ou coordenador, ou terceiro indicado pelos financiadores, inclusive agente fiduciário, perante a ARTESP e o Poder Concedente, a quem cabe o exercício dos direitos e obrigações que lhe são conferidos neste Acordo.

Eventos de Alerta são eventos que desencadeiam a obrigação de notificação entre ARTESP e Agente, decorrentes de descumprimentos do Contrato de Concessão e/ou do Contrato de Financiamento.

Haverá previsão de Período de Cura, o qual consistirá em prazo concedido pela ARTESP ou pelo Agente, conforme o caso, mediante notificação à Concessionária, para que sejam sanados descumprimentos observados no Contrato de Concessão ou nos Documentos do Financiamento.

18 Modelo de acordo tripartite incluído como anexo ao edital das últimas concessões rodoviárias estruturadas pela ARTESP.

Caso a Concessionária não tenha sanado os descumprimentos indicados nos Eventos de Alerta durante o Período de Cura, será facultado ao Agente, representando os Credores, exercer os direitos previstos no Acordo Tripartite. Nesse caso, haverá previsão de Período de Exercício, o qual consistirá em período durante o qual o Agente, na qualidade de representante dos Credores, poderá exercer os direitos que lhes foram conferidos. No caso de descumprimento de obrigações decorrentes dos Documentos de Financiamento, observados os eventuais prazos de cura aplicáveis, os Credores poderão exercer os direitos previstos no Acordo enquanto perdurar o inadimplemento, inexistindo nesse caso termo final para o Período de Exercício.

Observados os requisitos dispostos na lei de concessões, a assinatura do Acordo Tripartite também representará anuência, por parte da ARTESP, às garantias oferecidas pela Concessionária aos Credores, não sendo necessária anuência adicional ou complementar.

São exemplos de Eventos de Alerta, independentemente de outros que também possam ser incluídos no Acordo Tripartite: (i) o descumprimento, pela Concessionária, das obrigações financeiras contraídas com os Credores ou de outras obrigações que possam resultar no vencimento antecipado ou aceleração da dívida e execução das garantias prevista nos Contratos de Financiamento; (ii) a instauração, pela ARTESP, de processo destinado à declaração de caducidade da Concessão e (iii) a instauração, pela ARTESP, de processo destinado à decretação de intervenção na Concessão.

São direitos a serem regulados no Acordo Tripartite, que poderão ser desempenhados em qualquer ordem definida pelos Credores, e cujo exercício será apenas uma faculdade conferida aos mesmos durante o Período de Exercício: (i) adimplir as obrigações pelas quais a Concessionária estiver em mora frente ao Poder Concedente e/ou à ARTESP; (ii) assumir temporariamente a administração da Concessionária para promover sua reestruturação financeira e, posteriormente, retornar à Concessionária a execução das atividades associadas ao Contrato de Concessão (“**Administração Temporária**”); (iii) assumir o controle societário da Concessionária, mediante a propriedade resolúvel de ações ou outra forma de garantia possível, nos termos do artigo 27-A, § 3º da Lei nº 8.987/95, para promover a reestruturação financeira da Concessionária e assegurar

a continuidade da prestação dos serviços (“**Assunção de Controle**”); (iv) nas hipóteses previstas no Acordo Tripartite, provocar a transferência dos direitos da Concessionária oriundos do Contrato de Concessão a terceiro (“**Transferência da Concessão**”); e (v) exercer demais prerrogativas previstas nos Documentos do Financiamento, inclusive o vencimento antecipado da dívida e a consequente de execução de garantias ofertadas pela Concessionária no âmbito dos Documentos de Financiamento.

Durante o Período de Cura e o Período de Exercício, não terão efeitos eventuais decisões relacionadas à caducidade ou intervenção na Concessão, podendo haver, a critério da ARTESP, a suspensão dos respectivos processos administrativos. Caso o inadimplemento da Concessionária seja sanado durante o Período de Cura ou de Exercício, ou então seja aprovada a Transferência da Concessão, os respectivos processos administrativos serão extintos. A cobrança de penalidades pecuniárias aplicadas à Concessionária também será suspensa durante o Período de Cura e o Período de Exercício, sendo que os respectivos montantes deverão ser pagos após o término do respectivo período.

Durante o Período de Exercício, ainda haverá paralisação da transferência dos valores correspondentes ao Desconto por Atraso e Inexecução de obras (DA) e ao descumprimento dos Coeficientes de Desempenho dos Serviços Prestados (CSP) representados pelos Índices de Qualidade e Desempenho (IQD), de modo que o valor integral da receita tarifária depositada na Conta Bancária Centralizadora, após os pagamentos de impostos, Outorga Variável e Ônus de Fiscalização, esteja disponível para a reestruturação da Concessionária. De todo modo, os respectivos índices continuarão a ser apurados – calculando-se o respectivo crédito do Poder Concedente – de modo que, após o término do Período de Exercício, os descontos devidos e cuja transferência ao Poder Concedente foi paralisação deverão ser pagos pela Concessionária. Em caso de extinção da Concessão sem que os descontos devidos durante o Período de Exercício estejam quitados, o valor em prol do Poder Concedente será descontado da indenização devida à Concessionária.

O exercício dos direitos implicará ainda o depósito da totalidade da Remuneração auferida pela Concessionária na Conta Bancária Centralizadora.

O exercício dos direitos de Administração Temporária e Assunção do Controle implicará a elaboração de um Plano de Reestruturação, que deverá ser apresentado pelos Credores à Concessionária e à ARTESP.

As diretrizes do Plano de Reestruturação são as seguintes: (i) discriminação pormenorizada dos meios de reestruturação a serem empregados; (ii) demonstração da viabilidade econômica do Plano de Reestruturação; (iii) apresentação das demonstrações financeiras relativas ao último exercício social e das levantadas especialmente para instruir o Plano de Reestruturação, confeccionadas com estrita observância da legislação societária e das normas contábeis aplicáveis; (iv) indicação do prazo necessário para a execução integral do Plano de Reestruturação; e (v) possibilidade de eventual conversão da Administração Temporária em Assunção de Controle, ou mesmo do emprego da Transferência da Concessão, mediante a ocorrência de eventos preestabelecidos no Plano de Reestruturação. O Plano de Reestruturação não poderá comprometer a operação do Sistema Rodoviário, sendo que alterações no Cronograma de Investimentos somente serão anuídas na medida em que sejam comprovadamente indispensáveis à implementação do Plano de Reestruturação.

O exercício da Administração Temporária não importará na responsabilização do Agente, dos Credores ou do Administrador Temporário em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos da Concessionária perante o Poder Concedente, ARTESP, terceiros ou empregados da Concessionária, permanecendo esta como responsável por tais encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos.

São direitos do Agente, durante a Assunção de Controle, exercer em sua plenitude todos os direitos emergentes da propriedade resolúvel das ações da Concessionária ou outra forma de garantia possível, tais como: (i) acessar todas as informações da Concessionária relacionadas ao Contrato de Concessão para a elaboração do Plano de Reestruturação; e (ii) eleger ou destituir os membros da administração da Concessionária quando tais competências forem dos acionistas.

A ARTESP poderá interromper a Administração Temporária e a Assunção do Controle caso comprovado, em processo administrativo próprio, o descumprimento do Plano de Reestruturação.

O Acordo Tripartite preverá que a ARTESP consentirá com o exercício do direito de Transferência da Concessão, limitando-se à verificação dos requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica, fiscal e trabalhista do cessionário a quem serão transferidos os direitos emergentes do Contrato de Concessão, nos termos do disposto no § 1º do artigo 27 da Lei nº 8.987/95.

Nessa hipótese, a indicação da Cessionária proposta deverá vir acompanhada de: (i) nome e endereço; (ii) a menos que a Cessionária proposta seja uma entidade de capital aberto, os nomes dos acionistas da Cessionária proposta e a participação de capital detida para cada acionista; (iii) a maneira pela qual os Credores propõem financiar a Cessionária proposta e a extensão na qual tal financiamento se encontra comprometido (extensão relevante); (iv) cópias das demonstrações financeiras mais recentes da Cessionária proposta ou, no caso de uma sociedade com propósito específico, o balanço de abertura; e (v) cópia dos documentos societários e fiscais atualizados da Cessionária proposta, comprovando sua constituição e administração.

Quando da Transferência da Concessão, também será determinado como será feito o pagamento de eventuais montantes devidos ao Poder Concedente ou à ARTESP com relação aos quais a Concessionária esteja inadimplente.

Por ocasião da Transferência da Concessão, não será devido qualquer pagamento adicional ou nova outorga ao Poder Concedente ou à ARTESP, por parte da Cessionária, em troca do direito de lhe ser transferida a Concessão, sem prejuízo do dever de a Cessionária pagar as eventuais parcelas de outorgas vencidas inadimplidas e vincendas previstas no Contrato de Concessão.

Em caso de Transferência da Concessão, o contrato de concessão perdurará, de modo que nenhuma indenização seja devida à Concessionária, por parte do Poder Concedente ou da ARTESP, por conta de eventuais investimentos ainda não amortizados pela Concessionária (cedente).

Os termos e condições em que a Cessionária assumirá as obrigações da Concessionária frente aos Credores, assim como eventual pagamento à Concessionária por parte da Cessionária, deverão ser acordados pelo Agente, pela Concessionária e pela Cessionária de forma privada.

No caso de Transferência da Concessão, a ARTESP celebrará um novo Acordo Tripartite com o Agente que representar os credores da Cessionária, caso seja manifestado interesse.

Nenhuma das Partes poderá atribuir ou transferir qualquer parte de seus direitos ou obrigações estabelecidas no Acordo Tripartite sem o consentimento prévio por escrito das outras Partes. Contudo, o Agente poderá atribuir ou transferir seus direitos e obrigações ao Agente sucessor, desde que em conformidade com os Documentos do Financiamento e mantidas todas as condições que fundaram a anterior aprovação da ARTESP.

Anexo II

Acordo Tripartite

CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL n° [--]/[--]

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP, autarquia especial criada pela Lei Complementar n° 914, de 14 de janeiro de 2002, vinculada à Secretaria do Governo do Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 26.461.699/0001-80, com sede na Rua Iguatemi, n° 105, Itaim Bibi, São Paulo/SP, por delegação do Poder Concedente, neste ato representada por seu Diretor Geral, [--], nomeado por [--], portador do RG/SSPSP n° [--] e CPF n° [--], no exercício da competência outorgada no artigo 9º da lei complementar retroespecificada;

[--], atuando na qualidade de Agente e representante dos Credores da Concessionária relacionados nos Documentos de Financiamento, conforme mandato outorgado pelas respectivas entidades, e

[--], sociedade de propósito específico adjudicatária do objeto da Concorrência Internacional n° [--]/[--];

CONSIDERANDO que a ARTESP, por delegação do Estado de São Paulo, e a [--], sociedade de propósito específico, na data de [--], celebraram o Contrato de Concessão n° [--], na qual a primeira figura como Contratante e a segunda como Concessionária, tendo por objeto a execução dos serviços públicos de ampliação, operação, conservação, manutenção e realização dos investimentos necessários à exploração do Sistema Rodoviário representado pelo Lote Piracicaba – Panorama, conforme malha rodoviária descrita no Anexo II do Contrato de Concessão;

CONSIDERANDO que os investimentos a serem realizados pela Concessionária, na consecução do objeto do Contrato de Concessão, se darão mediante financiamento e garantia obtidos junto às entidades financeiras, no montante e conforme referências constantes dos Documentos de Financiamento que integram este acordo como Apêndice;

CONSIDERANDO que os Credores nomearam o Agente para atuar em seu nome, representá-los e exercer os direitos e obrigações previstos neste Acordo;

CONSIDERANDO que o estatuto social da Concessionária se encontra adequado às presentes disposições, sendo que seus acionistas estão obrigados a respeitar, bem como a adotar todas as medidas que se façam necessárias ao cumprimento das obrigações aqui convencionadas;

CONSIDERANDO que nos termos da cláusula [--] do Contrato de Concessão, foi concedida aos Credores a faculdade de celebrar o presente Acordo, para melhor disciplinar a relação entre a Concessionária, os Credores, representados pelo Agente, e a ARTESP;

CONSIDERANDO que este Acordo, para fins do Contrato de Concessão, se enquadra no conceito de Acordo Tripartite a que se refere tal instrumento;

CONSIDERANDO o interesse comum da ARTESP, da Concessionária e dos Credores na execução e conclusão das obras e serviços para ampliação, operação, conservação, manutenção e realização dos investimentos necessários à exploração do Sistema Rodoviário;

Resolvem celebrar o presente Acordo, que será regido pelas seguintes cláusula e condições.

1. OBJETO

1.1. Constituem objeto deste Acordo os direitos e deveres conferidos às Partes por ocasião da ocorrência de um Evento de Alerta, conforme disciplina aqui contida, assim como o estabelecimento dos termos e condições em que, nessa hipótese, se darão a cessão da Concessão, a transferência do controle societário da Concessionária, a assunção do controle e a administração temporária da Concessionária, conforme disposições dos artigos 27 e 27-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

2. DEFINIÇÕES

2.1. Os termos em letra maiúscula ou com inicial maiúscula nesse Acordo, salvo disposição expressa, e sem prejuízo das demais definições constantes do Contrato, deverão ser compreendidos e interpretados de acordo com os seguintes significados:

Administração Temporária: exercício por parte dos Credores, sem a transferência da propriedade das ações, de poderes próprios para a reorganização da atividade empresarial da Concessionária.

Agente: o representante do conjunto de Credores, tais como o banco líder ou coordenador, ou terceiro indicado pelos Credores, inclusive agente fiduciário, perante a ARTESP e o Poder Concedente, a quem cabe o exercício dos direitos e obrigações que lhe são conferidos nesse Acordo.

ARTESP: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo, criada pela Lei Complementar nº 914, de 22 de janeiro de 2002, que figura no Contrato de Concessão na condição de Contratante.

Assunção do Controle: aquisição do controle societário da Concessionária, conforme requisitos do artigo 116 da Lei nº 6.404/76, a partir da propriedade resolúvel de ações da Concessionária por parte dos Credores.

Atendimento à Notificação da ARTESP: adoção de uma das providências conferidas ao Agente, conforme regramento da cláusula 15, suficientes para encerrar o Período de Exercício.

Cessionária: Sociedade de Propósito Específico indicada pelo Agente a quem se pretende seja transferida a Concessão, após aprovação da ARTESP, a qual se limitará aos requisitos previstos neste Acordo.

Credores: conjunto dos agentes e financiadores, incluindo os garantidores das operações e fiadores, relacionados nos Documentos e Contratos de Financiamento, neste ato representados pelo Agente.

Concessionária: Sociedade de Propósito Específico especificada no preâmbulo e que figura como Contratada no Contrato de Concessão celebrado com a ARTESP.

Conta Bancária Centralizadora: conta corrente nº [--], detida pela Concessionária na agência nº [--], conforme regramento do Apêndice [--] do Anexo [--] do Contrato de Concessão.

Contratos de Financiamento: Instrumentos celebrados pela Concessionária com os Credores para a estruturação da operação visando à obtenção de recursos para o adimplemento das obrigações assumidas no Contrato de Concessão, os quais integram os Documentos de Financiamento e o presente Acordo como Apêndice.

Data de Encerramento do Período de Exercício: termo final do Período de Exercício concedido ao Agente para adoção das providências que lhe são permitidas, conforme cláusula 9, para promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação de serviços.

Data de Quitação: data de liquidação e cumprimento de todas as obrigações previstas nos Documentos de Financiamento, de maneira irrevogável e completa, conforme atestado pelo Agente, na qualidade de representante dos Credores.

Data de Transferência da Concessão: data em que o Sistema Rodoviário da presente Concessão será transferido para a Cessionária.

Documentos de Financiamento: documentos apresentados no Apêndice desse Acordo, contemplando a contratação de financiamento, incluindo as respectivas garantias, por parte da Concessionária, cujo descumprimento acelere o pagamento da dívida ou implique sua extinção antecipada configurará Evento de Alerta.

Evento de Alerta: eventos previstos na cláusula 8, cuja ocorrência implica a obrigação de a ARTESP notificar o Agente, bem como a obrigação de o Agente notificar a ARTESP, a depender do tipo de Evento de Alerta constatado.

Notificação de Alerta: comunicado a ser expedido pela ARTESP ou pelo Agente, conforme o caso, sempre que ocorrer algum Evento de Alerta previsto na cláusula 8.

Notificação de Alerta à Concessionária: comunicado a ser expedido pela ARTESP ou pelo Agente à Concessionária, conforme o caso, e cujo recebimento pela Concessionária dá início ao Período de Cura.

Notificação da ARTESP: comunicado a ser expedido pela ARTESP ao Agente, após o término do Período de Cura concedido à Concessionária, e cujo recebimento dá início ao Período de Exercício.

Notificação de Administração Temporária: notificação enviada pelo Agente à ARTESP para comunicar o exercício da Administração Temporária.

Notificação de Assunção do Controle: notificação enviada pelo Agente à ARTESP para comunicar o exercício da Assunção do Controle.

Notificação do Agente: comunicado a ser expedido pelo Agente à ARTESP, após o término do Período de Cura concedido à Concessionária, com vistas ao exercício dos direitos previstos nesse Acordo.

Partes: a ARTESP, o Agente e a Concessionária.

Período de Cura: prazo de 30 dias concedido pela ARTESP ou pelo Agente, conforme o caso, mediante notificação à Concessionária, para que sejam sanados descumprimentos observados nesse Acordo, no Contrato de Concessão ou nos Documentos do Financiamento, conforme previsto na cláusula 9.4 abaixo. O prazo de 30 (trinta) dias não será aplicado, caso haja previsão expressa no Contrato de Concessão, ou nos Documentos do Financiamento, de outro prazo próprio para sanar Eventos de Alerta específicos, hipótese em que o Período de Cura terá o mesmo prazo estabelecido no Contrato de Concessão, ou nos Documentos do Financiamento, conforme o caso.

Período de Exercício: período que se inicia na data em que o Agente recebe a Notificação da ARTESP, com a duração prevista na cláusula 9.5, e que se encerra conforme um dos quatro itens a seguir, o que ocorrer primeiro: (i) Data de Encerramento do Período de Exercício; (ii) Atendimento à Notificação da ARTESP; (iii) extinção do Contrato de Concessão; ou (iv) extinção do Contrato de Financiamento. Quando o Evento de Alerta se restringir unicamente a inadimplementos dos Documentos de Financiamento, o Período de Exercício perdurará até o cumprimento, pela Concessionária, das respectivas obrigações.

Plano de Reestruturação: plano contendo as medidas propostas para sanar os inadimplementos identificados e permitir a regularização da execução do Contrato de Concessão nas hipóteses de Administração Temporária e Assunção do Controle.

Poder Concedente: o Estado de São Paulo.

Relatório de Situação Regulatória: relatório elaborado pela ARTESP com periodicidade anual em favor do Agente, com a finalidade de manter a integral transparência do *status* regulatório da Concessionária, cujo conteúdo mínimo é aquele previsto na cláusula 7.6 deste Acordo.

Solicitação de Transferência da Concessão: pedido formulado pelo Agente à ARTESP para obtenção de aprovação para a Transferência da Concessão.

Solicitação de Transferência do Controle Societário: pedido formulado pelo Agente à ARTESP para obtenção de aprovação para Transferência do Controle Societário.

Termo de Transferência ou Cessão da Concessão: termo firmado entre a ARTESP e a Cessionária, regulando a Transferência da Concessão.

Transferência do Controle Societário: modificação do controle societário da Concessionária, conforme requisitos do artigo 116 da Lei nº 6.404/76, por consequência da excussão das garantias detidas pelos Credores da Concessionária.

Transferência da Concessão ou Cessão: modificação do Contrato de Concessão, com a substituição do ente contratado e a assunção pela Cessionária de todos os direitos e obrigações detidos pela Concessionária no âmbito da Concessão.

3. INTERPRETAÇÃO

3.1. Caso ocorra qualquer conflito, ambiguidade ou inconsistência entre os termos do Contrato de Concessão e o presente Acordo, prevalecerão aqueles consignados no presente instrumento.

4. CONSTITUIÇÃO, REMUNERAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DO AGENTE

4.1. A Concessionária e seus Credores, conforme livre ajuste, ficarão responsáveis pela remuneração do Agente em contraprestação ao desempenho das atribuições previstas nesse Acordo, ficando vedada a cobrança de qualquer despesa da ARTESP ou do Poder Concedente a tal título.

4.2. A Concessionária reconhece que indicou o Agente especificado nesse Acordo livremente e de forma conjunta com seus Credores.

4.3. A Concessionária poderá providenciar para que qualquer financiador com quem contratar posteriormente à celebração do presente Acordo também se faça representar junto à ARTESP pelo Agente, atualizando-se os Documentos de Financiamento com os respectivos instrumentos contratuais.

4.4. A previsão da cláusula 4.2 não constitui uma obrigação a cargo da Concessionária, podendo os novos financiadores aderirem ou não ao presente Acordo.

4.5. O Agente deverá comunicar à ARTESP sua eventual substituição na função de representantes dos Credores por outro agente que

desempenhe a mesma função, solicitando a assinatura de novo Acordo Tripartite ou a celebração de aditivo ao presente, sendo certo que deverá permanecer responsável até a sua substituição.

4.6. A ARTESP desde logo concorda, a menos que haja algo que impeça o agente substituto de contratar com o poder público, em celebrar um novo Acordo Tripartite, cujos termos serão substancialmente os mesmos desse Acordo, sem prejuízo de ajustes propostos pelo novo agente e aprovados pela ARTESP.

4.7. Enquanto não formalizada a substituição do Agente, qualquer comunicado expedido pela ARTESP ao Agente ora indicado, especialmente a Notificação da ARTESP, será tido por válido e eficaz.

