

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

As cláusulas abertas definidoras de obrigações futuras nos contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo.

Vinicius José Alves Avanza

Anteprojeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 12/07/2020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

Ao longo da execução dos contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo, sobrevieram diversas normas que instituíram novos padrões tecnológicos¹, de acessibilidade² e de segurança³. Tais modificações, instituídas a pretexto de atender ao princípio da atualidade, demandaram a realização de investimentos por parte das concessionárias que, contudo, não aceitaram arcar com tais encargos sem alguma contraprestação.

A modelagem dos contratos de concessão parecia responder às questões relativas à distribuição dos deveres decorrentes de investimentos futuros para a manutenção do dever de atualidade. A realidade, contudo, demonstrou que os contratos de concessão, bem como as suas cláusulas que antecipavam e distribuíam soluções futuras, não trouxeram a segurança e a previsibilidade esperada.

As concessionárias, embora tenham assumido, em um primeiro momento, os custos decorrentes da implantação dos novos padrões, buscaram, na via administrativa e judicial, a recomposição do equilíbrio do contrato administrativo. Diversas foram as justificativas alegadas pelas concessionárias, mas todas - ou quase todas - sustentavam a ilegalidade da previsão contratual que alocava, de maneira genérica, os custos de atualização em desfavor da contratada.

Não se pretende adentrar, com a pesquisa que será realizada, no mérito de quem tem razão. Os problemas ocasionados pelas normas de padronização - e pela distribuição contratual dos deveres inerentes à necessidade de manutenção da atualidade - já ocorreram,

¹ Resoluções SLT 13/2011 e ARTESP 01/2014, que alteraram o padrão dos sistemas de arrecadação automática de pedágio.

² Modificação da norma técnica NBR n. 9.050/94, que alterou o padrão de inclinação das rampas das passarelas que atravessam as rodovias.

³ Criação da norma técnica NBR n. 15.486/07, que substituiu as NBRs 6.971/83 e 6.971/99, definindo a implantação de novos dispositivos viários de segurança nas rodovias.

já estão sendo discutidos no âmbito judicial e ali serão dirimidos. A experiência, contudo, obtida através dos problemas causados pelas referidas normas de padronização pode ser aproveitada para orientar a elaboração de um novo panorama contratual que promova maior segurança, previsibilidade e ganho de eficiência para os contratantes.

Cumprir investigar, no presente trabalho, se as normas previstas nos contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo que, ao anteciparem soluções relativas a aspectos futuros, atribuem ao concessionário o dever de arcar com os custos inerentes aos novos padrões eventualmente instituídos, traduzem a solução mais adequada para alinhar os incentivos econômicos incidentes sobre os contratantes, bem como para, do ponto de vista jurídico, proporcionar maior previsibilidade e estabilidade à relação contratual.

Em uma visão apriorística, entende-se que a solução adotada pelo Estado de São Paulo, ao modelar os contratos de concessão, não se revela adequada, na medida em que:

a) desvirtua a relação econômica esperada pelas partes, criando, de um lado, (i) um ambiente que estimula - não desincentiva - o Poder Concedente à adoção de novos padrões onerosos e potencialmente desnecessários, e, de outro, (ii) incentiva os pretendentes contratantes (licitantes) a elevar a margem de lucratividade das propostas, como forma de compensar os riscos relativos à assunção de obrigações futuras, incertas e sujeitas a um determinado grau de arbitrariedade da Agência Reguladora ou do Poder Concedente ;

b) cria um ambiente contratual autoritário, na qual uma das partes impõe e a outra arca com os ônus financeiros;

c) não atinge os objetivos pretendidos pelo Poder Concedente de alocar, na órbita obrigacional da concessionária, de forma eficaz, os riscos e ônus financeiros oriundos da instituição de novos padrões, pois, em vez de pacificar a distribuição das obrigações na seara contratual, os contratantes buscam a tutela jurisdicional e, assim, aumentam o grau de incerteza e de aleatoriedade do contrato.

Em uma primeira análise, adota-se, como modelo de pesquisa preponderante, a resolução de problema.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

a) Quesitos relativos à contextualização fática

i) Como os contratos e editais vigentes abordam a distribuição dos deveres de atualidade?

Fontes: Análise dos editais e contratos

Formas de acesso: documentos públicos

ii) Durante o curso dos contratos de concessão, tornou-se necessária a realização de investimentos em atualizações? Quantas, quais e em que circunstâncias?

Fontes: Entrevistas com os procuradores e servidores da SLT e ARTESP

Formas de acesso: Tenho amigos procuradores na SLT e conhecidos na ARTESP. Creio que conseguirei acesso a tais informações.

iii) A necessidade de investimentos ocorreu em razão da perda dos padrões de eficiência, da necessidade de padronização, de aperfeiçoamento do estado da arte ou de alguma outra circunstância?

Fontes: Análise dos aditivos, resoluções, pareceres que determinaram a realização dos investimentos, com especial atenção aos motivos e justificativas que ensejaram a confecção de tais atos. Caso as justificativas não estejam consignadas de forma expressa, tentarei obter tais informações por entrevistas na SLT e ARTESP.