5. AUSÊNCIA DE EFEITO SOBRE O CONTRATO DE CONCESSÃO

5.1. Nenhuma das cláusulas do presente Acordo altera ou modifica quaisquer obrigações da Concessionária previstas no Contrato de Concessão.

6. ANUÊNCIA COM RELAÇÃO AOS FINANCIAMENTOS E GARANTIAS CONTRATADOS E GARANTIAS OFERTADAS

6.1. Sem prejuízo de qualquer disposição em contrário estabelecida no Contrato de Concessão, a ARTESP reconhece o recebimento dos Documentos de Financiamento arrolados no Apêndice e anui com sua contratação, com as garantias ofertadas pela Concessionária aos Credores, bem como com as condições em que poderão ser executadas, reconhecendo que não há violação do Contrato de Concessão.

7. TROCA DE INFORMAÇÕES PELAS PARTES

7.1. A Concessionária deverá manter o Agente semestralmente informado do desempenho de suas obrigações no âmbito do Contrato de Concessão, comunicando-o acerca de eventuais falhas e descumprimentos identificados, a despeito de terem ou não dimensão suficiente para constituir um Evento de Alerta, tal como previsto na cláusula 33.3 do Contrato de Concessão e Cláusula 8 desse Anexo.

7.2. O Agente poderá a qualquer momento verificar com a ARTESP a veracidade das informações prestadas pela Concessionária, bem como solicitar demais informações acerca da Concessão que julgue conveniente a pedido dos Credores e que possam ser prestadas pela ARTESP ou pelo Poder Concedente.

7.3. A pedido do Agente a ARTESP se compromete a realizar ao menos 1 (uma) reunião ao ano para trocar informações e avaliar em conjunto a atuação da Concessionária na prestação dos serviços públicos objeto do Contrato de Concessão.

7.4. A Concessionária, nesse ato, concede: (i) ao Agente o direito a acessar todas as informações relacionadas à Concessão, que tenham sido fornecidas pela Concessionária à ARTESP, ou obtidas por essa última no exercício de suas competências legais; e (ii) à ARTESP, autorização para enviar ao Agente todas as informações que tenha recebido da Concessionária, ou obtido no exercício de suas competências legais, sobre a Concessão.

7.5. Para possibilitar o cumprimento dos termos deste Acordo, a Concessionária consente expressamente com o compartilhamento de suas informações bancárias para as Partes, sem que tal divulgação configure quebra de sigilo bancário nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

7.6. A ARTESP deverá encaminhar ao Agente, com periodicidade anual, o Relatório de Situação Regulatória, o qual deverá conter, dentre outras julgadas pertinentes pela ARTESP, as seguintes informações:

7.6.1. saldo de investimentos realizados pela Concessionária na Concessão e não amortizado, devidamente contabilizado e aprovado pela ARTESP, conforme normas contábeis em vigor e metodologia de aferição prevista no Contrato para a indenização no caso de extinção antecipada da Concessão;

7.6.2. desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão apurado, até a data de elaboração do Relatório de Situação Regulatória da Concessionária, em favor da Concessionária ou do Poder Concedente; e

7.6.3. relação de multas aplicadas à Concessionária pela ARTESP no âmbito da execução do Contrato, em razão de procedimentos administrativos encerrados na esfera administrativa, detalhando-se os valores efetivamente pagos à ARTESP ou, eventualmente, pendentes de pagamento pela Concessionária, em valores atualizados.

8. EVENTOS DE ALERTA

8.1. São Eventos de Alerta:

8.1.1. o descumprimento, pela Concessionária, de qualquer obrigação ou conjunto de obrigações do Contrato de Concessão que, como consequência, possa dar ensejo à execução das garantias prestadas pela Concessionária no âmbito do Contrato de Concessão, desde que reste configurada pelo menos uma das hipóteses a seguir listadas:

8.1.1.1. represente(m), em conjunto ou isoladamente, conduta(s) infratora(s) sujeita(s) a multa(s) em montante igual ou superior a R\$ [--];

8.1.1.2. represente(m) mais de [--] notificações emitidas com penalidade cominadas em níveis [--] na tabela de multas prevista no [--];

8.1.1.3. esteja em mora quanto ao pagamento de multas aplicadas e/ou valores devidos à ARTESP e/ou Poder Concedente.

8.1.2. a instauração de processo administrativo para declaração da caducidade da Concessão;

8.1.3. a instauração de processo administrativo para decretação de intervenção na Concessão;

8.1.4. o descumprimento, pela Concessionária, das obrigações financeiras contraídas com os Credores ou de outras obrigações, que possam resultar na aceleração do pagamento da dívida ou no vencimento antecipado de suas dívidas, conforme previsões dos Documentos de Financiamento.

9. NOTIFICAÇÃO ENTRE AS PARTES E EFEITOS DECORRENTES

9.1. A ARTESP deverá remeter ao Agente, no prazo de 5 (cinco) dias, a Notificação de Alerta sempre que tomar conhecimento de um dos Eventos de Alerta previstos na cláusula 8.1, alíneas (a), (b) e (c), cabendo ao Agente a obrigação em relação à notificação à ARTESP, sempre que tomar conhecimento de Evento de Alerta previsto na cláusula 8.1, alínea (d).

9.2. A Notificação de Alerta deverá conter obrigatoriamente:

9.2.1. a descrição completa do Evento de Alerta;

9.2.2. as obrigações contratuais violadas ou não executadas pela Concessionária, de acordo com os termos do Contrato de Concessão;

9.2.3. a indicação de todos os valores devidos pela Concessionária ao Poder Concedente, à ARTESP ou aos Credores, conforme o caso, e vencidos na data da Notificação de Alerta, juntamente com todos os valores vincendos pela Concessionária ao Poder Concedente, à ARTESP ou a Credores, acompanhados da descrição da natureza da obrigação da Concessionária referente ao pagamento de tais valores conforme cláusulas do Contrato de Concessão e dos Documentos de Financiamento.

9.3. Eventual atualização dos termos da notificação, ou ocorrência de outro Evento de Alerta, dará ensejo à expedição de nova Notificação de Alerta.

9.4. Na ocorrência de um ou mais Eventos de Alerta, o Agente ou a ARTESP enviarão a Notificação de Alerta à Concessionária, com cópia à terceira parte deste Acordo, para que a Concessionária possa, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da data da entrega da primeira notificação, sanar os Eventos de Alerta apontados, dando-se início ao Período de Cura.

9.4.1. A ARTESP, com a anuência do Agente em caso de pedido da Concessionária ou a pedido do Agente, poderá estender o Período de Cura, caso entenda ser insuficiente o prazo de 30 (trinta) dias para sanar os Eventos de Alerta apontados na notificação.

9.4.2. O prazo de 30 (trinta) dias mencionado neste item não será aplicado, caso haja previsão expressa no Contrato de Concessão, ou nos Documentos do Financiamento, de outro prazo para sanar eventos de inadimplemento específicos, hipótese em que o Período de Cura será o mesmo prazo estabelecido no Contrato de Concessão, ou nos Documentos do Financiamento, conforme o caso.

9.5. Caso a Concessionária não tenha sanado todos os inadimplementos identificados no Evento de Alerta dentro dos respectivos Períodos de Cura, será facultado ao Agente, representando os Credores, adotar uma das seguintes medidas:

9.5.1. adimplir em seu próprio nome as obrigações pelas quais a Concessionária estiver em mora frente ao Poder Concedente ou à ARTESP;

9.5.2. assumir temporariamente a administração da Concessionária para promover sua reestruturação financeira e, posteriormente, retornar à Concessionária a execução das atividades associadas ao Contrato de Concessão;

9.5.3. assumir, caso detenha a propriedade resolúvel das ações, o controle societário da Concessionária nos termos do artigo 27-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei nº 8.987/95”), para promover a reestruturação financeira da Concessionária e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (“Assunção de Controle”);

9.5.4. exercer sua opção para transferência dos direitos da Concessionária decorrentes do Contrato de Concessão a terceiro(s) que vier a indicar, nas hipóteses previstas na Cláusula 14 abaixo, (“Transferência da Concessão”);

9.5.5. exercer suas prerrogativas previstas nos Documentos do Financiamento, inclusive o vencimento antecipado da dívida ou a execução de garantias ofertadas pela Concessionária; e

9.6. O Agente poderá exercer os direitos previstos na cláusula 9.5 acima, dando início ao Período de Exercício, nas seguintes hipóteses:

9.6.1. a qualquer tempo, no caso de inadimplemento da Concessionária às obrigações estipuladas nos Documentos do Financiamento e caso a Concessionária permaneça em situação de inadimplência após expirado o Período de Cura, mediante notificação prévia por escrito à ARTESP e à Concessionária; ou

9.6.2. em 30 (trinta) dias, no caso de inadimplemento da Concessionária às obrigações estipuladas no Contrato de Concessão e caso a Concessionária permaneça em situação de inadimplência após expirado o Período de Cura, contados da data de recebimento da Notificação da ARTESP, comunicando ao Agente o término do Período de Cura.

9.6.2.1. o prazo de 30 (trinta) dias previsto neste item será estendido por adicionais 30 (trinta) dias, mediante simples requerimento do Agente à ARTESP, desde que formulado antes do vencimento do prazo original. Novas extensões ficarão sujeitas à prévia aprovação da ARTESP.

9.7. Os direitos conferidos na cláusula 9.5 representam uma faculdade conferida ao Agente, cuja falta de exercício não acarretará qualquer punição ao Agente ou aos Credores.

9.8. Para adimplir em seu próprio nome as obrigações a cargo da Concessionária previstas no Contrato de Concessão o Agente poderá, a seu único e exclusivo critério, executar ou providenciar a execução de

qualquer ato exigido da Concessionária, ou ainda sanar qualquer violação ou omissão por parte da Concessionária.

9.9. O Agente, para os fins previstos na cláusula 9.8, poderá contratar terceiros para a execução das obrigações a cargo da Concessionária; caso, porém, a atividade demande algum requisito de qualificação técnica exigido no Edital, o Agente deverá comprovar previamente perante a ARTESP que o contratado detém a qualificação necessária.

9.10. O regular adimplemento pelo Agente ou em seu nome de obrigação atribuída à Concessionária, após aceite da ARTESP, deverá ser reconhecido pelo Poder Concedente e pela ARTESP como se executado pela própria Concessionária, de modo que tal obrigação seja considerada quitada, desobrigando-se a Concessionária.

9.11. O uso, por parte do Agente, da faculdade conferida pela cláusula 9.8 não deverá ser interpretado como uma assunção pelo Agente, ou por pessoa agindo em seu nome, de quaisquer outras obrigações, ainda que acessórias, atribuídas à Concessionária pelo Contrato de Concessão.

9.12. Durante o Período de Cura e o Período de Exercício não terão efeito eventuais decisões relacionadas à caducidade ou intervenção na Concessão, não havendo, contudo, suspensão automática dos respectivos processos administrativos, os quais, a critério da ARTESP, poderão ser suspensos ou prosseguir à fase instrutória e o procedimento apropriado.

9.13. Caso o inadimplemento da Concessionária seja sanado durante o Período de Cura ou de Exercício, ou então seja aprovada a Transferência da Concessão, os respectivos processos administrativos serão extintos.

9.14. A cobrança de penalidades pecuniárias aplicadas à Concessionária também será suspensa durante o Período de Cura e Período de Exercício, sendo que os respectivos montantes deverão ser pagos após o término do respectivo período.

9.15. Durante o Período de Exercício, ainda haverá paralisação da transferência dos valores correspondentes ao Desconto por Atraso e Inexecução de obras (DA) e ao descumprimento dos Coeficiente de Desempenho dos Serviços Prestados (CSP) representados pelos Índices de Qualidade e Desempenho (IQD), de modo que o valor integral da receita tarifária depositada na Conta Bancária Centralizadora, após os

pagamentos de impostos, Outorga Variável e Ônus de Fiscalização, esteja disponível para a reestruturação da Concessionária.

9.15.1. De todo modo, os respectivos índices, continuarão a ser apurados – calculando-se o respectivo crédito do Poder Concedente – de modo que, após o término do Período de Exercício, os descontos devidos e cuja transferência ao Poder Concedente foi paralisada deverão ser pagos pela Concessionária. Em caso de extinção da Concessão, sem que os descontos devidos durante o Período de Exercício estejam quitados, o valor em prol do Poder Concedente será descontado da indenização devida à Concessionária.

9.16. A apuração das circunstâncias que ensejaram o inadimplemento contratual por parte da Concessionária, incluindo eventuais causas excludentes de juridicidade e culpabilidade, será feita no processo administrativo próprio.

9.17. O Agente deverá notificar a ARTESP, conjuntamente com a Notificação de Alerta por ele emitida ou posteriormente, a respeito de qualquer decisão referente ao vencimento antecipado de débitos ou exercício de medidas de execução previstas nos Documentos de Financiamento, assim que tal decisão for tomada.

9.18. O Agente deverá notificar imediatamente a ARTESP assim que qualquer Evento de Alerta não mais persistir, com o adimplemento da obrigação que motivou a expedição da Notificação de Alerta pelo Agente.

9.19. O recebimento da Notificação de Alerta emitida pelo Agente por parte da ARTESP, nos casos em que o Evento de Alerta não represente qualquer descumprimento do Contrato de Concessão, mas diga respeito tão somente a obrigações pactuadas entre a Concessionária e seus Credores, não obriga a ARTESP ou o Poder Concedente à prática de qualquer ato, com exceção daqueles previstos neste Acordo.

9.20. A partir do advento da Data de Encerramento do Período de Exercício, poderão ser retomadas as atividades relativas à cobrança dos valores referidos na cláusula 9.15 e das penalidades aplicadas pela ARTESP, à declaração da caducidade ou à decretação de intervenção na Concessão. Porém, o encerramento do Período de Exercício não implica a automática caducidade ou intervenção, cujo mérito será avaliado em processo administrativo próprio.

9.20.1. Na ocorrência de dois ou mais Períodos de Exercício em curso simultaneamente, considera-se verificada a condição prevista na cláusula 9.20 assim que em algum deles advir a Data de Encerramento do Período de Exercício.

9.21. A ARTESP e o Poder Concedente, durante o Período de Cura e o Período de Exercício, não deverão suspender quaisquer obrigações contratuais que lhes tenham sido atribuídas pelo Contrato de Concessão.

10. ADMINISTRAÇÃO TEMPORÁRIA

10.1. O início da Administração Temporária pelo Agente ou por terceiro indicado pelos Credores estará tão somente condicionado à comprovação de que os Credores atendem aos requisitos de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista nos exatos termos previstos no Edital de Concorrência Internacional n. [--]/[--].

10.2. Os Documentos de Financiamento poderão contemplar, para fins de Administração Temporária, sem prejuízo de outros poderes estabelecidos:

10.2.1. a possibilidade de convocar assembleia geral, a qualquer tempo, e indicar os membros do conselho de administração a serem eleitos pelos acionistas da Concessionária, destituindo-se os antigos membros;

10.2.2. a possibilidade de convocar assembleia geral, a qualquer tempo, e indicar os membros do conselho fiscal a serem eleitos pelos acionistas da Concessionária, destituindo-se os antigos membros;

10.2.3. o exercício do poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas que, na visão dos Credores, possa comprometer a reestruturação.

10.3. Eventual negativa da ARTESP da Administração Temporária em razão do não atendimento dos critérios previstos na cláusula 10 não obsta a apresentação de nova Notificação de Administração Temporária, caso sanada a falha.

10.4. O Agente deverá, no prazo de [--] dias após o início da Administração Temporária, formular e apresentar à ARTESP o Plano de Reestruturação, contendo indicação dos poderes que poderão ser exercidos pelo Agente, do prazo de duração do Plano de Reestruturação e das me-

didadas propostas para sanar os inadimplementos identificados, de modo a permitir a regularização da execução do Contrato de Concessão, o qual deverá guardar conformidade com a Notificação que deu início ao Período de Exercício.

10.4.1. O Plano de Reestruturação a ser elaborado pelo(s) Agente/ Credores necessariamente conterá os seguintes elementos:

- a) nomeação do administrador responsável pela devida condução do processo de Administração Temporária;
- b) discriminação pormenorizada dos meios de reestruturação a serem empregados, os quais poderão incluir, sem prejuízo de outros eventualmente cabíveis:
 - (i) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas nos Contratos de Financiamento e, sujeito aos termos da legislação aplicável, no Contrato de Concessão;
 - (ii) substituição total ou parcial dos administradores da Concessionária ou modificação de seus órgãos administrativos;
 - (iii) concessão aos Credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o Plano de Reestruturação especificar;
 - (iv) aumentos de capital social eventualmente exigidos para a recuperação financeira da Concessionária;
 - (v) alterações nos contratos de trabalho, contemplando redução salarial, modificações na estrutura de carreira, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva a serem celebrados pela Concessionária e as entidades sindicais pertinentes, nos limites admitidos pela legislação trabalhista vigente;
 - (vi) dação em pagamento ou novação de dívidas, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
 - (vii) venda parcial dos bens, observando-se a disciplina legal e contratual aplicável aos Bens Reversíveis;
 - (viii) equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data em que o Poder Concedente autorizar a Administração Temporária, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

- (ix) emissão de títulos de dívida ou de valores mobiliários;
 - (x) contratação, às expensas da Concessionária, de profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, dar suporte ao Administrador Temporário no exercício de suas funções;
 - (xi) proposta de repactuação com o Poder Concedente e Credores da forma de cumprimento das obrigações originais do Contrato de Concessão e dos financiamentos existentes.
- c) demonstração da viabilidade econômica do Plano de Reestruturação, o qual não poderá comprometer a prestação dos serviços objeto da Concessão, sendo que alterações relacionadas à execução de Investimentos Adicionais somente serão anuídas na medida em que sejam comprovadamente indispensáveis à implementação do Plano de Reestruturação;
 - d) as demonstrações financeiras relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o Plano de Reestruturação, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável;
 - e) o prazo necessário para a execução integral do Plano de Reestruturação, que não poderá exceder o período de 12 (doze) meses, salvo autorização pela ARTESP, caso as circunstâncias do caso assim o exijam e tornem conveniente e oportuna esta solução;
 - f) outras providências tidas como necessárias para a recuperação financeira e operacional da Concessionária, tais como reorganizações societárias, alienação do controle societário da Concessionária, decorrentes da execução de garantias ou não; transferência da Concessão, entre outros, observada a necessidade de autorização da ARTESP para os atos que assim necessitem.

10.5. O Plano de Reestruturação deverá ser apresentado à Concessionária e à ARTESP, a quem caberá, no prazo de 30 (trinta) dias:

10.5.1. aprovar o Plano de Reestruturação, hipótese em que se iniciará o prazo previsto no Plano de Reestruturação para a fase de cumprimento;

10.5.2. rejeitar o Plano de Reestruturação.

10.5.2.1. rejeitado o Plano de Reestruturação pela ARTESP, será facultado ao Agente o direito de apresentar novo Plano de Reestrutura-

ção no prazo de 60 (sessenta) dias e o direito de execução das garantias previstas nos Documentos do Financiamento. Caso haja nova recusa, permanece o direito de execução das garantias.

10.6. Rejeitado o Plano de Reestruturação, os Credores também poderão optar pela Transferência da Concessão, bem como indicar potencial Cessionária à ARTESP, a fim de que essa promova sua aprovação.

10.7. A Administração Temporária autorizada na forma desta cláusula não acarretará responsabilidade ao Agente, aos Credores ou ao Administrador Temporário em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros detidos pela Concessionária, inclusive com o Poder Concedente, ARTESP ou empregados.

10.8. A Administração Temporária não importará a responsabilização pessoal do Agente ou dos Credores pelas obrigações detidas pela Concessionária no âmbito da Concessão.

10.9. O Agente poderá requerer eventual conversão da Administração Temporária em Assunção de Controle, ou Transferência da Concessão, mediante a ocorrência de eventos preestabelecidos no Plano de Reestruturação.

10.10. A ARTESP poderá interromper a Administração Temporária caso comprovado, em processo administrativo próprio, o descumprimento do Plano de Reestruturação pelo Agente, pelos Credores ou pela Concessionária.

11. ASSUNÇÃO DO CONTROLE

11.1. O início da Assunção de Controle pelos Credores está condicionado à comprovação de atendimento aos requisitos de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista nos exatos termos previstos no Edital de Concorrência Internacional nº [--]/[--].

11.2. São direitos dos Credores, durante a Assunção de Controle, exercer em sua plenitude todos os direitos emergentes da propriedade das ações cuja propriedade resolúvel lhes for transferida, em especial a convocação de assembleia geral eleição ou destituição dos membros dos conselhos administrativo e fiscal da Concessionária.

11.3. O Agente deverá, no prazo de [--] dias após a aprovação da Assunção do Controle, formular e apresentar à ARTESP Plano de

Reestruturação, contendo as medidas propostas para sanear os inadimplementos identificados e permitir a regularização da execução do Contrato de Concessão, nos mesmos termos previstos na cláusula 10.4.1.

11.4. O Plano de Reestruturação deverá ser apresentado à ARTESP, que deverá, no prazo de 30 (trinta) dias:

11.4.1. aprovar o Plano de Reestruturação, hipótese em que se iniciará o prazo previsto para a fase de cumprimento; ou

11.4.2. rejeitar o Plano de Reestruturação, dando-se por encerrado o período de Assunção de Controle.

11.5. Em caso de aprovação do Plano de Reestruturação, os Credores seguirão o mesmo regime de responsabilidade aplicável aos antigos controladores da Concessionária, não ficando solidariamente responsáveis pelas obrigações previstas no Contrato de Concessão.

11.6. Eventual negativa da ARTESP do início da Assunção do Controle em razão do não atendimento dos critérios de 11.1 não obsta a apresentação de nova Notificação de Assunção de Controle, caso sanada a falha.

11.7. Rejeitado o Plano de Reestruturação, o Agente poderá, observado o disposto na cláusula 14 deste Acordo, optar pela Transferência da Concessão e indicar potencial Cessionária à ARTESP, a fim de que essa promova sua aprovação.

11.8. O Agente deverá comunicar a ARTESP eventual restabelecimento do controle societário aos antigos controladores da Concessionária.

11.9. A ARTESP poderá interromper a Assunção do Controle caso comprovado, em processo administrativo próprio, a não apresentação ou o descumprimento do Plano de Reestruturação pelo Agente, pelos Credores ou pela Concessionária.

12. CONTA BANCÁRIA CENTRALIZADORA

12.1. As Partes concordam que, durante o Período de Exercício, a totalidade da Remuneração a ser recebida pela Concessionária, considerada a dedução dos valores devidos nos termos autorizados neste Acordo, deverá ser depositada diretamente na Conta Bancária Centralizadora.

12.2. A Concessionária deverá praticar todos os atos necessários para fazer creditar diretamente na Conta Bancária Centralizadora a to-

talidade da Remuneração, incluindo, mas não se limitando a, notificar todas as partes envolvidas no pagamento, depósito, intermediação ou transferência de tal Remuneração, para instruir tais partes sobre o depósito da totalidade dos valores devidos diretamente na Conta Bancária Centralizadora, sem quaisquer compensações, descontos, retenções ou qualquer outra forma de redução.

12.3. A Concessionária concorda que, caso venha a receber diretamente quaisquer valores relacionados com a Remuneração, deverá providenciar o depósito da totalidade dos valores recebidos na Conta Bancária Centralizadora no prazo de 2 (dois) dias contados do recebimento, vedada a realização de compensação quanto a quaisquer créditos que possa ter, salvo quando expressamente autorizado pelo Agente.

12.4. Durante a confecção do Plano de Reestruturação e até seu integral cumprimento, as Partes concordam que os valores depositados na Conta Bancária Centralizadora deverão ser utilizados exclusivamente para as finalidades abaixo indicadas:

12.4.1. custeio das despesas necessárias e investimentos estritamente necessários à operacionalização e à continuidade da prestação dos serviços relacionados à Concessão; e

12.4.2. havendo excedentes à destinação prevista no item anterior, pagamento de parcela ou da totalidade dos valores devidos ao Poder Concedente, conforme valores que venham a ser exigidos nos termos do Contrato de Concessão e do Plano de Reestruturação; e

12.4.3. havendo excedentes à destinação prevista no item anterior, amortização ou liquidação dos financiamentos outorgados pelos Credores.

12.5. As Partes concordam que a ordem de pagamento prevista acima não prejudicará a capacidade dos Credores de executarem as garantias outorgadas no âmbito dos financiamentos concedidos à Concessionária.

12.6. A abertura, movimentação e encerramento da Conta Bancária Centralizadora observará o disposto no Contrato de Administração de Contas, a ser celebrado entre a Concessionária, o Agente e o agente financeiro responsável pela custódia da referida conta.

12.7. A operação da Conta Bancária Centralizadora seguirá o disposto no Anexo [--], Apêndice [--].

12.8. A menos que de outra forma estabelecido pelo Agente, o Poder Concedente e a ARTESP depositarão todos os montantes devidos à Concessionária de acordo com as disposições do Contrato de Concessão na Conta Bancária Centralizadora.

12.9. A Concessionária concorda que qualquer pagamento efetuado em conformidade com a cláusula 12.8 constituirá completa quitação das obrigações de pagar atribuídas ao Poder Concedente ou à ARTESP sob a égide do Contrato de Concessão.

13. TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO

13.1. A excussão de garantia prevista nos Documentos de Financiamento que acarrete a Transferência do Controle Societário da Concessionária deverá ser precedida de apresentação à ARTESP de Solicitação de Transferência do Controle Societário.

13.2. A Solicitação de Transferência do Controle Societário deverá ser acompanhada de:

13.2.1. identificação precisa do negócio jurídico que acarretará a Transferência do Controle;

13.2.2. comprovação de que os pretendentes a assumir o controle societário atendem a todos os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica, fiscal e trabalhista necessários à continuidade da prestação dos serviços, nos exatos termos previstos no Edital de Concorrência Internacional nº [--]/[--];

13.2.3. descrição da estrutura acionária e de gestão da SPE que resultarão da Transferência do Controle Societário, contendo, no mínimo: (i) descrição dos tipos de ações; (ii) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação; (iii) indicação da composição societária da SPE, conforme aplicável, e de suas Controladoras, até o nível das pessoas físicas; (iv) acordos de acionista da SPE, quando existentes; (v) identificação dos administradores, incluindo seus respectivos currículos e dos órgãos da Administração da SPE; (vi) compromisso com princípios de governança corporativa na gestão da SPE; e (vii) identificação de Partes Relacionadas;

13.2.4. compromisso por parte dos pretendentes de cumprimento de todas as cláusulas do Contrato de Concessão;

13.2.5. plano contendo a forma e o prazo em que, após aprovada a Transferência do Controle Societário, serão sanadas todas as falhas indicadas na Notificação de Alerta;

13.2.6. eventuais necessidades de modificações nas obrigações previstas no Plano de Investimentos da Concessão, tais como a reprogramação dos investimentos que estiverem em atraso e respectivo detalhamento das obras e investimentos reprogramados, e que deverá conter, para estes, cronograma físico-executivo, contemplando a indicação dos quantitativos para cada investimento, bem como o desenvolvimento previsto para a execução de cada etapa construtiva dos investimentos, seja no que tange à indicação de prazos para início e conclusão, seja quanto à definição de marcos intermediários, os quais serão vinculativos para a Concessionária, devendo estar dispostos em periodicidade pelo menos semestral.

13.3 Eventuais alterações ou modificações deferidas pela ARTESP com relação ao disposto na cláusula 13.2(f) deverão ser consideradas para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, nos termos previstos no Contrato e na regulamentação aplicável.

13.4. Caso, por conta do estágio em que estiver a Concessão, alguns dos requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira exigidos Edital de Concorrência Internacional nº [--]/[--] não sejam mais necessários para a adequada prestação dos serviços, a ARTESP poderá dispensar sua comprovação.

13.5. A autorização para a Transferência do Controle Societário será negada somente nos casos de não atendimento dos requisitos previstos na cláusula 13.2.

13.5.1. A ARTESP poderá solicitar modificação no plano previsto na cláusula 13.2, (e) e no Plano de Investimentos a que se refere a cláusula 13.2, (f), caso seja necessário para a normalização da prestação dos serviços.

13.5.2. Eventual negativa da ARTESP de Transferência do Controle Societário não obsta a apresentação de novo pedido, caso sanada a falha que fundamentou a desaprovação.

13.6. A Transferência do Controle Societário não acarretará, por si só, mudança no prazo de vigência da Concessão.

13.6.1. A previsão da cláusula 13.5 não inibe que, caso na Transferência do Controle Societário, sejam reprogramados investimentos que gerem desequilíbrio econômico-financeiro em favor de alguma das Partes, a recomposição do equilíbrio se faça com o aumento ou redução do prazo de vigência da Concessão, conforme regramento do Contrato de Concessão.

14. TRANSFERÊNCIA OU CESSÃO DA CONCESSÃO

14.1. O Agente poderá apresentar à ARTESP, a qualquer momento no decorrer do Período de Exercício ou se o Plano de Reestruturação não for aceito pela Concessionária no caso de Administração Temporária, Solicitação de Transferência da Concessão de acordo com o regramento desta cláusula.

14.1.1. Por intermédio deste instrumento, a Concessionária, bem como o Poder Concedente, consentem com a opção ora conferida ao Agente, sem prejuízo da prerrogativa do Poder Concedente de aprovar a qualificação da Cessionária, a quem serão transferidos os direitos emergentes do Contrato de Concessão, nos termos do disposto no § 1º, do artigo 27, da Lei nº 8.987/95.

14.2. Caso, por conta do estágio em que estiver a Concessão, alguns dos requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira exigidos Edital não sejam mais necessários para a adequada prestação dos serviços, a ARTESP poderá dispensar sua comprovação.

14.2.1. À Cessionária serão transferidos os direitos emergentes do Contrato, observados os termos dispostos no artigo 27, da Lei nº 8.987/95.

14.3. A Solicitação de Transferência da Concessão deverá conter:

14.3.1. a identificação da Cessionária proposta: (i) nome e endereço; e (ii) a menos que a Cessionária proposta seja uma entidade de capital aberto, os nomes dos acionistas da Cessionária proposta;

14.3.2. a comprovação de que a Cessionária indicada na solicitação atende a todos os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica, fiscal e trabalhista necessários à continuidade da prestação dos serviços, nos exatos termos previstos no Edital de Concorrência Internacional nº [--]/[--];

14.3.3. a maneira pela qual os Credores propõem financiar a Cessionária proposta e a extensão na qual tal financiamento se encontra comprometido (extensão relevante);

14.3.4. compromisso por parte dos pretendentes de cumprimento de todas as cláusulas do Contrato de Concessão.

14.4. Caso, por conta do estágio em que estiver a Concessão, alguns dos requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira exigidos no Edital de Concorrência Internacional nº [--]/[--] não sejam mais necessários para a adequada prestação dos serviços, a ARTESP poderá dispensar sua comprovação.

14.5. A Transferência da Concessão será negada somente nos casos de não atendimento dos requisitos previstos na cláusula 14.2.

14.5.1. Eventual negativa da ARTESP para Transferência da Concessão não obsta a apresentação de novo pedido, caso seja sanada a falha que fundamentou a desaprovação.

14.6. Caso seja aprovada a Transferência da Concessão, a Cessionária indicada será convocada para, no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis a critério do Poder Concedente, assinar o Termo de Cessão, sendo que em até 7 (sete) dias anteriores à data prevista para a assinatura deverá:

14.6.1. ter constituído sociedade de propósito específico (SPE), nos exatos termos da minuta apresentada por ocasião da Solicitação de Transferência da Concessão, com a correspondente certidão da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

14.6.2. ter integralizado o capital social da SPE, no valor mínimo previsto no Cronograma de Integralização do Capital Social para o mês contratual em que for aprovada a Transferência da Concessão;

14.6.3. apresentar descrição da estrutura acionária e de gestão da SPE, contendo, no mínimo: (i) descrição dos tipos de ações; (ii) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação; (iii) indicação da composição societária da SPE, conforme aplicável, e de suas Controladoras, até o nível das pessoas físicas; (iv) acordos de acionista da SPE, quando existentes; (v) identificação dos administradores, incluindo seus respectivos currículos e dos órgãos da administração da SPE; (vi) com-

promisso com princípios de governança corporativa na gestão da SPE; e (vii) identificação de Partes Relacionadas;

14.6.4. comprovar que prestou, de forma incondicional, as Garantias de Execução, nos termos, forma e valores exigidos no Contrato de Concessão, conforme as declarações apresentadas durante a Solicitação de Transferência da Concessão;

14.6.5. apresentar Plano de Seguros e Plano de Garantias, nos termos do Contrato de Concessão e respectivo Anexo [--], compreendendo a apresentação das coberturas e respectivas importâncias seguradas a serem contratadas, devendo a contratação efetiva observar os prazos apresentados em tais Planos;

14.6.6. apresentar as apólices de seguros que sejam necessárias para cobrir riscos relacionados ao primeiro ano após a Transferência da Concessão, segundo a programação apresentada no Plano de Seguros;

14.6.7. apresentar os instrumentos jurídicos pertinentes que formalizem definitivamente os compromissos firmados com vistas à estruturação financeira da Cessionária, conforme informações fornecidas para atendimento da cláusula 14.2, (e);

14.6.8. apresentar atestados, em nome próprio ou de terceiros, bem como a formalização dos demais documentos necessários à comprovação dos requisitos exigidos com base neste Acordo, observadas eventuais dispensas que tenham sido devidamente aprovadas pela ARTESP em função do estágio em que se encontra a Concessão.

14.7. Aprovado o pedido de Solicitação de Transferência da Concessão e apresentados regularmente os documentos indicados na cláusula 14.5, a Cessionária e a ARTESP firmarão o Termo de Transferência da Concessão.

14.8. A Transferência da Concessão não acarretará, por si só, mudança no prazo de vigência da Concessão.

14.8.1. a previsão da cláusula 14.7 não inibe que, no caso de Transferência da Concessão sejam reprogramados investimentos, procedendo-se à consequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, conforme previsto no Contrato, inclusive por meio da alteração do prazo de vigência da Concessão, bem como eventual modificação da sistemática de pagamento da outorga fixa e variável a ser aprovada pelo Poder Concedente.

14.9. A ARTESP, quando da aprovação da Transferência da Concessão, também estabelecerá a Data de Transferência da Concessão, a partir de proposta feita pela Cessionária na Solicitação de Transferência da Concessão.

14.10. A Concessionária se compromete a obedecer às regras de transição expostas nos Anexos 10 e 18, na hipótese de efetivação da Transferência da Concessão para a Cessionária.

14.11. A partir da Data de Transferência da Concessão:

14.11.1. a Cessionária passará a ser parte do Contrato de Concessão no lugar da Concessionária, a qual será imediatamente liberada dos atos de execução do Contrato e também das decorrentes deste Acordo, ressalvadas eventuais pendências de sua responsabilidade, observado o item 14.13;

14.11.2. a Cessionária exercerá e gozará dos direitos e executará as obrigações da Concessionária de acordo com o Contrato de Concessão;

14.11.3. o Poder Concedente e a ARTESP deverão continuar a cumprir as obrigações que detinham no Contrato de Concessão frente à Concessionária, dirigindo seu cumprimento à Cessionária;

14.11.4. o Poder Concedente e a ARTESP não poderão extinguir a Concessão ou intervir na Concessão com base em qualquer ato ou circunstância que tenha ocorrido anteriormente à Data de Transferência da Concessão.

14.12. A ARTESP, caso solicitado pela Cessionária, firmará um Acordo Tripartite equivalente, utilizando os mesmos termos previstos neste Acordo.

14.13. Quando da Transferência da Concessão, será acordado entre as Partes o pagamento, pela Concessionária, de eventuais montantes devidos ao Poder Concedente ou à ARTESP, com relação aos quais a Concessionária estiver inadimplente, a exemplo de montantes devidos a título de:

- a) penalidades regulatórias pecuniárias em geral;
- b) desequilíbrios econômico-financeiros da Concessão em favor do Poder Concedente; ou
- c) outorgas fixa e/ou variável devidas em razão da exploração da Concessão.

14.14. Por ocasião da Transferência da Concessão, não será devido qualquer pagamento adicional ou nova outorga ao Poder Concedente ou à ARTESP, por parte da Cessionária, em troca do direito de lhe ser transferida a Concessão, sem prejuízo do dever de a Cessionária pagar as eventuais parcelas de outorgas vencidas inadimplidas e vincendas previstas no Contrato de Concessão.

14.15. Em caso de Transferência da Concessão, nenhuma indenização será devida à Concessionária, por parte do Poder Concedente ou da ARTESP, por conta de eventuais investimentos ainda não amortizados.

14.16. Os termos e condições em que a Cessionária assumirá as obrigações da Concessionária frente aos Credores, assim como eventual pagamento à Concessionária por parte da Cessionária, deverão ser acordados pelo Agente, pela Concessionária e pela Cessionária de forma privada.

15. ATENDIMENTO À NOTIFICAÇÃO DE ALERTA

15.1. Considera-se atendida a Notificação de Alerta nos casos em que:

15.1.1. ocorra o adimplemento das obrigações da Concessionária por parte do Agente, conforme cláusula 9.8;

15.1.2. a própria Concessionária execute as obrigações identificadas na Notificação de Alerta sem que ocorra o exercício dos direitos conferidos ao Agente;

15.1.3. o Agente opte pelo exercício da Administração Temporária e, dentro do Período de Exercício, a Concessionária cumpra as obrigações indicadas na Notificação de Alerta;

15.1.4. o Agente opte pelo Exercício da Assunção do Controle e, dentro do Período de Exercício, a Concessionária cumpra as obrigações indicadas na Notificação de Alerta;

15.1.5. a ARTESP aprove a Transferência da Concessão, atendidos os requisitos previstos na cláusula 13;

15.1.6. a ARTESP aprove a Transferência do Controle Societário, atendidos os requisitos previstos na cláusula 14.

15.2. O Atendimento à Notificação de Alerta ocasionará a extinção do Período de Exercício e o arquivamento dos processos admi-

nistrativos que fundamentaram a emissão da Notificação de Alerta, ressalvados aqueles de caráter sancionador, voltados à aplicação de multas contratuais.

16. VIGÊNCIA DO ACORDO

16.1. Este Acordo terá vigência até que sobrevenha:

16.1.1. a Data de Quitação;

16.1.2. a extinção da Concessão, ressalvados processos administrativos sancionatórios voltados à aplicação de multas contratuais e outras obrigações pendentes de responsabilidade da Concessionária;

16.1.3. a celebração de novo acordo tripartite por ocasião da Transferência da Concessão, conforme previsão da cláusula 14.11;

16.1.4. a Transferência da Concessão sem que seja solicitada por parte da Cessionária a assinatura de novo acordo tripartite.

17. RELICITAÇÃO

17.1. Sem prejuízo da observância dos requisitos previstos no art. 9º, § 2º da Lei Estadual n.º 16.933, de 24 de janeiro de 2019, constitui requisito essencial para a instauração de procedimento administrativo visando à relicitação da Concessão a prévia e expressa anuência da Concessionária.

17.2. Não constitui pressuposto para a relicitação da Concessão pelo Poder Concedente o exercício efetivo, pelos Credores, de qualquer das prerrogativas e direitos previstas neste Acordo e nos Documentos de Financiamento, devendo os mesmos, contudo, renunciarem ao prazo estipulado neste acordo para correção das falhas.

17.3. Nos termos do art. 12, § 4º da Lei Estadual n.º 16.933, de 24 de janeiro de 2019, na hipótese de os termos e as condições de financiamento previstas nos Documentos de Financiamento se mostrarem adequados e compatíveis com os padrões de mercado existentes quando da sua contratação, o Poder Concedente, mediante prévia anuência e concordância do Agente, poderá exigir a assunção, pela futura concessionária, das dívidas adquiridas pela Concessionária ou pela Cessionária, nos termos estabelecidos pelo futuro edital.

18. PRESERVAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

18.1. Sem prejuízo das demais disposições previstas neste Acordo e dos termos e condições expressos nos Documentos de Financiamento, o Agente concorda, em seu próprio nome e em nome dos Credores, que não exercerá quaisquer direitos que lhe foram outorgados ou tomará quaisquer outras medidas que venham a prejudicar a reversão de ativos regulada pela cláusula 48 do Contrato de Concessão.

19. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES

19.1. O Poder Concedente, a ARTESP e o Agente deverão, em mútuo benefício, cumprir com os requisitos previstos na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) no que diz respeito à divulgação pública de informações a respeito da Concessão, como se qualquer referência à Concessionária feita no Contrato também se referisse ao Agente.

20. ALTERAÇÃO DO PRESENTE CONTRATO

20.1. O exercício por uma das Partes de qualquer direito ou medida corretiva prevista no presente Acordo ou em lei não representará renúncia ou impedimento do posterior exercício desses ou outros direitos ou medidas corretivas.

20.2. As medidas corretivas estabelecidas neste instrumento são cumulativas e não excluem quaisquer outras previstas em lei, podendo ser exercidas pelo Agente ou pelos Credores, ou ainda mediante procuração.

20.3. Nenhuma renúncia apresentada pelas Partes quanto a qualquer direito ou medida corretiva prevista neste Acordo ou em lei deverá ser considerada como renúncia a outros ou subsequentes direitos ou medidas corretivas previstas neste Acordo e legislação própria.

20.4. A anuência de uma das Partes com relação a qualquer ato praticado por outra Parte que exigiu tal anuência não tornará desnecessária a obtenção da anuência para qualquer ato subsequente que a exija.

21. SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS

21.1. Caso ocorra qualquer disputa entre o Poder Concedente, a ARTESP e o Agente, as Partes resolverão essa disputa de acordo com os procedimentos para solução de divergências estabelecidos no Contrato de Concessão, sendo que o Agente terá os mesmos direitos e obrigações que a Concessionária, conforme procedimentos estabelecidos no Contrato de Concessão.

21.2. Nenhuma das disposições da cláusula 21.1 altera os direitos e ações que poderão ser exercidos pelo Agente em face da Concessionária, os direitos da Concessionária descritos nos Documentos de Financiamento ou os procedimentos legais disponíveis ao Agente para valer-se de suas garantias.

22. SUCESSORES E REPRESENTANTES

22.1. Nenhuma das Partes do presente Contrato poderá atribuir ou transferir qualquer parte de seus direitos ou obrigações sem o consentimento prévio por escrito das outras Partes, ressalvada, contudo, a substituição do Agente prevista na cláusula 4.4 deste Acordo, hipótese em que o Agente poderá atribuir ou transferir seus direitos e obrigações a agente sucessor, desde que em conformidade com os Documentos do Financiamento e mantidas todas as condições que fundaram a anterior aprovação da ARTESP.

22.2. O presente Acordo vinculará e servirá ao benefício das Partes e seus respectivos sucessores e representantes autorizados.

23. INVALIDAÇÃO

23.1. Caso uma ou mais das disposições contidas neste Acordo, por qualquer razão, seja considerada inválida, ilegal ou inexecutável em qualquer aspecto, tal nulidade, ilegalidade ou inexecutabilidade não prejudicará qualquer outra disposição aqui contida, devendo este Acordo ser interpretado como se tal disposição tivesse sido excluída deste instrumento.