Formas de acesso: documentos públicos de acesso irrestrito. Caso sejam necessárias entrevistas, tenho colegas que trabalham em ambos os órgãos.

iv) As concessionárias realizaram as adequações para atender aos deveres de atualidade? Assumiram o custo das atualizações?

Fontes: Análise dos processos administrativos

Formas de acesso: Os processos são públicos e, além de acessíveis na via administrativa, em muitas ocasiões, são utilizados e juntados como prova na via judicial.

v) Qual a postura adotada pelas concessionárias após a realização dos investimentos para a implementação dos novos padrões? Pediram reequilíbrio? Todas ou parte delas?

Fontes: verificação dos fatos narrados nos processos judiciais (verificar se houve pedido de reequilíbrio na via administrativa)

Formas de acesso: Documentos públicos

vi) Como a ARTESP aborda/abordou a questão?

Fontes: Análise dos processos administrativos

Formas de acesso: Além de públicos, tais documentos são juntados como prova nos processos judiciais.

vii) A questão atinente aos encargos financeiros decorrentes da atualização foi apreciada pelo Poder Judiciário?

Fontes: Verificação dos processos judiciais

Formas de acesso: Documentos públicos

b) Quesitos relativos às referências normativas

i) Quais os regramentos públicos e privados aplicáveis à questão?

Fontes: Leis (Lei Federal 8.987/95, Lei Estadual das Concessões 7.835/92, Lei 8.666/93, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Código Civil e outras legislações), contratos, editais, pareceres e jurisprudência relacionada ao tema.

Forma de acesso: acesso irrestrito

ii) Como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se comporta nos casos de omissões contratuais relacionadas a riscos específicos?

Fontes: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais de Contas, se for o caso.

Formas de acesso: acesso irrestrito

iii) Como os contratos mais modernos tratam da questão no Estado de São Paulo?

Fontes: Análise dos editais e contratos referentes à 3ª e 4ª rodada das concessões de rodovias do Estado de São Paulo, em especial aqueles relativos ao Lote Piracicaba Panorama (PIPA), cuja modelagem parece ser a mais moderna.

Formas de acesso: acesso irrestrito.

iv) Como os contratos relativos às concessões de rodovias federais abordam a questão?

Fontes: análise dos contratos federais de concessão rodoviária.

Formas de acesso: acesso irrestrito.

c) quesitos relacionados à análise crítica

i) A modelagem atual, fundada em cláusulas que preveem a distribuição à concessionária de deveres ainda não delimitados, confere segurança e previsibilidade no tocante aos riscos e incertezas contratuais?

ii) Os institutos tradicionais referentes à abordagem dos riscos (caso fortuito, força maior, fato do príncipe), são suficientes para dirimir o problema proposto?

iii) A modelagem utilizada pelas concessões federais e pelas concessões estaduais mais recentes podem contribuir para o aperfeiçoamento da distribuição da responsabilidade patrimonial decorrentes de deveres de atualização ou padronização?

iv) Qual a diferença da abordagem jurídica de um *dever contratual* e de um *risco contratual*?

v) O advento de novas normas definidoras de padrões é um risco contratual?

vi) É possível, a pretexto de antecipar soluções relativas a aspectos futuros, atribuir ao concessionário o dever de arcar com os custos inerentes a modelo de padronização não existente no momento da celebração do contrato?

vii) Quais os impactos contratuais, regulatórios e econômicos da distribuição de obrigações futuras para o concessionário?

viii) Quais seriam os impactos contratuais, regulatórios e econômicos da manutenção das obrigações no âmbito do Poder Concedente?

ix) Como a alocação das obrigações oriundas de fatos futuros melhor se adequa aos escopos da atualidade, modicidade, previsibilidade, proposta mais vantajosa e isonomia?

d) Quesitos relacionados à proposição de conduta

i) Como aperfeiçoar esses modelos contratuais para solucionar o problema?

ii) A quem compete a escolha sobre a alocação da responsabilidade patrimonial pela realização de um investimento para atualização ou padronização?

iii) A repartição do ônus financeiro decorrente da implementação de uma risco pode ser partilhado entre as partes?

iv) Eventual proposta de repartição do encargo financeiro para a realização de investimentos tecnológicos viola os incisos II e III da Lei Estadual n. 7.835/92 e os incisos II e III da Lei Federal n. 8.987/95, que determinam que as concessionárias terão de executar o objeto do contrato por sua *conta e risco*?

v) como propor um modelo que, a um só tempo, seja resolutivo (dos problemas propostos) para a Administração Pública e atrativo para a iniciativa privada?

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O trabalho que será desenvolvido se volta à apresentação de solução para um problema concreto, existente e pendente pelos próximos 19 anos (alguns dos contratos analisados iniciaram-se em 2009 e só terminarão em 2039).