24. EFICÁCIA DAS NOTIFICAÇÕES E CONTAGEM DOS PRAZOS

24.1. Sempre que, ao abrigo das disposições do presente instrumento, seja necessário ou recomendável que uma Parte entregue a outra Parte qualquer aprovação, notificação, pedido, demanda, relatório ou outras formas de comunicação, tais ações serão realizadas por escrito e não serão eficazes para qualquer finalidade a menos que sejam recebidas sob protocolo ou remetidas pelo correio com aviso de recebimento para os endereços indicados a seguir:

Se para a ARTESP: [--]

Se para a Concessionária: [--]

Se para o Agente: [--]

24.2. Qualquer uma das Partes poderá, mediante aviso por escrito entregue às outras Partes, designar um endereço adicional e/ou outro endereço, ou uma pessoa adicional e/ou outra pessoa a quem todas essas notificações, solicitações, exigências, relatórios e comunicações deverão a partir desse momento ser endereçadas.

24.3. Qualquer aviso, solicitação, demanda, relatório ou outra comunicação será considerada entregue na data do respectivo recebimento, iniciando-se, caso cabível, a contagem do prazo no dia seguinte, ainda que não seja dia útil.

24.4. A contagem dos prazos previstos neste Acordo será feita em dias corridos, excluindo-se o dia de início e incluindo-se o dia de vencimento.

25. EFEITOS DA RESCISÃO SOBRE O CONTRATO DE CONCESSÃO

25.1. Sem prejuízo de quaisquer direitos que uma das Partes poderá exercer, a violação deste Acordo não deverá por si só resultar no direito de extinguir o Contrato de Concessão.

26. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA POR PARTE DA CONCESSIONÁRIA

26.1. A Concessionária celebra este Acordo reconhecendo e concordando com as disposições aqui estabelecidas, comprometendo-se tam-

bém a não realizar ou deixar de realizar qualquer ação que possa impedir que qualquer das Partes goze dos direitos previstos neste Acordo.

26.2. As Partes reconhecem que a celebração deste Acordo não altera a repartição dos riscos estabelecida no Contrato de Concessão.

27. ÔNUS DO AGENTE

27.1. O Poder Concedente e a ARTESP reconhecem e concordam que o Agente não deverá ser obrigado a executar nenhuma das obrigações da Concessionária, conforme previstas no Contrato de Concessão.

28. DIREITO APLICÁVEL E FORO

28.1. Este Acordo será regido e interpretado de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, sendo competente o Foro de São Paulo, Estado de São Paulo, para dirimir qualquer controvérsia não passível de resolução por meio dos mecanismos de solução de divergência previstos neste Acordo.

29. APÊNDICES

29.1. Os Documentos de Financiamento constituem Apêndice do presente Acordo.

ARBITRAGENS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE INFRAESTRUTURA: COMENTÁRIOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Bruno Lopes Megna¹

Fábio Trabold Gastaldo²

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto³

Sumário: 1. Introdução; 2. A aplicação da Cláusula Arbitral nos contratos de PPP no Estado de São Paulo e seu contexto histórico; 3. A experiência com “cláusulas escalonadas” no âmbito do setor rodoviário; 4. A experiência com condenações arbitrais: a questão dos precatórios; 4.1. A incidência da regra constitucional do regime de precatórios; 4.2 A questão dos fundos garantidores para satisfação de sentença arbitral; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Estado de São Paulo, que abriga conhecida concentração de atividades econômicas, vale-se dos mais variados — e, para alguns, mais

1 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel, Mestre e Doutorando em Direito pela USP .

2 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Mackenzie, em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW, e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV.

“modernos” — instrumentos jurídicos para viabilizar a concretização de suas demandas de infraestrutura.

Dentre os referidos instrumentos jurídicos, o presente artigo faz referência ao uso conjunto da parceria público-privada, como instrumento contratual, e da arbitragem, como instrumento de solução de controvérsias.

Com o objetivo de expor brevemente algumas experiências do Estado de São Paulo nesse contexto, discorre-se sobre o uso das arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura, para, ao final, concluir-se sobre como o acúmulo de tais experiências deve ser aproveitado para o aprimoramento do uso dos referidos institutos na promoção do interesse público.

2. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE PPP NO ESTADO DE SÃO PAULO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

A Lei Geral das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n.º 11.079/2004), foi criada no contexto de fomentar a captação de recursos financeiros para implementação de grandes projetos governamentais de infraestrutura, tal como consta expressamente de sua exposição de motivos:

3. A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.
4. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.
5. As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica.

Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.

6. A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado (...)⁴.

Conforme salienta Xavier Borges:

(...) a PPP envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza sempre foi mais afeita, exclusivamente, ao setor público. (...) A possibilidade de atração de capitais privados em um cenário de relativa escassez de recursos públicos viabiliza a realização de investimentos e permite a redução de gargalos da infraestrutura econômica⁵.

É fato, ainda, que os contratos de PPP se destinam a grandes empreendimentos, em contratos de longa duração (em regra) e investimentos de vulto considerável⁶.

Nesse aspecto é que a discussão acerca da percepção de ineficiência do Poder Judiciário acaba redundando, no caso Brasileiro, num cenário de certa desconfiança e reconhecimento da existência do “risco judicial”

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.546/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=88B44612C6E81B68BF3BE024BEE9B6F8.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 18 jul. 2019

5 PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

6 A Lei estabelece tal presunção ao assinalar um limite mínimo de valor contratual (Art. 2º, § 4º, I).

(morosidade excessiva, imprevisibilidade, falta de qualidade das decisões judiciais e parcialidade política), valendo destacar o trabalho realizado pela juíza Federal Priscilla Pereira da Costa Correa⁷ sobre o assunto.

Por outro lado, o Banco Mundial desenvolveu métodos objetivos de medir o tempo e o custo (impacto nos contratos) em cotejo com a duração média do processo judicial em cada país, aferindo se uma economia adota uma série de boas práticas de forma a promover a qualidade e eficiência do sistema judicial. Em suma, avalia-se analisar se, e em que medida, a percepção quanto à ineficiência do Poder Judiciário gera um ambiente de desestímulo ao cumprimento voluntário dos contratos⁸.

Em suma, um Poder Judiciário ineficiente impacta negativamente na avaliação de risco para obtenção de crédito internacional, cujo capital tem se revelado essencial para desenvolvimento dos grandes projetos.

Sob tal aspecto é que, desde meados dos anos 2000, nota-se uma tendência da legislação em mitigar tais riscos com a permissão de inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem em contratos de concessão e de PPPs (art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/95, inserido pela Lei nº 11.196, de 2005; art. 11, III, da Lei Federal nº 11.079/2004).

O legislador pátrio acabou por reconhecer que a utilização da arbitragem em tais contratos pode ser benéfica para sua estruturação financeira.

Com a utilização da arbitragem, espera-se que a segurança jurídica do investidor privado prepondere diante das oscilações políticas inerentes à gestão do Poder Público. Em suma, a lei presume que a submissão dos conflitos à arbitragem pode vir a ser um fator de redução dos riscos do investimento, garantindo, assim, uma redução do custo do capital investido:

(...) sabe-se que os contratos de PPPs são investimentos de longa maturação. O parceiro privado é instado a fazer significativos aportes em projetos de interesse público, os quais gerarão a respectiva amortização e os lucros depois de longo período. Não se assemelham às tradicionais

7 CORRÊA, Priscila Pereira Costa. *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

8 Relatório “Doing Business – 2018”, disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>>

empreitadas de obra ou serviço público, em que a pessoa contratada executa o contrato e, de imediato, obtém a respectiva remuneração. Os ganhos são realizados no longo prazo. Em contratos como esses, que envolvem projeções de receitas e despesas para 10, 20 ou 30 anos, qualquer erro ou desvio nos fluxos de caixa pode importar danos irreversíveis (um déficit mínimo no primeiro ano gera resultados exponenciais desastrosos no longo prazo). Logo, isso implica a necessidade de segurança jurídica reforçada, inclusive em casos de conflitos de interesses. Torna imprescindível a celeridade na resolução dos conflitos – preferencialmente, numa só instância decisória.

Ocorre que o Poder Judiciário brasileiro – quem diz isso é o próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ – está abarrotado de processos. São milhões de litígios, com as mais diversas configurações, os quais são unidos por três características comuns: a longa duração, os múltiplos níveis decisórios e a ausência de homogeneidade no tratamento das causas. Caso haja litígio entre poder concedente e concessionária e caso esse conflito de interesses se protraia no tempo, o resultado será trágico para o projeto de interesse público consubstanciado na PPP. De imediato, quem sofrerá severas perdas serão os usuários dos serviços e, depois de longo tempo, os contribuintes (que arcarão com os custos do precatório judicial). Isso sem se falar na confiança de futuros investidores em projetos dessa ordem. O que exige a institucionalização de soluções alternativas ao Poder Judiciário, a fim de que o projeto concessionário seja mantido íntegro e resista às intempéries⁹.

Carlos Alberto de Salles anota que a inserção de cláusula compromissória acarreta uma presunção de tornar o negócio com o Estado “mais atrativo”:

A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito

9 MOREIRA, Egon Bockmann. *Arbitragem e PPPs, Direito do Estado*, 2015, 49 - <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-e-ppps>

especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tonar atrativo o negócio com o Estado¹⁰.

Verifica-se, pois, que arcabouço normativo criado na década passada cuidou de mitigar eventuais entraves decorrentes da (*falta de*) confiança do investidor privado no Poder Público.

Nesse contexto, vários contratos de PPPs foram celebrados no Estado de São Paulo com cláusulas compromissórias para solução de possíveis conflitos.

A título de exemplo, no contrato de concessão patrocinada nº 015/2013, que tem por objeto a construção e a operação da Linha 6 – Laranja de Metrô (Concorrência Internacional nº 004/2013, Processo STM nº 000770/2012), resta clara a opção pela submissão dos conflitos à arbitragem:

54.5 As partes contratantes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:

- (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (ii) aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (iii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
- (iv) cálculo e aplicação do reajuste;
- (v) acionamento dos mecanismos de garantia;
- (vi) valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual.

54.5.1 As partes poderão, ainda, submeter à arbitragem, de comum acordo, outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO DE CONCESSÃO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

10 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

Ocorre que, se em um momento inicial imperava no Brasil a desconfiança em relação ao cumprimento dos contratos por parte do ente público, posteriormente passou a se observar uma tendência mundial de *desconfiança da conduta das empresas privadas em suas relações com o Estado*, em especial após o estouro do escândalo dos carteis da Siemens, iniciado em meados da década de 2000, no qual a empresa alemã chegou a pagar mais de um bilhão de dólares em multas na Alemanha e no Estados Unidos¹¹.

A partir de 2008, a Siemens passou a colaborar com as autoridades nas investigações, adotando uma rígida política de *compliance* que atualmente é considerada como *benchmarking*.

Em 2013, o escândalo de corrupção da Siemens chega ao Brasil, após a empresa confessar ter participado de diversas licitações fraudulentas de grande vulto em território nacional em acordo de leniência celebrado com o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse novo contexto, com o pêndulo tendendo para a desconfiança das empresas privadas em face das denúncias de corrupção, foi aprovada no Brasil a lei anticorrupção (Lei Ordinária nº 12.846/13), que aplica severas sanções administrativas e civis às empresas consideradas corruptas, além de atribuir um tratamento diferenciado às empresas que possuem programas de “compliance”.

O resultado mais marcante do novo panorama legal foi a condução da chamada operação “Lava Jato”, iniciada em março de 2014, cujas consequências para inúmeros empresários e políticos ainda não são passíveis de estimar, dado o volume de informações ainda pendentes de apuração até a presente data.

O fato é que, dentro dessa linha do tempo traçada, verifica-se que a assinatura do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 se deu no limiar da guinada ocorrida na mudança dos paradigmas vigentes. Passou-se rapidamente da presunção de *desconfiança* do investidor privado que outrora vigia (que gerou a previsão da arbitragem para as PPPs) para o estouro de escândalos de corrupção nos quais estavam envolvidas grandes empresas que participavam com regularidade dos projetos de infraestrutura no Brasil.

11 Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,corrupcao-faz-siemens-pagar-mais-de-us-1-bilhao-em-multas,294537>>.

Assim sendo, todas as cautelas (voltadas à proteção do investidor privado) tomadas pelo Estado de São Paulo não impediram que a execução do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 fosse paralisada, estando atualmente em processo de caducidade¹².

A existência de cláusula compromissória de arbitragem não impediu, ademais, a judicialização entre as partes, em vista do ajuizamento de ação de rescisão contratual pela Concessionária, cuja fase instrutória ainda se encontra em seu início¹³.

A questão de fundo encontra-se ainda pendente de decisão definitiva, mas já é possível inferir que a causa principal que levou a tal desfecho no contrato foi a ausência de captação de recursos pela Concessionária. Segundo consta de relatório do Tribunal de Contas da União, a Concessionária não obteve o financiamento de longo prazo junto ao BNDES pelo envolvimento de seus acionistas em fatos desabonadores investigados na chamada “Operação Lava-Jato”, que implicou aumento de seu risco reputacional e creditício¹⁴.

O cenário nacional se alterou, com um notável aumento da preocupação das empresas (ao menos aparentemente) com a adoção de boas práticas de governança corporativa e *compliance*¹⁵, mormente após os escândalos acima citados e as modificações legislativas, em especial após o advento da Lei Anticorrupção¹⁶.

12 Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/governo-de-sp-inicia-processo-para-encerrar-contrato-com-responsaveis-pela-linha-6-laranja-do-metro.ghtml>>.

13 Processo nº 1002909-09.2018.8.26.0053, 16ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP.

14 Relatório de nº 024.399/2016-7, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2439920167.PROC%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520de%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>.

15 “Falar em boas práticas de governança corporativa e compliance virou o assunto da moda, considerando todos os acontecimentos de corrupção e práticas antiéticas que envergonham o país e, principalmente, a ânsia pela busca de instrumentos capazes de transformar o cenário de incertezas e de desigualdades que temos visto, repetidamente, na mídia e nas redes sociais, todos os dias”. (Andrea Wiezbicki Strapasson, “Boas práticas de governança corporativa e compliance, uma necessidade real e imediata”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286438,31047-Boas+praticas+de+governanca+corporativa+e+compliance+uma+necessidade>>.

16 Disponível em: <<https://www.valor.com.br/carreira/5021804/onda-de-denuncias-de-corrupcao-faz-compliance-ser-fundamental>>.

Num exercício de futurologia, na junção dos dois momentos históricos acima descritos (1. prestígio ao investidor, com o regime das PPPs e Arbitragens; e 2. Escândalos de corrupção e *compliance*) é possível inferir que, ao menos no que diz respeito ao assunto ora em exposição, a tendência é que a arbitragem seja cada vez mais utilizada nos contratos de PPPs num ambiente mais saudável de confiabilidade *entre as partes envolvidas*.

Apenas para acrescer um dado para reflexão, se em relação às *partes*, nas PPPs, os mecanismos de mitigação de desconfiança já se encontram em razoável estágio de consolidação, em relação à figura das *Instituições (Câmaras) de Arbitragem* e dos próprios *árbitros* a questão ainda é tormentosa, considerando a peculiaridade de entes públicos serem julgados por árbitros não integrantes do corpo estatal.

Conforme esclarece José Nantala Bádue Freire:

... é providencial o movimento encampado pelos gestores dos centros de arbitragem nacionais no sentido de estruturar instâncias e políticas internas dedicadas ao *compliance*, inclusive através de assessorias que os auxiliem neste movimento e buscando certificações de relevo internacional sobre o tema (como é o caso da ISO 37001, por exemplo).

Como todos sabemos hoje em dia, a criação de um rigoroso programa de integridade não é apenas uma tendência de mercado ou uma medida recomendável à luz das melhores práticas de governança de qualquer instituição. Trata-se, efetivamente, de uma poderosa ferramenta de gestão, que permite a qualquer instituição não apenas melhor e mais rapidamente atacar desvios de conduta dentro de sua organização, mas aprimorar, constantemente, as suas práticas de gestão, conhecendo, de forma mais rápida e ampla, os pontos de atenção que carecem de melhorias, não apenas no diuturno esforço de combate a práticas ilícitas, mas com vistas a uma gestão mais transparente e eficiente.

Finalmente, centros de arbitragem que estejam melhor estruturados com relação ao seu programa de integridade servirão de *benchmark* para o mercado brasileiro como um todo e terão, fatalmente, relevante vantagem competitiva sobre os outros. Isso sempre é assunto de primeira importância para qualquer tipo de contratação/interação com o poder público e, também, com grupos multinacionais que já incorporaram o *compliance* em seus DNAs corporativos, preferindo

fazer negócios com fornecedores e parceiros que partilham dessa premissa¹⁷.

A preocupação já é notada na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), que divulgou nota informativa às partes e aos tribunais arbitrais que lista uma série de medidas de *compliance* por ela implementadas¹⁸.

Muito há que ser discutido, mas espera-se que essa onda de boas práticas e *compliance*, que hoje é regra nas empresas, seja estendida às Câmaras e aos árbitros no exercício de seu mister. Diante da complexidade de tais relações jurídicas e a natureza *sui generis* da atribuição reservada aos julgadores privados, a mera positivação de normas de impedimento e suspeição¹⁹ parecem insuficientes, por ora, para garantia de um ambiente de efetiva cooperação e confiabilidade entre todos os entes envolvidos.

3. A EXPERIÊNCIA COM “CLÁUSULAS ESCALONADAS” NO ÂMBITO DO SETOR RODOVIÁRIO

A rápida resolução dos conflitos havidos no curso da execução contratual é comumente apontada como uma das vantagens da adoção do procedimento arbitral, quando em comparação com a completa tramitação processual no âmbito do Poder Judiciário. Do mesmo modo, indica-se como ponto positivo a abordagem técnica específica (não jurídica) dos litígios. Em contrapartida, o alto custo do procedimento destaca-se como um de seus principais inconvenientes.

Nessa ordem de ideias, de grande relevância é a avaliação de inclusão e, se o caso, da redação a ser conferida às chamadas cláusulas escalonadas, as quais podem prever meios autocompositivos de solução de controvérsias como etapas prévias à instauração da arbitragem propriamente dita, opção presente em alguns contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de São Paulo.

17 FREIRE, José Nantala Bádue. *A arbitragem e o compliance na realidade brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira>> Acesso em: 18 jul. 2019.

18 Disponível em: <<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-icc-compliance-portuguese.pdf>>.

19 As diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional integram o arcabouço.

Com efeito, é comum a previsão de métodos autocompositivos, por meio dos quais as próprias partes poderiam alcançar a solução do litígio, como fases preliminares à instauração do procedimento arbitral, culminando, a um só tempo, com o deslinde célere da lide e com menores custos frente aos dos procedimentos arbitrais.

Como preleciona Selma Maria Ferreira Lemes²⁰:

(...) a cláusula escalonada é aquela que além de estabelecer a arbitragem, prevê a obrigação positiva de se submeter ao procedimento prévio de mediação ou conciliação. Enquanto a arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, na qual o árbitro decide a controvérsia de forma vinculante, as demais formas (mediação e conciliação) são autocompositivas, ou seja, são as partes auxiliadas por terceiros (mediador ou conciliador) que alcançarão um acordo.

Os procedimentos são diferentes, mas harmônicos e consecutivos.

(...)

Uma cláusula escalonada não exclui nenhum dos institutos: ambos devem ocorrer seguindo a ordem, primeiro a mediação e após a arbitragem. A discussão doutrinária e jurisprudencial que se trava em matéria de cláusula escalonada se refere a seus efeitos no procedimento arbitral

(...)

A questão que se coloca é saber se a mediação ou conciliação prévia à arbitragem é uma condição contratual ou um pressuposto processual, exclusivamente direcionados aos reflexos no procedimento arbitral. Se não for acatada a mediação prévia, representaria inadimplemento contratual (condição contratual)? Seria condição obrigatória para o processo arbitral se iniciar (pressuposto processual)? É por isso que se recomenda que a cláusula escalonada tenha redação adequada.

No âmbito do Estado de São Paulo, há a adoção, por diretriz-padrão, das chamadas cláusulas de tratativa negocial, a estimular a resolução amigável dos litígios havidos no curso da execução contratual. No entanto, tais previsões não se confundem com as cláusulas escalonadas acima conceituadas, as quais, como dito, preveem de maneira concreta

20 *Acordo de acionistas – Sistema de Solução de Conflitos. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 7 (abril/junho 2016).*

a obrigatoriedade de adoção precedente de procedimentos tendentes à solução autocompositiva dos litígios, para que, caso frustradas (ainda que parcialmente), seja franqueado o início da arbitragem.

De fato, o cunho obrigatório tem por finalidade não tornar inócua a disposição contratual, haja vista que, diante de conflitos envolvendo vultosos valores e, normalmente, desgastes cooperativos entre as partes, a mera faculdade de observância a soluções negociais poderia não se efetivar na prática.

Nesse sentido, importante registrar recente decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no bojo da Apelação nº 0001233-28.2013.8.26.0043, que declarou a nulidade de sentença arbitral ante a não comprovação de cumprimento de necessária etapa negocial em contrato que continha cláusulas escalonadas²¹, valendo transcrever o seguinte excerto do Acórdão exarado:

Sem observar as disposições contratuais acima descritas, a apelada em 22 de julho de 2011 apresentou requerimento de arbitragem perante a ARBITAC – Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná, com base na citada cláusula 15 do contrato²².

21 Em alinhamento com o estatuído no artigo 23 da Lei nº 13.140/2015.

22 CONTRATO DE OPERAÇÃO PORTUÁRIA

14 – SOLUÇÃO AMIGÁVEL DE CONTROVÉRSIAS

Antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias, as PARTES comprometem-se, em primeiro lugar, a tentar resolvê-las amigavelmente, da seguinte forma:

a) Mediante solicitação escrita de uma das PARTES, cada Parte deverá nomear um representante, os quais deverão reunir-se com a frequência que as PARTES julgarem necessária, a fim de coletar e fornecer reciprocamente todas as informações relativas à questão em pauta que as PARTES acreditem ser apropriadas à sua solução. Os representantes deverão discutir o problema e tentar solucionar a controvérsia sem a necessidade de qualquer procedimento formal; ou

b) Procedimentos formais para a solução de uma controvérsia não poderão ser iniciados até que os representantes designados pelas PARTES concluam de boa-fé, no prazo de 30 (trinta) dias, que uma solução amigável, através de negociações continuadas, não parecer provável.

15 – ARBITRAGEM

Se qualquer controvérsia entre as PARTES surgir e não for solucionada por acordo mútuo, nos termos da Cláusula acima, essa controvérsia deverá ser definitivamente resolvida por arbitragem de acordo com o Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, por três árbitros, os quais deverão ser indicados segundo as normas do referido Centro de Arbitragem. O local da arbitragem será na cidade de Antonina/PR e o idioma será o português.

Portanto, diferentemente da conclusão posta na sentença de primeiro grau, entendo que a aventada *inércia* da apelante em resolver a controvérsia de forma amigável não tem o condão de afastar o pleito anterior de arquivamento do procedimento arbitral e, via de consequência, de nulidade da sentença arbitral (art. 32 da LA).

(...)

Com efeito, a análise em questão não se trata de revisar o mérito da sentença arbitral, mas sim de verificar a legalidade do procedimento adotado naquela jurisdição, maculado evidentemente pela inobservância de disposições contratuais previamente estabelecidas (autonomia da vontade) e na inversão irregular de ônus probatório comparável à obrigação de produzir prova impossível.

(...)

Em conclusão, afasto a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, dou provimento ao recurso e julgo procedente a presente ação declaratória para anular a sentença arbitral, em respeito aos princípios da arbitragem e às disposições contratuais estabelecidas entre as partes, devendo ser observada no caso a regra da cláusula 14 para solução do litígio.

Como cediço, as contratações realizadas pela Administração Pública possuem diversas peculiaridades que devem ser consideradas quando da redação das cláusulas contratuais, a refletir, também, naquelas destinadas à solução de divergências. Nesse sentido, Selma Maria Ferreira Lemes²³ afirma:

As previsões contratuais quanto às formas de solução de controvérsias para determinados setores podem ser descritas como *tailor-made*, sob medida, posto que se afinam às peculiaridades da área, tais como as presentes em contratos de engenharia, contratos de concessões de obras públicas e parcerias público-privadas. Esses contratos elegem formas diversas de solução de conflitos, combinando mediação, *dispute boards*,

Cada uma das PARTES obriga-se a cumprir suas obrigações consoante o presente Contrato, enquanto qualquer controvérsia estiver sendo solucionada, salvo se a questão controvertida impedir totalmente o cumprimento da obrigação, sendo certo que controvérsias sobre pagamento não serão consideradas impeditivas de cumprimento de obrigação.

23 *Acordo de acionistas – Sistema de Solução de Conflitos. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 7 (abril/junho 2016).*

arbitragem e foro. A complexidade da matéria objeto do contrato e a minimização de custos são as razões preponderantes para incentivar os usos dos métodos alternativos e a combinação com as eleições de foro. São contratos que adaptam o sistema de solução de controvérsias aos interesses das partes e às disposições legais específicas.

Note-se, por exemplo, que no Contrato de Concessão Patrocinada da Rodovia dos Tamoios, cuja modelagem revela-se bastante peculiar (a dizer, o início da concessão e, portanto, da operação da via pelo concessionário, se dá concomitantemente à execução de obras integrantes do sistema rodoviário, tanto pelo Parceiro Público como pelo Parceiro Privado), a qual pode facilitar, ou mesmo estimular, o surgimento de contendas, há a conjugação de cláusulas de tratativas negociais²⁴, discussões técnicas²⁵ e arbitragem²⁶. Esta, obviamente, destinada a litígios que envolvam direitos disponíveis, paralelamente ao tratamento conferido aos pleitos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro²⁷.

Pois bem. De prêmio, cumpre ressaltar que a opção feita pela Administração Estadual em aludido ajuste foi no sentido de estabelecer uma etapa negocial antecedente obrigatória à instauração da arbitragem.

Assim, o escalonamento previsto em tal avença determina que a parte interessada deverá notificar a outra para realização de reunião entre seus representantes com vistas à solução da controvérsia, e, caso esta não se realize ou não haja consenso, qualquer das partes poderá, então, solicitar a formação de um Tribunal Arbitral²⁸.

Poder-se-ia indicar como vantagem da autocomposição, ainda que parcial, uma possível redução de custos do procedimento arbitral. Nada

24 V.g., cláusulas 53.1 e 53.2.

25 V.g., cláusulas 53.3 a 53.12.

26 Cláusula 54.

27 Cláusulas 26 a 28.

28 Cláusula 54.1 “As Partes se comprometem a buscar solução amigável para qualquer Controvérsia surgida ao longo da execução deste Contrato. Em caso de Controvérsia, representantes das partes se reunirão, dentro de 10 (dez) dias úteis contados da notificação de qualquer uma das Partes à outra, estabelecendo a Controvérsia, com vistas a solucioná-la. Caso a reunião não ocorra ou as Partes não cheguem a um consenso em até 10 (dez) dias úteis após a realização da reunião, qualquer uma delas poderá solicitar a formação de um Tribunal Arbitral.”

obstante, não se pode perder de vista que os gestores devem se acautelar técnica e juridicamente quanto ao deferimento de pleitos de forma administrativa, fundamentando e motivando suas decisões, de maneira a evitar posteriores questionamentos pelos órgãos de controle.

De outro lado, o contrato faculta a instauração de eventual junta colegiada, competente para emissão de relatórios não vinculantes, quanto a divergências de natureza técnica envolvendo as obras previstas no ajuste, não configurando, pois, pressuposto para a válida instauração da arbitragem. E é nesta seara, vale dizer, das divergências de natureza técnica, que exsurge a grande maioria dos litígios em contratos de infraestrutura.

Tal mecanismo se aproximaria de um *dispute review board ad hoc*, posto passível de ser instaurado para controvérsias técnicas pontuais, cujos relatórios teriam caráter não obrigatório, conquanto, de acordo com as regras do contrato, seja composto por profissionais “preferencialmente envolvidos nas atividades relacionadas à execução da(s) obra(s), podendo ser escolhidos, inclusive, profissionais vinculados às partes²⁹” o que o afastaria do conceito tradicional de *dispute board*, bem como poderia levar à indagação de qual seria o estímulo para sua instauração, haja vista tratar-se de procedimento facultativo, sendo o colegiado composto por técnicos vinculados às partes e, destarte, suscetíveis de parcialidade.

De acordo com Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado³⁰, o “amálgama contratual diferente” trazido pelas “características próprias à arbitragem, associadas especialmente à ideia de um pacto de confiança e cooperação” entre as partes contratantes, “estimula o desenvolvimento de um ambiente contratual de maior proximidade e autonomia entre os contratantes. Um verdadeiro refúgio contratual que incentiva uma dinâ-

29 Note-se que, de acordo com a definição da CAM-CCBC, “O *dispute board* é um mecanismo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos na área corporativa, especialmente com relação a contratos de longa duração como os contratos de construção civil. Ele é formado por um comitê, composto por um ou mais profissionais independentes, que acompanham de forma periódica o andamento do contrato. Dessa forma, o *dispute board* proporciona uma espécie de gerenciamento que previne o acirramento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações entre as partes envolvidas”. In: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>>. Acesso em 25 de novembro de 2018.

30 *A Economia da Arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 225.

mica própria, não adversarial”, o que, em última análise, justificaria a inserção das diversas previsões acerca de métodos autocompositivos de solução de divergências (mesmo que não obrigatórios).

Contudo, como menciona aludida doutrinadora,

Se por um lado a teoria permite efetivamente atribuir à arbitragem todas essas funcionalidades, mediatas e imediatas, é bem verdade que teoria e realidade podem não ser totalmente coincidentes. Para uma análise crítica e atual em torno dessas economias contratuais da arbitragem, exige-se o suporte empírico para identificação e verificação da ocorrência real dessas potencialidades.

Assim, somente a partir de verificações empíricas é que, de fato, será possível aferir se todos os ganhos conceituais mencionados pela doutrina entusiasta do instituto da arbitragem serão passíveis de concretização pela Administração Pública na vida real.

4. A EXPERIÊNCIA COM CONDENAÇÕES ARBITRAIS: A QUESTÃO DOS PRECATÓRIOS

Um fator frequentemente esquecido nos comentários sobre o uso de arbitragem pela Administração Pública é a forma do pagamento da eventual condenação fazendária.

Para alguns, os ares de “modernidade” da arbitragem e suas promessas de “celeridade” e “desburocratização” implicariam, quase intuitivamente, a supressão do regime de pagamentos pelo sistema de precatórios. Para outros, do ponto de vista do direito positivo, não há como se extrair outro entendimento senão o de que as sentenças arbitrais condenatórias de obrigação de pagar devem seguir a regra dos precatórios.

4.1. A incidência da regra constitucional do regime de precatórios

Em 2017, essa questão foi colocada à consulta da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo³¹, por ocasião de sentença arbitral que

31 Procedimento GDOC nº 18488-272258/2017.

julgou indevidas determinadas retenções de pagamento, feitas pelo Estado, ao longo de execução de determinado contrato, celebrado no âmbito do setor de transportes metropolitanos. No caso concreto, discutiam-se questões que ultrapassam os propósitos da presente exposição – como, por exemplo, a natureza da decisão arbitral, se declaratória ou condenatória, e, neste caso, a natureza da condenação, se de *obrigação de pagar quantia* ou de *obrigação de fazer*. Para fins da presente exposição, importa indicar a premissa fixada na referida consulta, no sentido de que as sentenças arbitrais condenatórias em obrigações de pagar quantia devem ser cumpridas com observância ao regime constitucional de precatórios:

SENTENÇA ARBITRAL. CONDENAÇÃO DE PAGAMENTO EQUIVALENTE A VALOR RETIDO EM CONTRATO ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA. APLICABILIDADE DA REGRA DE PRECATÓRIOS. 1 – O cumprimento de sentenças condenatórias de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública deve observar a regra dos precatórios. Sentenças arbitrais e judiciais constituem títulos executivos de idêntica natureza (jurisdicional) e eficácia (título executivo judicial) e estão submetidas às mesmas regras e procedimentos em matéria de execução, voluntária ou forçada. 2 – A sentença judicial ou arbitral condenatória de pagamento equivalente ao valor que fora retido pela Administração na execução de contrato administrativo deve ser cumprida com observância à regra dos precatórios³².

De fato, conforme apontado naquela consulta, o Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) qualifica as sentenças arbitrais como título executivo *judicial* e a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996) é expressa no sentido de que sentença arbitral produz “os

32 Ementa da Manifestação nº 1/2017 da Assistência de Arbitragens (subscrita pelos procuradores Bruno Megna e Fábio Gastaldo), aprovada pelo Subprocurador-Geral do Contencioso (Dr. Fernando Franco), na qual se ratificou o entendimento dos Pareceres CJ/STM nº 187/2016 e 29/2017 (subscritas pelos procuradores Diego Cardoso e Thiago Nunes) e a qual foi ratificada pelo Parecer SubCons nº 62/2018 (subscrito pelo procurador André Junqueira), aprovado pela Subprocuradora-Geral da Consultoria (Dra. Cristina Mastrobuono), no procedimento GDOC nº 18488-272258/2017. – A questão se encontra *sub judice*, nos autos do Processo nº 1053854-97.2018.8.26.0053 (2ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder *Judiciário*”, de modo que é perfeito o enquadramento da sentença arbitral à regra dos precatórios prevista na Constituição Federal, a qual se aplica a todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentenças *judiciárias*. Grifa-se:

Lei de Arbitragem – Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Código de Processo Civil – Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral;

Constituição Federal – 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.

A doutrina ratifica o entendimento de que a identidade dos efeitos das sentenças arbitrais e judiciais implica a identidade de procedimentos executivos, afirmação esta que não se altera quando uma das partes é a Fazenda Pública. Nesse sentido:³³

(...) admite-se a possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem. E a origem do título, se judicial ou arbitral, neste caso, não altera o procedimento da efetividade da sentença condenatória da Fazenda Pública³⁴.

33 No mesmo sentido: TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem*. Tese (Doutorado) orientada por Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 216.216; ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) orientada por Marcelo José Magalhães Bonício. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 228; OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 44, p. 150-171. São Paulo: RT, jan./mar. 2015, p. 169; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: o processo devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação (Mestrado) orientada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017, p. 258 [na versão editada: _____. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 284].

34 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 379.

São os efeitos da sentença arbitral que, nos termos da lei, equiparam-se aos da sentença judiciária. A sentença arbitral é uma decisão de caráter privado ao qual a lei confere o *status* de sentença judiciária e que, por esta razão, não pode produzir efeitos além dos que uma sentença prolatada por magistrado possui quando decide uma lide. (...) O processo de execução deve obedecer às regras do artigo 100 da Constituição de 1988 e do Código de Processo Civil³⁵.

Por outro lado, há de se reconhecer que eventual execução da sentença arbitral no tocante ao pagamento de quantia certa se realizará em juízo e, portanto, não poderá fugir do regime constitucional de precatórios (CF, art. 100)³⁶.

(...) a sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada ainda que se trate de arbitragem³⁷.

A jurisprudência, finalmente, tem igual ratificação do entendimento de que o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública se dá de forma idêntica. No Tribunal de Justiça de São Paulo há, nesta data, dois procedimentos de cumprimento de sentença arbitral, que seguem o procedimento dos artigos 534 e seguintes do Código de Processo Civil, que envolvem pessoas jurídicas de direito público do Estado de São Paulo³⁸.

No mesmo sentido, o Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, prevê expressamente que o pagamento das obrigações de pagar condenações pecuniárias impostas por sentenças arbitrais à Fazenda Pública deve ocorrer pela sistemática constitucional dos precatórios, conforme previsto no artigo 100 da Constituição da República:

35 MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 162-163.

36 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. In: CAHALI et al. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 286

37 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 649.

38 Autos nº 1047237-63.2014.8.26.0053 (13. Vara da Fazenda Pública da Capital), 1046529-13.2014.8.26.0053 (unidade de processamento de execuções contra a Fazenda Pública da Capital).

Art. 15 – Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República.

Parágrafo Único – Na hipótese de que trata o caput, a parte interessada solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso, observadas, no que couber, as disposições do art. 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

A ideia central, portanto, é a de que as sentenças arbitrais, na medida em que têm natureza e efeitos de título executivo *judicial*, não podem ser tratadas *nem menos nem mais* do que uma sentença judicial.

Nesta linha de raciocínio, a minuta de decreto submetida à consulta pública pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo prevê o tratamento igualitário entre sentença arbitral e sentença judicial para fins de cumprimento:³⁹

Artigo 9º – As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária serão cumpridas conforme o regime de Precatórios ou de Obrigações de Pequeno Valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais.

O objetivo dos referidos decretos, obviamente, não é o de inovar a legislação federal, mas o de deixar claro a interpretação dada pelos respectivos entes a respeito do direito já posto. Tal previsibilidade quanto à interpretação administrativa sobre essa questão é fundamental, dado que há quem insista em requerimentos administrativos em que se pleiteia seja dada interpretação diversa a este respeito. Com os referidos decretos, a orientação interpretativa passa a ser conhecida desde logo, de forma previsível e expressa: a sentença arbitral vale tanto quanto a sentença judicial, para todos e quaisquer efeitos.

39 ESTADO DE SÃO PAULO. Minuta de Decreto que “Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Direta e suas autarquias sejam parte”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=3900>>. Acesso em 27/01/2019.

4.2. A questão dos fundos garantidores para satisfação de sentença arbitral

Uma outra questão que se coloca é a possibilidade de serem utilizados fundos especiais para a satisfação de obrigações de pagar impostas em sentença arbitral. Tal hipótese foi proposta por FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN, pensando especialmente no fundo garantidor das parcerias público-privado, existente no âmbito federal (art. 8º, I da Lei nº 11.079/2004)⁴⁰.

Conforme aponta MARCOS VINICIUS ARMANI ALVES, o uso do fundo federal para este propósito dependeria de alteração legislativa, pois, atualmente, sua lei regulamentadora o reserva para pagamento de “título exigível aceito” e “débitos constantes de faturas emitidas (...) desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado” (art. 18, § 5º, I e II da Lei nº 11.079/2004)⁴¹. Na medida em que a sentença arbitral só tem lugar em casos de pretesão resistida discutida em contraditório, pressupondo, portanto, rejeição expressa motivada, não nos parece que a legislação federal contemple a possibilidade de se valer do fundo garantidor de parcerias público-privadas para satisfação de obrigações de pagar impostas em sentença arbitral⁴².

No caso do Estado de São Paulo, embora não exista um fundo como o federal, há, na sua Administração indireta, sociedade de economia mista (Companhia Paulista de Parcerias – CPP) autorizada a “assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos [vinculados a parcerias público-privadas]” (art. 15, II da Lei nº 11.688/2004 do Estado de São Paulo). Não há a limitação, existente no âmbito federal, para a satisfação de débitos não rejeitados. Não quer isso dizer, porém, que o acesso aos recursos desta companhia sejam de livre acesso

40 WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64. p. 116-137. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2009. p. 116.

41 ALVES, A *Fazenda Pública na arbitragem* cit., 2016. p. 228.

42 Em sentido próximo: MAROLLA, *A arbitragem e os contratos da Administração Pública* cit., 2016. p. 169, em que, porém, afirma que a autorização da Lei nº 11.079/2004 para que os recursos do fundo garantidor de PPP cubram obrigações contratuais não abarca a obrigação decorrente de condenação por sentença arbitral, a qual precisaria de específica autorização para tanto.

para qualquer credor de contratos de parcerias público-privadas com o Estado de São Paulo: a uma, porque Estado e CPP são pessoas jurídicas diferentes e esta não responde pelos débitos daquela senão quando se comprometer expressamente a fazê-lo; a duas, porque é preciso conformar este acesso com a lógica constitucional, a qual restringe esta hipótese à satisfação de créditos assegurados por garantia dada prévia e validamente, até o limite do valor dado em garantia.

De fato, a despeito da opção legislativa, parece-nos mais importante compreender a lógica que se coloca para a satisfação de obrigação de pagar em face da Administração Pública.

Em primeiro lugar, conforme dito anteriormente, a sentença arbitral vale tanto quanto a sentença judicial, para todos os efeitos. Logo, deve-se ter como premissa que sentenças arbitrais e sentenças judiciais compartilham o mesmo universo de meios de cumprimento. Não se pode constituir instrumento de satisfação de sentença arbitral que, em tese, também não se prestasse ao cumprimento de sentença judicial; ambas são títulos executivos de mesma natureza.

Em segundo lugar, deve-se ter em vista que o regime constitucional de precatórios estabelece a diretriz, da impessoalidade no pagamento dos credores fazendários, e de ser concretizada por meio do respeito à ordem cronológica de vencimentos das dívidas. Garante-se, assim, aos credores da Fazenda Pública, acesso igualitário às verbas orçamentárias reservadas para quitação de dívidas. Tal lógica deve ser observada no cumprimento de sentenças arbitrais, assim como ocorre no cumprimento de sentenças judiciais.

Em terceiro lugar, deve-se considerar as hipóteses em que o contrato é assegurado com prestação de garantias. Neste caso, houve prévia dotação orçamentária, autorizada por lei, para satisfação de débitos até determinado valor. Conquanto haja quem entenda que esta reserva viole a lógica, acima citada, do regime constitucional de precatórios⁴³, o entendimento majoritário entende que é válida a concessão de garantias contratuais pela Administração Pública, especialmente nas hipóteses em que a própria celebração do contrato seria inviável (ou não tão vantajoso para a Administra-

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 767.

ção Pública) sem esse instrumento de equacionamento de riscos⁴⁴. Havendo cláusula contratual nesse sentido, portanto, a satisfação da condenação arbitral poderá ocorrer por meio da execução da garantia, até o limite do valor garantido; no que exceder tal valor, o credor deverá ser satisfeito com as verbas orçamentárias reservadas para quitação de dívidas em geral e, portanto, deverá concorrer em igualdade com os demais credores fazendários de sentenças jurisdicionais, por meio do sistema de precatórios⁴⁵.

Portanto, a satisfação de obrigações de pagar impostas por sentença arbitral à Administração Pública (i) só podem ser satisfeitas pelos mesmos meios que, em tese, também poderia satisfazer uma sentença judicial; (ii) não pode servir de quebra de isonomia entre os credores fazendários em relação ao acesso ao orçamento público reservado para o pagamento de dívidas decorrentes de sentenças judiciárias em geral; (iii) podem ser satisfeitas por meio de execução de garantias contratuais, desde que prévia e validamente constituídas, devendo observar, no que exceder o valor previamente garantido, o regime geral de pagamentos de dívidas fazendárias decorrentes de sentenças jurisdicionais, ou seja, o regime de precatórios.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo o de expor experiências do Estado de São Paulo no uso da arbitragem como método de solução de conflitos decorrentes de contratos de parcerias público-privadas.

Com relação à redação da cláusula arbitral, verificou-se que houve tentativa de transportar para tais contratos o costume (típico de contratos de construção entre pessoas de direito privado) de se incluir “cláusulas escalonadas”, associando-se a arbitragem a outros métodos de solução de conflitos. Assim, por exemplo, há contratos do Estado de São Paulo que preveem fases prévias à arbitragem com o objetivo de evitá-la ou, ao menos, reduzir o escopo da controvérsia a ser dirimida pelo processo arbitral. Tais previsões contratuais ocorrem com ou sem expressa referência a outros institutos, como *negociação*, *mediação*, *conciliação* e

44 Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____ (coord.). *Parcerias público-privadas*. p. 15-44. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43.

45 MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 291-292.

dispute boards – com destaque para este último, cuja carência de compreensão pelas autoridades públicas é inversamente proporcional à segurança jurídica e utilidade do instituto.

Com relação ao desenvolvimento do processo arbitral, verificou-se que não se pode ignorar o fato de que os contratos públicos passam por uma crise de desconfiança que se protraí no tempo em razão das reiteradas notícias de escândalos de corrupção que têm ocupado os diários dos jornais. Neste contexto, é natural que o clamor por *compliance* desses contratos perpassa todas as cláusulas dos referidos contratos; a cláusula de arbitragem não é exceção, assim como não é o procedimento que nasce da referida cláusula. Tratando-se a arbitragem de procedimento instituído pelas opções contratuais das partes, é imperioso que todos os atores envolvidos estejam em *compliance* com as boas práticas e padrões existentes, sob pena de que as mazelas que têm contaminado os contratos públicos contaminem também esse instituto de solução de conflitos.

Por fim, com relação ao cumprimento das decisões arbitrais, verificou-se que a legislação brasileira optou por dar à sentença arbitral os exatos mesmos efeitos – *nem menos nem mais* – que os da sentença judicial. A sentença arbitral, título executivo *judicial* que é, seguirá o mesmo procedimento de cumprimento que o previsto pela legislação para os demais títulos executivos *judiciais*. A origem arbitral ou judicial do título é irrelevante para este efeito. Por consequência, a satisfação de obrigações de pagar impostas por sentença arbitral à Administração Pública (i) só podem ser satisfeitas pelos mesmos meios que, em tese, também poderia satisfazer uma sentença judicial; (ii) não pode servir de quebra de isonomia entre os credores fazendários em relação ao acesso ao orçamento público reservado para o pagamento de dívidas decorrentes de sentenças judiciárias em geral; (iii) podem ser satisfeitas por meio de execução de garantias contratuais, desde que prévia e validamente constituídas, devendo observar, no que exceder o valor previamente garantido, o regime geral de pagamentos de dívidas fazendárias decorrentes de sentenças jurisdicionais, ou seja, o regime de precatórios.

O uso da arbitragem em contratos de parceria público-privadas está em fase de pleno desenvolvimento. Caberá àqueles que lidam com tais novidades imprimir seriedade e honestidade intelectual para enfrentar seus dilemas, não só em prol do sucesso do instituto, mas, principalmente, em prol do seu uso em benefício do interesse público.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA PRADO, Maria da Graça Ferraz de. *A Economia da Arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) orientada por Marcelo José Magalhães Bonício. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.546/2003*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=88B44612C6E81B68BF3BE024BEE9B6F8.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CORRÊA, Priscila Pereira Costa. *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTADO DE SÃO PAULO. Minuta de Decreto que “Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Direta e suas autarquias sejam parte”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=3900>>. Acesso em 27 jan. 2019.

FREIRE, José Nantala Bádue. *A arbitragem e o compliance na realidade brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: o processo devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação (Mes-

trado) orientada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem e PPPs. *Revista Direito do Estado*, vol. 29, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 44, p. 150-171. São Paulo: RT, jan./mar. 2015.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. In: CAHALI et al. *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRAPASSON, Andrea Wiezbicki Strapasson. *Boas práticas de governança corporativa e compliance, uma necessidade real e imediata*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286438,31047--Boas+praticas+de+governanca+corporativa+e+compliance+uma+neccsidade>>. Acesso em 29 jul. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: _____ (coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 15-44. São Paulo: Malheiros, 2009.

THE WORLD BANK. *Relatório “Doing Business – 2018”*. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em 29 jul. 2019.

TONIN, Maurício Moraes. *Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem*. Tese (Doutorado) orientada por Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64. p. 116-137. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2009.

INDENIZAÇÃO POR EXTINÇÃO ANTECIPADA DAS NOVAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS PAULISTAS

Carlos Eduardo Teixeira Braga¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Dever de indenizar; 3. Critérios para apuração do valor da indenização; 4. Previsão do contrato de concessão; 5. Encampação; 5.1. Bens reversíveis; 5.2. Lucros cessantes; 6. Caducidade; 7. Rescisão; 8. Anulação; 9. Considerações finais; 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a lógica das indenizações por extinção antecipada das novas concessões rodoviárias paulistas, em especial o contrato relativo às Rodovias do Centro-Oeste Paulista (eixo Florínea-Igarapava), administrado pela Entrevias Concessionária de Rodovias S/A, bem como seu relacionamento com as normas de contabilidade aplicáveis às concessões na forma do ICPC 01 (R1).

Para os fins desta análise, importam as formas de extinção das concessões antecipadas que poderão gerar a indenização por bens reversíveis, contratos e obrigações com terceiros e lucros cessantes, como a encampação, a caducidade e a anulação. Além dessas hipóteses, as novas

1 Procurador do Estado de São Paulo. Atua desde 2013 no programa de Concessões e Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo. Coordenador do Curso de Orçamento, Contabilidade e Finanças Públicas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela GVLaw e em Direito Constitucional pela PUC-SP. Técnico em contabilidade.

concessões paulistas têm a previsão de cláusulas de *way out*, que permite a extinção antecipada do contrato em situações predeterminadas no contrato, com ou sem a atribuição de culpa às partes.

2. DEVER DE INDENIZAR

De acordo com a Lei de Concessões de Serviços Públicos, as indenizações serão relativas às “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”².

Do ponto de vista prático, essa definição legal pouco auxilia as partes contratuais e enseja diversas interpretações.

O que são bens reversíveis “realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”? Apesar de ser relativamente claro que a infraestrutura construída será considerada um bem reversível (estradas, estações de tratamento de água, hidrelétricas, redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, entre outros), pode-se dizer o mesmo de outros bens como sistemas de informática, equipamentos hospitalares, ônibus, guinchos, ambulâncias? E mais, mesmo que o contrato estabeleça quais serão os bens reversíveis, como saber o que virá a ser desenvolvido no futuro para manter o serviço atualizado, considerando as inovações tecnológicas que surgem diariamente?

Além disso, qual o significado de “ainda não amortizados ou depreciados”? É o conceito contábil, fiscal ou financeiro? E as demais indenizações e lucros cessantes não previstas expressamente na Lei de Concessões? Aplica-se o arcabouço jurídico relativo à atribuição de culpa às partes, previsto no código civil para obrigações e contratos?

Todas essas perguntas ainda não foram respondidas de forma clara e sistematizada pela lei, jurisprudência e doutrina, o que gera ao Estado e ao investidor inseguranças que serão refletidas em seu modelo econô-

2 Lei nº 8.987/95: “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

mico, seja como um risco fiscal para o Estado ou como prêmio de risco para o particular, ou seja, um valor extra que será embutido no modelo econômico projetado para que a rentabilidade esperada não seja afetada de forma relevante caso o cenário desfavorável se concretize.

Dentro dessa lógica, os novos contratos de concessões rodoviárias do Estado de São Paulo buscaram minimizar algumas variáveis que são consideradas no momento de elaboração do plano de negócios. Em outras palavras, tentou-se diminuir o número de perguntas sem respostas que poderão afetar o equilíbrio econômico-financeiro do plano de negócios no futuro, na tentativa de reduzir ao máximo o que será cobrado como prêmio de risco pelo parceiro privado, preservando a melhor proposta em tese para o Estado.

3. CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Pode-se dizer que há três critérios para indenização no âmbito das concessões: o financeiro, o contábil e o patrimonial³.

Pelo *critério financeiro*, utiliza-se o método do fluxo de caixa descontado, que considera o fluxo financeiro decorrente de receitas, custos de investimentos, custos operacionais, custo de capital, tributos, depreciação e amortização fiscal, considerados no tempo por meio de uma taxa de desconto considerada adequada.

Apesar de ser o método preferido pelos estudiosos do tema, essa sistemática está sujeita a diversas premissas subjetivas e variáveis no tempo, mormente a discussão sobre qual será o modelo base a ser considerado, que pode ser aquele projetado no início da contratação ou o que efetivamente ocorreu durante a execução do projeto, em especial considerando os impactos na matriz de riscos do contrato.

E dentro da consideração entre o projetado e o efetivado, o ponto de maior interesse recai sobre a taxa de desconto que deverá ser

3 PRADO, Lucas Navarro. Extinção de Contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da lei federal nº 8.987/95. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

utilizada no momento do cálculo da indenização, que determinará a rentabilidade do negócio (taxa interna de retorno).

Por sua vez, o *critério contábil* considera o valor registrado na contabilidade da concessionária. Somente por esse motivo, as críticas para utilização dessa sistemática já são muitas. Pelo fato de ter sido produzida unilateralmente pela concessionária, esta poderia se valer das interpretações mais favoráveis no momento da mensuração de seus elementos patrimoniais, bem como de sua estruturação como grupo econômico para registrar contabilmente o que for mais favorável a uma indenização maior.

Por não ser uma ciência exata, a contabilidade permite alguma margem de interpretação na mensuração do ativo e, ainda que transações com partes relacionadas devam ser registradas pelo valor justo, em hipóteses de construção de infraestrutura há ampla margem para precificação do ativo.

Qualquer pessoa minimamente experimentada em projetos de infraestrutura sabe que é possível possuir três orçamentos com variação nominal bastante acentuada, mas que podem ser considerados razoáveis. Afinal, quando se fala de uma infraestrutura com valores bilionários, a variação de, por exemplo, cinquenta milhões, pode ser facilmente justificada tecnicamente e apresentada como razoável.

Além disso, a inexistência de atualização monetária dos balanços, em especial em países como o Brasil (que possui problemas constantes com a inflação), e de capitalização (em alguns casos é possível a capitalização parcial) dos valores registrados na contabilidade pode afetar significativamente a rentabilidade financeira em caso de indenização. E, ainda que a contabilidade permita a reavaliação dos elementos patrimoniais em alguns casos, a entidade possivelmente não conseguirá utilizar essa técnica de forma sistemática, periódica e precisa o suficiente para neutralizar os efeitos esperados pelos investidores na capitalização e na correção monetária para fins de indenização.

Outro ponto de atenção quando se avalia o critério contábil está nas premissas diversas entre a depreciação e a amortização contábil e a fiscal. Enquanto a primeira (contábil) se preocupa com o valor real dos bens a partir da sua vida útil e a capacidade de geração futura de benefí-

cios econômicos, a segunda foca principalmente na distribuição do custo de aquisição do bem de acordo com um período preestabelecido pela legislação fiscal ou por métodos de depreciação ou amortização acelerada.

Por fim, o *critério patrimonial* está relacionado ao valor de reposição do ativo, ponderado pela sua vida útil. Ou seja, verifica-se o valor que seria gasto para adquirir bem semelhante obtido a partir do preço de mercado no momento da indenização.

Essa metodologia desconsidera, por exemplo, gastos socioambientais, ganhos de produtividade e os avanços tecnológicos. Desconsidera, ainda, o risco do negócio e o custo de capital. Isso porque, por exemplo, construir uma rodovia ou uma hidrelétrica em meados do século XX, com certeza envolvia custos e riscos completamente diferentes dos dias atuais, seja tecnológico, econômico, político ou ambiental, para ficar apenas com os mais evidentes.

Além disso, é fato que, em regra, sempre haverá um valor residual a ser indenizado, ainda que do ponto de vista financeiro os sócios da concessionária já tenham obtido retorno financeiro adequado em relação ao capital investido.

Talvez o exemplo mais emblemático do uso do critério patrimonial tenha ocorrido no setor elétrico, quando a Lei nº 12.783/13 estabeleceu o valor novo de reposição para fins de indenização das concessionárias geradoras de energia, o que foi objeto de várias discussões judiciais.

4. PREVISÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

O contrato de concessão da malha rodoviária do Centro-Oeste Paulista (Florínea – Igarapava), estruturado pelo Estado de São Paulo com o apoio da IFC – *International Finance Corporation*, membro do Grupo Banco Mundial, buscou estabelecer maior segurança jurídica e econômica nas hipóteses de extinção antecipada.

Foi com base nas críticas estabelecidas aos diversos critérios de indenização que se tentou estabelecer uma modelagem contratual que permitiria melhor previsibilidade do resultado financeiro em caso de extinção antecipada, diminuindo o prêmio de risco embutido no modelo econômico-financeiro.

É saudável esclarecer que o modelo criado está longe de ser um modelo perfeito ou que poderá ser replicado em qualquer concessão e garantir a indenização mais justa em qualquer hipótese de extinção. Pelo contrário, sabe-se, previamente, que a depender do momento ou da forma como o contrato será executado, sem olvidar de possíveis e inimagináveis possibilidades que a criatividade humana e a realidade poderão impor à aplicação do modelo contratual, uma parte ou outra poderá ter algum benefício não desejado.

No entanto, a premissa principal para elaboração do modelo foi a definição mais clara, ou com menos variáveis, do valor a ser indenizado, especialmente considerando que a insegurança poderia gerar a exigência de maior prêmio de risco pelos interessados. Ademais, é desejável que a diminuição das variáveis passíveis de discussão, seja no campo administrativo ou no judicial, diminua o tempo de resolução de eventuais conflitos e reduza significativamente a existência de provisões, ativos e passivos contingentes no patrimônio das partes.

Vale ressaltar que a definição mais clara dos valores a serem indenizados não favorece o Estado apenas no início da concessão, com a possibilidade em tese de maiores valores de outorga por conta da diminuição do prêmio de risco. Isso também auxilia no efetivo equilíbrio projetado das receitas e despesas do Estado, pedra fundamental da responsabilidade fiscal, que busca por meio da ação planejada e transparente, a prevenção de riscos e desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, tal como previsto no § 1º do artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além disso, antes da análise pormenorizada da previsão contratual, importante indicar que os critérios utilizados para indenização partem dos valores registrados na contabilidade da concessionária (critério contábil) e fazem ajustes metodológicos a partir das críticas apresentadas ao modelo, como a elaboração unilateral das demonstrações financeiras, a falta de atualização monetária e de capitalização, e qual será o dado utilizado para os cálculos (o projetado ou o real).

Feitos esses esclarecimentos, passaremos a analisar as principais hipóteses previstas no contrato⁴.

4 Contrato disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovia-interna.aspx?id=4>>. Acesso em 18/04/2019.

5. ENCAMPAÇÃO

De forma bastante simplificada, a encampação é 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, conforme artigo 37 da Lei nº 8.987/95.

Considerando que a intenção de extinguir o contrato nessa hipótese parte do Poder Público e não há, isoladamente, qualquer descumprimento contratual por parte da concessionária, a cláusula 42.2 do contrato de concessão previu que a indenização deverá cobrir: (i) as parcelas dos investimentos realizados e vinculados a bens reversíveis, que tenham sido realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, e as parcelas da outorga fixa efetivamente pagas, em ambas as hipóteses não depreciadas ou amortizadas; (ii) todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, em decorrência do rompimento dos vínculos contratuais, devendo tais valores serem compatíveis ao praticado no mercado; e (iii) os lucros cessantes.

Analisaremos a seguir exclusivamente o racional nas opções relacionadas à mensuração dos bens reversíveis e dos lucros cessantes, considerando que o item “ii” acima é usual entre os operadores do direito e gestores em geral, e decorrente da culpa de uma das partes pelo término contratual (sem olvidar da importância de haver previsão expressa no contrato).

5.1. Bens reversíveis

Como dito acima, a definição de bens reversíveis não é das tarefas mais simples. Assim, para maior clareza do que seria considerado bem reversível para fins de indenização, utilizou-se o *ativo intangível* registrado nos termos dos pronunciamentos e demais documentos técnicos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, em especial o ICPC-01.

O ativo intangível é o elemento do ativo patrimonial registrado no balanço da concessionária que representa o direito de exploração da receita de pedágio em contrapartida à execução de determinados investimentos na malha rodoviária ou gastos necessários para obtenção do direito (como a outorga).

Em linhas gerais, o ativo intangível será registrado no balanço das concessionárias nas concessões comuns e nas concessões patrocinadas, conforme será detalhado a seguir.

Vale lembrar que, antes da internalização das regras internacionais de contabilidade, introduzida pela Lei nº 11.638/07, as concessionárias de serviço público, ao construírem ou ampliarem determinada infraestrutura, em regra, reconheciam esse bem como um ativo *imobilizado* em seu balanço patrimonial.

A partir das novas regras de contabilidade, que têm como premissa que as demonstrações contábeis devem preservar a essência em detrimento da sua forma na avaliação dos elementos patrimoniais, as concessionárias passaram a reconhecer em seu balanço, em troca dos investimentos e gestão do patrimônio público, um direito, que poderá ser (i) um *ativo intangível*⁵, ou seja, um direito de exploração do serviço, com a cobrança do usuário pelo uso da infraestrutura, como ocorre nas concessões comuns, uma vez que não se sabe exatamente qual será o valor obtido por meio da receita de pedágio, ou (ii) um *ativo financeiro*⁶, ou seja, o direito ao recebimento de valores preestabelecidos no contrato por meio de aportes e contraprestações, como ocorre numa concessão administrativa. Na concessão patrocinada, parte será um ativo financeiro e parte será um ativo intangível.

Nessa nova sistemática, quem reconhecerá um *ativo imobilizado* em seu balanço patrimonial será o Poder Concedente, que é o verdadeiro proprietário da infraestrutura construída, em contrapartida ao reconhecimento de uma dívida (contraprestação ou aporte que será

5 De acordo com o Item 17 do ICPC 01 (R1). “O concessionário deve reconhecer um ativo intangível à medida em que recebe o direito (autorização) de cobrar os usuários dos serviços públicos. Esse direito não constitui direito incondicional de receber caixa porque os valores são condicionados à utilização do serviço pelo público.”

6 Conforme Item 16 do ICPC 01 (R1): “O concessionário deve reconhecer um ativo financeiro à medida em que tem o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do concedente pelos serviços de construção; o concedente tem pouca ou nenhuma opção para evitar o pagamento, normalmente porque o contrato é executável por lei. O concessionário tem o direito incondicional de receber caixa se o concedente garantir em contrato o pagamento (a) de valores preestabelecidos ou determináveis ou (b) insuficiência, se houver, dos valores recebidos dos usuários dos serviços públicos com relação aos valores preestabelecidos ou determináveis, mesmo se o pagamento estiver condicionado à garantia pelo concessionário de que a infraestrutura atende a requisitos específicos de qualidade ou eficiência.”

pago parceladamente à concessionária) ou uma receita diferida (pela transferência do direito de exploração das receitas ao parceiro privado) em seu passivo⁷.

Feito esse breve esclarecimento, o ICPC-01 determina que será reconhecido como ativo intangível da concessionária: (i) a construção ou melhoria da infraestrutura, mais uma margem de lucro esperada; (ii) o custo do empréstimo incorrido pela concessionária, necessário para aquisição do ativo, capitalizados durante a fase de construção; (iii) outros custos e despesas necessários à aquisição do direito de exploração.

Presume-se, dessa forma, que serão considerados como ativo intangível apenas aqueles bens relacionados à construção ou ampliação da infraestrutura relacionada à concessão. Além disso, integrará o ativo intangível o custo do empréstimo necessário para aquisição do ativo, capitalizados durante a fase de construção, e demais custos e despesas diretamente relacionados com a aquisição do direito.

As principais dúvidas na interpretação da norma contábil estão exatamente nos demais custos e despesas diretamente relacionados à obtenção do direito de exploração do serviço. Assim, o contrato buscou identificar quais custos e despesas poderiam ser registrados no ativo intangível e a eles deu tratamento específico, de forma a diminuir a margem de interpretação.

Por conta da divergência sobre o reconhecimento da *outorga* como parte do ativo intangível⁸, o contrato deixou claro que os valores *efetivamente pagos* a título de outorga fixa também serão considerados no momento da indenização. Isso decorre do fato de que a concessionária paga a outorga para explorar o ativo durante todo o prazo da concessão. Assim, caso ocorra a retomada da concessão, a devolução do valor

7 Embora até a 8ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público a Secretaria do Tesouro Nacional, valendo-se de sua competência prevista no § 2º do artigo 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não tenha definido a forma de contabilização das *concessões comuns* no patrimônio dos entes federativos, analisando a Norma Brasileira de Contabilidade (NBC TSP) 05 – Acordos de Concessões de Serviços Públicos: Concedente e a *International Public Sector Accounting Standards* (IPSAS) 32 – *Service Concession Arrangements: Grantor to International Public Sector Accounting Standards Board* (IPSASB) entende-se que a contabilização do passivo será realizada na forma indicada, como receita diferida.

8 Ver Orientação OCPC 05 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

pago pelo direito de exploração por todo período contratual seria devolvido proporcionalmente.

Ressalta-se o termo *efetivamente pago*, pois poderia ocorrer o reconhecimento dos valores devidos na sua integralidade, por conta do regime da competência, no ativo intangível, em razão da natureza econômica da outorga, mas sem o efetivo desembolso. Assim, havendo dúvida como seria interpretada a outorga fixa e sua escrituração, preferiu-se deixar claro como seria o tratamento. Aliás, o fato de isso estar previsto em contrato, facilita o reconhecimento do ativo por parte da concessionária.

Por essa mesma razão, foram excluídos os valores eventualmente contabilizados a título de *outorga variável*, uma vez que são pagos no decorrer da execução do contrato.

A *amortização* do ativo intangível, conforme Item 42 do OCPC 05, deverá ocorrer de acordo com a curva de demanda, ou seja, de acordo com o padrão de consumo do benefício econômico por ele gerado ou de forma linear. Visando a evitar qualquer discussão sobre esse ponto, o contrato previu que a amortização para fins de indenização deverá ser feito pelo método linear (amortização constante), o que significa amortizar o ativo intangível pela divisão simples do seu saldo, considerando o número de anos de exploração da concessão após a entrada em operação do ativo.

Optou-se pela exclusão, para fins de indenização do ativo intangível, dos valores contabilizados a título de *juros* durante o período de construção, uma vez que se trata de variável que dependeria do perfil da concessionária, sem contar as eventuais dificuldades para sua mensuração⁹.

Outra exclusão se refere à *margem de lucro* que poderia ser contabilizada no ativo intangível, que nada mais é do que o lucro esperado pela concessionária em decorrência da prestação do serviço necessário à obtenção do direito de exploração. Por se referir a valor que deve ser apurado unilateralmente pela concessionária e com certa discricionariedade, também foram excluídos.

Por outro lado, ainda que com naturezas distintas, há certa compensação financeira da exclusão desses juros e margem de lucro pelo

⁹ Para aprofundamento, ver CPC 20 (R1) – Custos de Empréstimos.

reconhecimento de lucros cessantes devidos à concessionária¹⁰ e pela atualização do ativo intangível pelo IPCA do momento do registro até o efetivo pagamento da indenização¹¹.

Há limitação do valor reconhecido pela concessionária como ativo intangível ao Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica – EVTE, realizado para subsidiar a fase interna da licitação da concessão, ou ao valor aprovado pela ARTESP, quando não houver previsão no estudo inicial. Tal limitação serve como trava nos custos de aquisição do ativo, tendo como foco principal a eventual contratação de parte relacionada para execução da infraestrutura contratada, que, a depender da estrutura subjetiva da concessionária, poderia gerar alguma distorção nesse custo para obtenção de benefícios (regulares ou não).

Foram excluídos da mensuração do ativo intangível para fins de indenização, ainda, as *despesas pré-operacionais*, que também possuem alguma margem de interpretação e poderiam incluir despesas não relacionadas diretamente ao estabelecimento da infraestrutura, e o *goodwill*, que se refere ao ágio por expectativa de rentabilidade futura, também por conta de sua subjetividade e considerando que ao menos parte desse valor já está compensado pelo valor pago na outorga fixa.

5.2. Lucros cessantes

O contrato ora analisado inovou ao prever expressamente o pagamento de lucros cessantes em determinadas situações. Sua fórmula¹², no caso da encampação, foi elaborada para remunerar o capital investido pela concessionária no ativo intangível entre o pagamento da indenização

10 O que, apesar de encontrar respaldo em doutrina e julgados, poderia ser excluído por interpretação literal do artigo 36 da Lei nº 8.987/95, gerando mais incertezas na elaboração do plano de negócios e estabelecimento do prêmio de risco.

11 Atualização monetária que não é permitida pelas regras contábeis.

12 $LC = A \times [(1 + \text{NTNB}')^n - 1]$. Onde: LC = lucros cessantes; A = Ativo intangível ajustado; NTNB' = taxa de juros real da venda das Notas do Tesouro Nacional – Série B (NTN-B), *ex-ante* a dedução do imposto de renda, com vencimento compatível com o término do contrato, caso não houvesse a extinção antecipada, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, considerando a média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data de pagamento da indenização; n = período restante entre a data de pagamento da indenização e o advento do termo contratual, caso não houvesse a extinção antecipada do Contrato, na mesma base da NTNB'.

zação e a data do término do contrato, caso não houvesse a extinção antecipada, por meio da capitalização por juros compostos, utilizando como taxa os 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 o término do contrato, caso não houvesse a extinção antecipada, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, considerando a média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data de pagamento da indenização.

Os lucros cessantes pretendem remunerar o que o investidor razoavelmente deixou de lucrar, em decorrência de um cenário no qual não teve culpa pela extinção contratual.

Com relação à aplicação do conceito de *custo de oportunidade* no momento de efetivação de um investimento, e como isso foi traduzido para cláusula, cabem algumas observações.

Ao realizar um investimento, o detentor do capital utiliza como parâmetro um investimento, em tese, livre de risco. Assim, no momento do investimento, para que um negócio seja atrativo, seu retorno (juros) deve ser maior do que em investimentos livres de risco de prazo similar.

Embora num mercado globalizado a principal referência de investimento livre de risco sejam os títulos do Tesouro dos Estados Unidos da América, no âmbito brasileiro, o parâmetro considerado são os títulos do Tesouro emitido pela União.

Para investimentos de longo prazo, os títulos que servem de parâmetro para investimentos no mercado brasileiro são as Notas do Tesouro Nacional – série B (NTN-B), que são títulos que mesclam uma taxa de juros prefixada com a reposição da inflação pelo IPCA, sendo esta a parte pós-fixada do título. Ou seja, ao mesmo tempo em que preservam o poder de compra por meio da correção pela inflação, estabelecem uma taxa de juros real.

Além disso, é importante frisar que as NTN-B's são títulos que capturam as mudanças macroeconômicas e políticas ocorridas no Brasil. Quanto maiores forem as incertezas, maiores serão os juros desses títulos e vice-versa. Por exemplo, em momentos de incertezas como um possível *impeachment*, meses que antecedem eleições presidenciais, descontrolado inflacionário, divulgação de informações sobre investigações

criminais envolvendo autoridades, os juros, em regra, sobem. Por outro lado, quando há mais visibilidade sobre a política econômica, estabilidade política, controle fiscal, as taxas de juros, em regra, caem.

Por isso, entendeu-se que a NTN-B seria o parâmetro ideal para indicar a rentabilidade que o particular teria no momento da indenização. Obviamente que ninguém investe em concessões rodoviárias esperando um rendimento similar àquele livre de risco, mas como se demonstrará adiante, a utilização desse parâmetro varia de acordo com o grau de culpa das partes.

A previsão relativa à utilização da “média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data de pagamento da indenização” se deve ao fato de que os juros reais previstos nos títulos podem ter variações abruptas que não necessariamente representam o momento macroeconômico e político do Brasil, como ocorreu no evento conhecido como “Joesley Day”.

Na hipótese em que há motivo de interesse público devidamente reconhecido pelo legislativo (encampação), ponderou-se que o mais justo seria a remuneração utilizando-se como critério um investimento livre de risco com prazo compatível com o prazo final do contrato, caso não houvesse a extinção antecipada.

6. CADUCIDADE

A caducidade é retomada do contrato de concessão pelo Poder Público por inexecução total ou parcial do contrato pela concessionária, conforme artigo 38 da Lei nº 8.987/95.

Considerando que a culpa pela extinção do contrato, nessa hipótese, ocorre por culpa do parceiro privado, a indenização devida pelo Estado considerará apenas os investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados, utilizando a mesma lógica do conceito de ativo intangível ajustado, descontando-se, ainda, multas contratuais, danos causados ao Estado e a parcela em aberto de financiamentos relativos a investimentos em bens reversíveis, que serão pagos pelo Poder Concedente diretamente ao financiador.

No caso de caducidade não são devidos lucros cessantes.

7. RESCISÃO

O contrato previa duas hipóteses de rescisão: (i) por descumprimento do contrato pelo Poder Concedente, de acordo com o artigo 39 da Lei nº 8.987/95, que receberá tratamento similar ao da indenização por encampação, e (ii) amigável, que decorre de três eventos previstos no contrato e que serão analisados a seguir.

O primeiro é o atraso ou inviabilidade da entrega do sistema remanescente. Nesse caso utilizou-se o mesmo critério da encampação, mas os lucros cessantes serão calculados considerando a taxa da NTN-B compatível com a data do termo contratual com sobretaxa de 148,32%, computando como período de capitalização o espaço de tempo entre o reconhecimento do ativo e o pagamento da indenização.

Cabe esclarecer que a entrega do sistema remanescente pelo Poder Concedente representava receita relevante para o projeto e sua não disponibilização inviabilizaria o modelo econômico da concessão. Assim, considerando que haveria culpa do Estado nessa hipótese, entendeu-se que a indisponibilidade do capital investido deveria ser remunerada com sobretaxa, mas apenas durante o período em que estivesse indisponível e não pelo período integral do contrato.

A segunda previsão referiu-se à inviabilidade de contratação do empréstimo de longo prazo pela concessionária, que, por implicar descumprimento de obrigação assumida pela concessionária, teria a indenização dos bens reversíveis com o mesmo critério da caducidade.

A terceira e última hipótese de rescisão amigável é relativa a situações de caso fortuito ou força maior que comprometa de forma irreversível a exploração da Concessão. Como se presume que não houve culpa das partes, entendeu-se como justa a utilização do mesmo critério da encampação, mas os lucros cessantes têm como período de capitalização o momento entre o reconhecimento do ativo e o pagamento da indenização.

8. ANULAÇÃO

A anulação decorre da ilegalidade no procedimento licitatório ou de cláusula essencial do contrato. Nessa hipótese, caso a concessionária não tenha concorrido para o ato que gerou a nulidade, será realizado o

ressarcimento dos investimentos em bens reversíveis não amortizados, sem previsão de lucros cessantes.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo apresentou de forma concisa e objetiva os critérios para indenizações de bens reversíveis previstos nos contratos mais recentes das concessões rodoviárias paulistas. Como visto, a lógica contratual pautou-se na ocorrência de descumprimento de obrigações pelas partes, implicando culpa destas em relação a eventos que podem ocorrer no momento da execução contratual.

Os critérios adotados representam a avaliação das hipóteses, considerando o momento em que foram formulados e as possibilidades cogitadas, o que não impede a ocorrência de futuros acontecimentos que distorçam a lógica utilizada, o que, aliás, muito provavelmente ocorrerá, como é próprio dos contratos de longo prazo. Em ocorrendo, tais eventos deverão ter um oportuno tratamento utilizando-se as mesmas premissas aqui expostas.

Além disso, é indispensável destacar que nenhum critério, em especial considerado isoladamente, atenderá as expectativas das partes em todos os cenários. No entanto, optou-se por adotar um modelo que pudesse detalhar as hipóteses desde logo vislumbradas e oferecer contratualmente o detalhamento dos critérios a serem utilizados, afastando incertezas e discussões futuras, e reduzindo o potencial de litigiosidade, seja perante o Poder Judiciário ou Tribunais Arbitrais.

Por fim, espera-se que a lógica utilizada nos contratos paulistas seja testada e aperfeiçoada, contribuindo para o desenvolvimento da infraestrutura no Brasil, dando segurança não apenas aos investidores como também ao Estado.

10. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. SECRETARIA DO TESOUREO NACIONAL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 8. ed. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/695350/CPU_MCASP+8%C2%AA%20ed+-+publica%C3%A7%C3%A3o_com+capa_3vs_Errata1/6bb7de01-39b4-4e79-b909-6b7a8197afc9>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Interpretação Técnica ICPC 01 (R1)*. Brasília, 2011.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Orientação OCPC 05*. Brasília, 2010.

PRADO, Lucas Navarro. *Extinção de Contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95*. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. *Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

ESTABILIZAÇÃO DE COMPROMISSOS INTERGOVERNAMENTAIS EM PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Rafael Carvalho de Fassio¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Compromissos intergovernamentais, custos de transação e completude contratual ótima; 3. Os convênios, os consórcios e o vazio entre os dois extremos; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Como vincular compromissos, assumidos por outros entes federados, que sejam essenciais para a viabilidade de projetos de infraestrutura? O presente trabalho pretende discutir a efetividade de algumas alternativas a cargo do Poder Público para a estabilização de compromissos intergovernamentais necessários à implantação de projetos de concessões simples, regidas pela Lei nº 8.987/1995, e de parcerias público-privadas, nos termos da Lei nº 11.079/2004, à luz da experiência já decenária da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo na modelagem desses ajustes.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

No primeiro item, apresento o que amplamente denomino, neste estudo, de *compromisso intergovernamental* e situo como a economia dos custos de transação e o conhecido *trade off* envolvendo a busca pelo grau ótimo de completude contratual igualmente encontram aplicabilidade nos ajustes cooperativos celebrados pelo setor público, sendo tarefa do Direito – e, em especial, do Direito Administrativo – internalizar os custos decorrentes de eventual descumprimento do pactuado.

O segundo item discute as duas principais alternativas disponíveis na legislação brasileira para estabilização desses compromissos intergovernamentais: os *convênios*, marcados pela precariedade ínsita ao seu regime jurídico extremamente flexível; e, no outro extremo, os *consórcios públicos*, para os quais a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, previu procedimento bastante complexo para a sua formação. Abordo, igualmente, as limitações da assinatura do ente federado como interveniente no contrato de concessão e os descompassos experimentados quando o consórcio público figura como contratante de concessões e parcerias público-privadas, evidenciados sobretudo pela negociação do contrato de rateio.

A distância entre esses dois extremos é abordada no item final deste estudo, no qual reúno as minhas conclusões sobre as dificuldades de empregar convênios e consórcios com a finalidade de estabilizar compromissos intergovernamentais assumidos no contexto de projetos de infraestrutura.

2. COMPROMISSOS INTERGOVERNAMENTAIS, CUSTOS DE TRANSAÇÃO E COMPLETUDE CONTRATUAL ÓTIMA

A longevidade dos contratos de concessão – que ilustra, inclusive, a difícil tarefa de buscar um grau ótimo de completude contratual na pactuação da relação jurídica entre poder concedente e concessionário² – contrasta fortemente com a alternância política no governo dos entes federados, expondo os parceiros públicos e privados da avença aos riscos do comportamento oportunista (*moral hazard*) dado pelo possível

2 É o que advoga a abordagem institucionalista, na correta síntese de Pablo T. Spiller: “(...) contracts are always incomplete, and that, to a large extent, the degree of incompleteness is chosen by the parties”. SPILLER, Pablo T. “An institutional theory of public contracts: regulatory implications”. In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (ed.). *Regulation, De-regulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66, cit. à p. 2.

desalinhamento político-partidário entre as esferas federal, estadual e municipal de governo³.

O compromisso de ceder um imóvel municipal para a implantação de um projeto de titularidade estadual, por exemplo, reúne potencial para gerar um significativo pleito de reequilíbrio econômico-financeiro que, na presença de incentivos fracos para cumprir o acordado entre os entes públicos, pode dar causa a uma recusa puramente potestativa, motivada pelo oportunismo político da *Realpolitik* à brasileira. É com essa preocupação em mente que os projetos de infraestrutura têm buscado, ainda nas fases iniciais de sua modelagem, formas de estabilização desses compromissos intergovernamentais, a fim de mitigar esses riscos e internalizar, em cada parte ou partícipe, os custos sociais, políticos e econômicos decorrentes da sua não cooperação.

Para os fins deste estudo, entendo esses *compromissos intergovernamentais* de forma propositadamente ampla, abrangendo quaisquer pactos e acordos entre entes federados distintos capazes de veicular um conjunto de obrigações que possam vir a ser necessárias à implantação de projetos de concessão comum, administrativa e patrocinada, tais como emitir licenças, alvarás e autorizações, ou mesmo realizar cessões e permissões de uso de bens imóveis, entre outros.

Não ignoro a possibilidade de que alguns compromissos intergovernamentais possam ser estabilizados sem recurso ao Direito, lastreados unicamente em argumentos morais⁴ ou políticos⁵. Entretanto, a curta duração dos mandatos dos cargos do Poder Executivo (quatro anos, com possibilidade de reeleição)⁶, associada às incertezas próprias do cenário político-partidário, torna extremamente arriscada a não formalização jurídica de obrigações entre os entes federados diante de contratos que

3 A alternância política é salutar ao processo democrático. O foco deste artigo cinge-se a discutir formas de mitigação do risco de comportamento oportunista que possa, eventualmente, decorrer dessa circunstância para não prejudicar as etapas de modelagem, implantação e operação de projetos de longo prazo.

4 Manter a “palavra” para honrar um compromisso assumido, por exemplo.

5 Compromissos firmados entre governantes de um mesmo partido ou entre atores politicamente alinhados.

6 Na Constituição da República, observando o paralelismo entre os entes federados na organização do Poder Executivo, o mandato de 4 (quatro) anos encontra-se previsto no art. 28, para governadores; no artigo 29, inciso I, para os prefeitos; e no artigo 82, para o Presidente da República.

podem ter vigência de até 35 (trinta e cinco) anos⁷. É por esse motivo que abordarei, neste trabalho, apenas a hipótese em que esse processo de estabilização passa pelas lentes do Direito Administrativo.

O processo de estabilização de compromissos intergovernamentais não é imune aos efeitos dos custos de transação *ex ante* e *ex post* associados à negociação, execução e monitoramento desses ajustes público-públicos. O estudo dos custos de transação na economia iniciou-se a partir do trabalho seminal “*The nature of the firm*”, de Ronald H. Coase, publicado em 1937⁸. Mas a teoria, segundo Úrsula Dias Peres, também pode ser aplicada ao setor público, com algumas adaptações⁹. As falhas de mercado, tais como a assimetria de informações e a presença de externalidades positivas e negativas, acentuam os custos de transação intrínsecos às relações entre os agentes econômicos, que são pautadas por dois pressupostos básicos: racionalidade limitada e o oportunismo¹⁰. Para Oliver E. Williamson, os custos de transação podem ser atenuados por meio de estruturas de governança, ou seja, arranjos de coordenação entre agentes econômicos voltados à obtenção de maior eficiência¹¹. Nesse sentido, contratualizar a relação entre dois entes públicos como forma de estabilizar juridicamente os compromissos intergovernamentais assumidos durante a modelagem de projetos de infraestrutura não deixa de ser uma forma de reduzir os custos de transação próprios do setor público, atenuando os riscos da ocorrência de comportamento oportunista ao longo das etapas de implantação e operação da concessão.

7 Artigo 5º, inciso I, da Lei federal nº 11.079/2004.

8 COASE, Ronald H. “The nature of the firm”. *Economica*. New Series, Vol. 4, Issue 16, nov./1937, pp. 386-405. Veja também, do mesmo autor: “The problem of social cost”. *The Journal of Political Economy*. Chicago. University of Chicago, Vol. 3, out./1960, pp. 1-44.

9 PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9 n. 24, p. 15-30, maio/ago. 2007.

10 “Na seara da economia dos custos de transação, duas considerações devem ser feitas: a racionalidade e o oportunismo. Pela primeira premissa, a racionalidade é limitada, ou seja, os agentes possuem capacidade cognitiva restrita e não podem processar todas as informações percebidas. Já o oportunismo significa que cada parte, agindo por conta dos seus próprios interesses, utilizam de artifícios (até mesmo ilegais) para tentar extrair uma quasi renda da outra parte, lançando mão, entre outras coisas, das suas vantagens informacionais”. NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019, pp. 4-5.

11 WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985, p. 388.

Marcos Nóbrega lembra que os custos associados à obtenção de um contrato completo, somados a assimetrias informacionais e a falhas de supervisão e monitoramento do ajuste, podem justificar a opção pela pactuação de um contrato sabidamente incompleto. Haveria, assim, um “(...) grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo” em meio a um *trade off* entre completude contratual, de um lado, e os custos relacionados ao desenho e à modelagem do contrato, voltados a estabelecer *ex ante* todos os riscos, contingências e particularidades que poderão afetar o contrato durante sua execução, de outro. Quanto mais complexo o objeto contratual, maiores serão os custos associados à sua modelagem, afetando, também o seu grau de (in)completude e a possibilidade de ocorrência de custos de transação *ex post* ligados à renegociação e à adaptação contratual. Nóbrega chega à conclusão de que os contratos ditos *relacionais*, ou seja, ajustes incompletos sujeitos à renegociação permanente de seus termos entre as partes, resultam não ao ótimo de Pareto (“*first best solution*”), mas apenas na melhor solução subótima possível (“*second best solution*”)¹².

A teoria dos custos de transação e a decisão das partes em torno do grau de completude contratual ótimo também estão presentes na pactuação de ajustes entre os entes federados, expondo fragilidades, custos e incertezas que devem ser internalizadas mediante a celebração de negócios jurídicos regidos pelo Direito Administrativo, os quais discutiremos a seguir.

3. OS CONVÊNIOS, OS CONSÓRCIOS E O VAZIO ENTRE OS DOIS EXTREMOS

Abordarei neste estudo as duas hipóteses em que a formalização de compromissos intergovernamentais associados a projetos de infraestrutura assume maior importância prática:

1. Quando os entes federados são titulares do serviço público a ser concedido e se associam para exercer, em conjunto ou mediante a constituição de um *consórcio público*, a função e as atribuições de poder concedente;

12 NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019, pp. 2-7.

2. Quando a competência para prestação do serviço é de um ente, mas por razões técnicas, econômicas ou jurídicas, seja necessária a obtenção de um compromisso, anuência, não objeção ou mesmo a assunção de obrigações específicas por parte de outros¹³, o que é feito mediante a celebração de *convênio* entre os entes federados¹⁴.

A primeira hipótese corresponde, propriamente, à gestão associada de serviços públicos introduzida no artigo 241 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, no contexto da *reforma administrativa gerencial* conduzida pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, sob o Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira¹⁵. A reforma administrativa, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, marca a transição da imperatividade à consensualidade; da intangibilidade do mérito do ato administrativo à submissão de todos os atos estatais ao controle jurisdicional; e de uma visão de discricionariedade absoluta e inquestionável ao reconhecimento de que mesmo o ato discricionário deve atender à razoabilidade¹⁶. Trata-se, na visão de Alice Gonzalez Borges, de marco para o avanço da consensualidade na Administração Pública, ao cogitar-se

13 Conceder, por lei, isenção ou redução de alíquota de tributos, anuir com condições de contratação de financiamentos ou disponibilizar imóveis mediante doação, cessão ou permissão de uso etc.

14 Tomo o conceito de convênio vigente no Estado de São Paulo, em que a *norma geral* do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 é regulamentada pelo Decreto estadual nº 59.215/2013, que rege indistintamente ajustes *com* e *sem* repasse de recursos. Na União, em que vige o Decreto federal nº 6.170/2007, o conceito de convênio necessariamente envolve o repasse de recursos, havendo instrumentos com outros *nomen iuris* para disciplinar os ajustes públicos-públicos que não envolvam transferências voluntárias.

15 O Plano Diretor da Reforma dividiu o aparelho do Estado em quatro setores: o *núcleo estratégico*, formado pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, e pelo Ministério Público, todos incumbidos da formulação das políticas públicas; as *atividades exclusivas*, setor formado por atividades que somente o Estado pode realizar, tais como fiscalização, controle e regulamentação, e composto principalmente por agências reguladoras e executivas; *serviços não exclusivos*, onde o Estado deve atuar fomentando as organizações do terceiro setor, sem fins lucrativos, para agir na chamada “esfera pública não estatal”; e a *produção de bens e serviços para o mercado*, que corresponde ao setor empresarial do Estado, nos setores produtivo (sobretudo infraestrutura) ou do mercado financeiro. BRASIL. Ministério da Administração federal e da Reforma do Estado (MARE). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov./1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/ Documents/ MARE/PlanoDiretor/ plano_diretor.pdf>. Acesso em 30/08/2019.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração pública gerencial”. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998, p. 43.

(...) até mesmo de uma estreita cooperação entre as próprias pessoas de direito público de diferentes esferas, dentro do moderno fenômeno da utilização da técnica contratual para a gestão interna dos serviços públicos, a que se chama, na doutrina, de ‘era da contratualização na Administração Pública’¹⁷.

A inclusão do consórcio público e do convênio de cooperação no texto constitucional em meio à reforma administrativa de 1998 bem ilustra essa nova fase de *administração concertada*, marcada pela celebração de ajustes cooperativos entre entes federados, no âmbito da gestão associada de serviços públicos¹⁸. Muito embora a nova redação do artigo 241 da Lei Maior tenha determinado ao legislador infraconstitucional que regulasse as duas figuras mencionadas em seu enunciado, note que a legislação sobre o tema somente veio a ser aprovada sete anos mais tarde, em 2005, sendo regulamentada pela União apenas em 2007, após quase mais dois anos de espera.

Um intervalo de pouco menos de quatro meses separa a publicação da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os contratos de parceria público-privada (“LPPP”), da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, a qual estabeleceu normas gerais para a contratação de consórcios públicos (“LCP”). Contudo, apesar da proximidade temporal entre os diplomas e a notável proximidade de objetos¹⁹, o legislador não articulou bem as PPPs com os consórcios públicos: as leis sequer se

17 BORGES, Alice Gonzalez. “Consórcios Públicos – problemática de sua institucionalização”. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio/2010, p. 458.

18 Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama a atenção para o caráter *cooperativo* dos ajustes celebrados entre entes estatais e o caráter *colaborativo* daqueles celebrados entre o Poder Público e particulares: “(...) ao lado dos contratos, foram as formas de acordos não contratuais, denominadas mais apropriadamente de atos complexos pelos doutrinadores alemães e italianos, que se desenvolveram extraordinariamente, acrescentando às formas já tradicionais e mais conhecidas do convênio e do consórcio, novas e engenhosas modalidades de conjugação e de coordenação de esforços, tanto postos em cooperação – as pactuadas entre pessoas estatais, como as referidas modalidades – como em colaboração – aquelas pactuadas com pessoas privadas – como são, por exemplo, entre outros, os acordos de programa, os (impropriamente denominados) contratos de gestão, os acordos substitutivos e as modalidades de parcerias público-privadas, que são as mais recentes e adequadas à realização de serviços públicos em que grandes aportes de capitais e de tecnologia demandam, consequentemente, formas mais atrativas e seguras para os investidores nacionais e estrangeiros”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Mutações nos serviços públicos” In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 211-236.

19 Ambos envolvendo, em última análise, diferentes *formas* de contratação de serviços públicos pelo Estado.

mencionam, tampouco cogitam de um regramento específico para a contratação de concessões simples, administrativas e patrocinadas por consórcios, no bojo da gestão associada de serviços públicos, por exemplo.

Muito embora a LCP seja cronologicamente posterior, o projeto de lei que deu origem ao diploma foi apresentado em junho de 1999, mais de quatro anos antes da proposta que, ao final do processo legislativo, gerou a LPPP²⁰ – que, por constituir uma prioridade governamental à época, teve uma tramitação razoavelmente célere no Congresso Nacional. Esse descompasso, até hoje não reconciliado pelo legislador, prejudica a conjugação dos institutos e gera dúvidas na aplicação combinada da LPPP com a LCP. É o caso, por exemplo, do Consórcio de Transporte Grande Recife, criado em 2008, que constitui uma das primeiras experiências de gestão consorciada dos serviços públicos de transporte de passageiros no Brasil²¹.

A LCP trouxe uma mudança significativa em relação ao conceito de consórcio público que era, até então, tradicional no Direito Administrativo brasileiro. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, caracterizava os consórcios como “(...) acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”²². Na mesma trilha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarecia que:

(...) antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios²³.

Os convênios administrativos e os consórcios públicos eram vistos como espécies de atos administrativos complexos, caracterizados pela

20 Respectivamente, o Projeto de Lei nº 1.071/1999 e o Projeto de Lei nº 2.546/2003.

21 O consórcio foi criado depois da extinção da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos (EMTU/Recife), após a adesão dos Municípios de Recife e Olinda para licitar e contratar, sob o regime de concessão comum, os serviços de transporte público de passageiros na Região Metropolitana de Recife.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 379.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 487.

busca de interesses comuns dos partícipes e pela reconhecida liberdade de ingresso e retirada.

Essa distinção basilar caiu por terra com a vigente redação do artigo 241 da Lei Maior e, sobretudo, após o advento do artigo 1º da LCP, que foi expresso ao admitir que entes federados de esferas distintas podem participar de consórcios públicos. Aos consórcios, vale ressaltar, foi simultaneamente conferida *personalidade jurídica* e natureza *contratual* (interesses contrapostos), distanciando-os ainda mais do campo dos ajustes cooperativos (interesses convergentes), em que se situa o convênio.

Embora ainda encontre eco em boa parte da jurisprudência administrativa²⁴, a distinção entre *interesses contrapostos* e *interesses convergentes* como critério para diferenciar contratos e convênios tem sido contestada por boa parte da doutrina, a qual reconhece em ambos uma mesma e única natureza *contratual*. É o que defendem, por exemplo, Odete Medauar²⁵ e Floriano Azevedo Marques Neto²⁶. Esse argumento parece ter sido reforçado com o advento da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, a qual subtraiu do campo material dos convênios – regidos, até então, unicamente pelo laconismo da aplicação “*no que couber*” das normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993²⁷ – as *parcerias* com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, inaugurando nova espécie dentro do gênero que congrega os chamados *ajustes colaborativos*²⁸.

24 É essa a posição predominante no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, por exemplo.

25 “(...) a dificuldade de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio, de outro, parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a *contratual*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 227-228.

26 “(...) esse afastamento do caráter *contratual* para os ajustes de vontade em que não estejam presentes a *bilateralidade* e o *antagonismo de vontades* tampouco se sustenta nos dias de hoje, sobretudo quando se multiplicam ajustes que, sem essas duas especificidades, são tratados como *contratos*”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./set., 2005, p. 14.

27 A *vis attractiva* da Lei de Licitações aos convênios encontra-se lastreada no *caput* do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993: “Art. 116. *Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração*”.

28 O artigo 84 da Lei federal nº 13.019/2014 é taxativo: “Art. 84. *Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*”

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.”

Nesse contexto, algumas das principais características dos convênios firmados entre entes públicos (tais como a possibilidade de denúncia a qualquer tempo, grau maior de mutabilidade do objeto e algumas restrições à exorbitância que é própria do regime dos contratos administrativos, por exemplo) parecem ser mais bem explicadas e compreendidas não pelo recurso à alegada “comunhão de esforços”, nem pela presença de “interesses convergentes” entre os partícipes, mas sim pelo fato de que União, Estados e Municípios são autônomos entre si²⁹ e, como tal, são todos simultaneamente destinatários do regime jurídico administrativo. Quando todos os partícipes possuem prerrogativas e sujeições, torna-se insubsistente reconhecer a *verticalidade* de um ente sobre outro³⁰.

Esses fatores são comumente invocados para reconhecer um regime jurídico relativamente *frouxo* aos convênios. Talvez seja esse o motivo pelo qual a LCP, buscando distanciar-se desse paradigma, deu aos consórcios públicos expressa natureza contratual. Com efeito, a possibilidade de denúncia a qualquer tempo confere caráter precário ao convênio e gera uma vinculação extremamente frágil entre os partícipes, a qual, analisada sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, se revela incapaz de internalizar os custos decorrentes da recusa ou mesmo de um eventual inadimplemento (“*risk of default*”) do compromisso intergovernamental assumido.

Quando o compromisso formalizado pelo convênio consiste em obter a anuência, ou mesmo assumir obrigações específicas perante o ente que figura como poder concedente, não é incomum que, como forma de driblar a precariedade própria do regime convenial, o partícipe seja instado também a assinar, na condição de *interveniente*, o contrato de concessão ou de parceria público-privada. O interveniente em um contrato não é parte, mas subscreve o instrumento como terceiro que é

29 É o teor do artigo 18 da Constituição da República: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

30 Vale destacar que isso não impede, sobretudo no âmbito das transferências voluntárias (art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal), que o ente repassador condicione o repasse de recursos à observância de algumas circunstâncias, tais como os parâmetros de preços de sistemas como SICRO e SINAPI ou mesmo a aprovação prévia de projetos básicos e editais de licitação pela área técnica do repassador. Isso, todavia, não permite reconhecer nenhuma verticalidade ou exorbitância ao regime dos convênios, mas, pelo contrário, reforça o caráter negocial dessas cláusulas, que figuram como verdadeiras condições à efetivação da transferência voluntária.

qualificado pelo próprio ajuste como juridicamente responsável pelo implemento de condições, entrega de bens, ou cumprimento de obrigações jurídicas específicas³¹.

Mas o papel do interveniente nem sempre fica claro nos contratos em que figura. Com efeito, a ausência de um regramento contratual das faculdades, direitos e obrigações atribuídas a esse terceiro frustra os objetivos principais de sua integração à relação jurídica entre concedente e concessionário, que é o de reforçar o liame original estabelecido entre entes públicos via convênio.

Por outro lado, a vinculação conferida à figura do consórcio público parece bastante robusta. Afinal, a celebração do contrato de consórcio exige prévia ratificação, por lei de cada ente consorciado, de protocolo de intenções contendo as cláusulas previstas no artigo 4º da LCP, adquirindo personalidade jurídica que pode ser de direito público (associação pública que “*integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados*”³²) ou privado (com atos constitutivos registrados em cartório, na forma da lei civil). Muito embora a LCP autorize a constituição do consórcio com personalidade jurídica de direito privado, o fato de ser sempre formado por pessoas jurídicas de direito público, com a finalidade de realizar a gestão associada de serviços públicos, confere-lhe um regime marcadamente publicista, o que lhe rendeu críticas procedentes por parte da doutrina³³.

Um levantamento recente da Confederação Nacional dos Municípios (“CNM”) revelou, em um universo composto por 5.568 municípios, a existência de apenas 491 consórcios públicos em todo o Brasil³⁴. Desse total, é significativo destacar que mais de 90% adotou a persona-

31 Podendo até mesmo vir a acionar garantias, por exemplo.

32 Artigo 6º, §1º, da Lei federal nº 11.107/2005.

33 “(...) *desperta estranheza a modelagem de pessoa jurídica de direito privado, pois o consórcio agrega pessoas jurídicas de direito público, reunidas para realizar fins de interesse comum. (...) Coerente seria enquadrar todos os consórcios na categoria das pessoas jurídicas de direito público. Ainda mais porque a própria lei não aceita a incidência só do direito privado sobre tal tipo, dada a obrigatoriedade de cumprimento de inúmeras normas de direito público, por comando do § 2º do art. 6º*”. MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/05*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

34 BRITO, Débora. *Brasil tem 491 consórcios públicos, mostra levantamento*. Agência Brasil. Brasília, 08/12/2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-12/brasil-tem-491-consorcios-publicos-mostra-levantamento>>. Acesso em 31/08/2019.

lidade jurídica de direito público e, segundo o levantamento da CNM, apenas 20 são voltados especificamente à contratação de infraestrutura.

A opção pela personalidade jurídica de direito público autoriza o recebimento de transferências voluntárias diretamente pelo consórcio³⁵, bem como o gozo da imunidade tributária recíproca e o exercício de poder de polícia. Recentemente, a reforma da LCP pelas Leis nº 13.821 e nº 13.822, ambas de 3 de maio de 2019, buscou atenuar esse cenário, permitindo também aos consórcios de direito público contratar pessoal pelas regras da CLT (artigo 6º, § 2º) e afirmando que as exigências legais de regularidade fiscal, tributária e previdenciária somente devem ser cobradas do consórcio em si, e não dos entes federativos que o integram (artigo 14, parágrafo único, da LCP). Na mesma linha, a Resolução do Senado Federal nº 41, de 21 de dezembro de 2001³⁶, foi alterada em julho de 2018 para permitir que os consórcios públicos possam obter recursos diretamente por meio da contratação de operações de crédito, desde que sejam oferecidas contragarantias conjuntamente pelos entes, de forma proporcional ao valor total da operação, e que os limites e condições para a realização de operações de crédito sejam atendidos individualmente pelo consorciado³⁷.

Os consórcios podem tanto executar os serviços públicos por conta própria – hipótese em que poderão ser contratados pela Administração, por dispensa de licitação, celebrando contrato de programa (art. 2º, §1º, inciso III, da LCP, c/c artigo 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666/1993) – como podem delegá-los a terceiros, por meio de concessão ou permissão, nos termos da opção realizada pelos entes federados já no protocolo de intenções (artigo 4º, inciso XI, da LCP).

Adotada a segunda opção, especial atenção deve ser dada à negociação do *contrato de rateio*, instrumento pelo qual os entes federados destinam recursos ao consórcio em cada exercício financeiro³⁸. Tanto o

35 Veja o artigo 2º, §1º, inciso I, da Lei federal nº 11.107/2005, e o artigo 39 do Decreto federal nº 6.017/2007.

36 A Resolução nº 41/2001 do Senado Federal dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências.

37 Confirmam-se, a respeito, os artigos 20-A a 20-C do ato normativo, os quais lhe foram acrescentados pela Resolução nº 15, de 4 de julho de 2018.

38 O Decreto federal nº 6.107/2007 determina a celebração obrigatória do contrato de rateio, previsto no artigo 8º da LCP, em cada exercício financeiro, permitindo, no entanto, que sua

consórcio quanto os entes consorciados, isoladamente ou em conjunto, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio. Por isso, caso um ente federado não destine dotações orçamentárias suficientes à integralização das despesas assumidas no contrato de rateio, a LCP autoriza, após prévia suspensão, que o consorciado seja excluído do próprio consórcio público.

Quando o consórcio for contratante de PPP, é o contrato de rateio que discriminará o *quantum* da contraprestação pecuniária que será suportado por cada um dos consorciados. A ausência de previsão de um mecanismo que evite disputas acerca da divisão de receitas a serem compartilhadas, ou dos custos a serem rateados, pode expor o privado a um grau de insegurança que pode aumentar custos ou até mesmo inviabilizar o projeto. Pense-se, por exemplo, em uma PPP contratada por um consórcio de municípios para a gestão associada de resíduos sólidos urbanos. Qual deve ser o critério de rateio aplicável aos membros do consórcio? Dividir as despesas igualmente ou proporcionalmente ao território de cada ente? Ou conjugar o critério do território com a densidade populacional? O ente que abriga um aterro, suportando uma externalidade negativa, pode ser compensado com uma quota inferior que seus pares? O ideal é que haja alguma relação próxima entre o parâmetro escolhido para rateio e a natureza dos serviços a serem prestados³⁹. Entretanto, o contraste entre a longevidade dos contratos de concessão e a periodicidade da negociação do contrato de rateio pode desafiar a pactuação de critérios estanques, fazendo com que o consórcio público – assim como a própria concessão – não permaneça insensível à adaptabilidade e à mutabilidade das situações fáticas no contexto de contratos relacionais e incompletos.

A atribuição de personalidade jurídica ao consórcio contribui para uma gestão administrativa menos dependente do cenário político e, por-

vigência seja superior ao prazo do exercício naqueles projetos contemplados no plano plurianual (como são, por força legal, as parcerias público-privadas, segundo o artigo 10, inciso V, da LPPP).

39 Na Cartilha de Consórcios Públicos de Saneamento Básico da FUNASA há alguns exemplos de regras de rateio para consórcios que, apesar de não envolverem especificamente contratos de PPP, representam uma amostra interessante de critérios a serem considerados em futuras parcerias no setor (número de habitantes por município, número de ligações de água e volume de resíduos produzidos). Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br:8080/documents/20182/39040/Cartilha+de+Consortorios+Publicos+de+Saneamento+Basico.pdf/7e3f38b7-1e04-4c7f-928c-85d2d9f55d7cra>>. Acesso em 30/08/2019.

tanto, mais apta a enfrentar as mudanças internas de governo nos entes consorciados sem se desviar dos objetivos inicialmente pactuados. Contudo, não é de se estranhar que o procedimento rígido e complexo para a formação do consórcio esbarre justamente em questões políticas, como desalinhamento partidário entre os governantes envolvidos e dificuldades para a aprovação das leis que ratificam os protocolos de intenções nos parlamentos locais. Com efeito, a vinculação jurídica mais robusta dada pela LCP à figura do consórcio público acaba sendo compensada pela notória dificuldade na sua formação – colocando-o, ao que parece, no extremo diametralmente oposto àquele marcado pela precariedade, em que se situa o convênio.

4. CONCLUSÕES

Entre o convênio e o consórcio parece haver um grande vazio no Direito Administrativo. Distanciados de sua origem comum de acordos cooperativos pelo advento da LCP, os dois institutos apresentam dificuldades para sua aplicação que os tornam, na prática, insuficientes para internalizar os custos de transação e os efeitos negativos de uma eventual recusa em observar um compromisso governamental previamente assumido que, também, seja essencial ao deslinde de determinado projeto de infraestrutura.

Nesse contexto, a constituição de um consórcio público somente parece valer a pena quando os entes federados interessados são titulares do serviço público a ser concedido e se associam para agregar suas demandas de modo a tornar economicamente viável a concessão ou parceria público-privada⁴⁰, ou para que os consorciados possam atingir, em conjunto, os requisitos da LPPP. A constituição de uma pessoa jurídica distinta certamente confere maior estabilidade política aos compromissos assumidos pelos entes. Contudo, a dificuldade de conciliar a negociação de critérios no contrato de rateio com a mutabilidade própria das concessões simples, administrativas e patrocinadas não é capaz, por si só, de torna-los imunes aos custos de transação *ex post* que surgem, como em toda relação jurídica relacional, também nos consórcios públicos.

Por outro lado, quando a competência para prestação do serviço for atribuída a um ente, mas for necessário obter a anuência, não obje-

40 Em razão dos altos custos fixos de operação, por exemplo.

ção ou mesmo a assunção de obrigações específicas por parte de outros, não resta muita alternativa ao Poder Público a não ser a celebração de convênios entre os entes federados. Nesses casos, a precariedade é um elemento que aumenta a incerteza – e, com ela, os custos associados ao projeto. É verdade que o reconhecimento de uma natureza contratual aos convênios, como defende boa parte da doutrina, pode contribuir para aumentar a vinculação jurídica deles derivada, estipulando, por exemplo, sanções de base negocial que sejam proporcionais à relevância dos compromissos assumidos. Mas a persistência da posição tradicional, que autoriza a denúncia do ajuste a qualquer tempo pelos partícipes, torna incertos os resultados que poderiam advir dessa guinada interpretativa perante o Poder Judiciário.

Por fim, quando os convênios forem acompanhados da assinatura do contrato de concessão pelo ente terceiro na condição de interveniente, é fundamental que os contratos disciplinem os efeitos diretos e indiretos que essa condição irá permitir ao signatário. Caso contrário, tal prática acabará por se converter em um mero argumento retórico, igualmente inapto a estabilizar os compromissos intergovernamentais assumidos pelos entes federados ao longo da modelagem da concessão ou da parceria público-privada.

5. BIBLIOGRAFIA

BORGES, Alice Gonzalez. “Consórcios Públicos – problemática de sua institucionalização”. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio/2010.

COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. *The Journal of Political Economy*. Chicago. University of Chicago, Vol. 3, out./1960, pp. 1-44.

_____. “The nature of the firm”. *Economica*. New Series, Vol. 4, Issue 16, nov./1937, pp. 386-405.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. *O contrato de programa na Lei Federal n. 11.107/05*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2011.

LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dis-

sertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2010.

LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. *Gestão associada do saneamento básico por consórcio público*. Dissertação (Mestrado). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Os consórcios públicos”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./set., 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998.

_____. Mutações nos serviços públicos In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 211-236.

NEGRINI, Ricardo Augusto. *Os consórcios públicos no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; e MEDAUAR, Odete. Consórcios públicos: comentários à lei nº 11.107/05. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006.

PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9 n. 24, p. 15-30, maio/ago. 2007.

SPILLER, Pablo T. An institutional theory of public contracts: regulatory implications. In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (ed.). *Regulation, Deregulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