Os problemas enfrentados com o advento de novas imposições de padronização ocorreram nos anos iniciais da concessão. É possível e razoavelmente esperável que no decorrer do prazo contratual, outras normas definidoras de padrões tenham que ser implantadas e que, com isso tornem-se necessárias a realização de novos investimentos, fato que, na conjuntura da modelagem atual, renovaria a crise de incerteza. A premissa do trabalho é utilizar os erros, incertezas, ambiguidades e imprecisões constatados na prática para que problemas similares relacionados à implementação de novos padrões de tecnologia, segurança ou acessibilidade, também na prática, não voltem a ocorrer.

Acerca do caráter inovador da discussão, vale frisar que, talvez em razão da especificidade do tema, bem com da sua contemporaneidade⁴⁵⁶, não se identificou qualquer trabalho, tese ou artigo que aborde o assunto de forma central. Identificou-se, entretanto, em opinião técnica instrumentalizada no parecer elaborado pelo Professor Carlos Ari Sundfeld⁷, uma abordagem do assunto relativo à imputação da responsabilidade patrimonial decorrente da imposição de novos investimentos às concessionárias fundadas em cláusulas que, de forma genérica, buscam afastar da Administração Pública o dever de reequilibrar os contratos.

O objeto do parecer mencionado, contudo, não trata das discussões judiciais e tampouco sugere uma proposta de inovação.

Estima-se que a presente pesquisa possa, a partir da compilação e sistematização dos impactos experimentados com o implemento das resoluções SLT 13/2011 e ARTESP 01/2014, bem como das alterações de 2004 das NBRs 9.050/94 e 15.486/07, auxiliar o Poder Público na formulação de um projeto de termo aditivo tendente à outorgar maior previsibilidade aos contratantes, fato que, se o objetivo almejado for concretizado com êxito, poderia reduzir ao até mesmo acabar com esse foco de conflitos jurisdicionais que acabam por onerar ainda mais a relação contínua e duradoura dos contratos de concessão.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

Trabalho como procurador do estado e, atualmente, estou exercendo as minhas funções no NRC (núcleo de regulação e contratos administrativos da PGE/SP). Tomei conhecimento do problema que será objeto do trabalho no exercício das minhas funções.

⁴ As ações que discutem os investimentos em tecnologias decorrentes das resoluções SLT 13/2011 e ARTESP 01/2014 foram ajuizadas, senão na integralidade, em sua grande maioria, nos anos de 2018 e 2019.

⁵ As ações que discutem os investimentos para acessibilidade oriundos da alteração de 2004 nos termos definidos pela NBR 9.050/94 (novos padrões relativos à inclinação das rampas das passarelas) foram ajuizadas, em sua maioria, nos anos de 2018 e 2019.

⁶ As ações relativas à imposição de novos padrões relativos aos dispositivos rodoviários de segurança instituídos pela NBR 15.486/07 foram distribuídas, em sua grande maioria, no ano de 2018.

⁷ Parecer prestado à ABCR (Associação Brasileira de Concessionária de Rodovias) e ao SINCROD (Sindicato Nacional das Concessionárias de Rodovias, Vias Urbanas, Pontes e Túneis).

As concessionárias de rodovias do Estado de São Paulo deduziram seus pedidos de reequilíbrio em razão das modificações operadas pelas resoluções SLT 13/2011, ARTESP 01/2014, NBRs 9.050/94 e 15.486/07 perante a ARTESP. O requerimento administrativo, entretanto, foi negado ou sequer foi analisado, fato que fez com que as concessionárias buscassem a tutela jurisdicional.

Parte das demandas envolvendo a discussão supracitada tramitam sob os meus cuidados. Tal fato criou a oportunidade e a necessidade para que eu me envolvesse e desenvolvesse maior familiaridade com o tema.

Entendo, outrossim, que o meu envolvimento profissional obviamente parcial com as demandas que envolvam as discussões relativas aos deveres genéricos de padronização previstos nos contratos de concessão não comprometerá a minha imparcialidade de propor uma solução isenta e equânime pois, conforme já exteriorizado em outra oportunidade, não pretende assumir a função de julgador e definir quem deve assumir a responsabilidade pelos investimentos. A minha proposta visa tão somente utilizar o problema que estou envolvido como um ponto de partida para propor uma solução que promova objetividade e clareza a todos os envolvidos na relação contratual.

5. Bibliografia preliminar

BITTENCOURT, MARCUS VINÍCIUS CORRÊA. **Controle das concessões de serviço público.**

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?** Rio de Janeiro: Revista do BNDES, m. 41, p. 257-288, 2014.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias.**

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato.**

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Concessões de serviços públicos.**

LENZ, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES, **O contrato de concessão de serviço público.**

MOREIRA, Egon Bockmann, **Direito das concessões de serviço público: Inteligência da lei 8.987/1995.**

MOREIRA, Egon Bockmann, **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro.**

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda. **Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão.** Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, 2018, Ano 16, n. 61, p. 41-54, 2018.

SUNDFELD, CARLOS ARI, Pareceres, vol. II, **Direito Administrativo Contratual.**

8. Cronograma de execução

Atividade	2020			2021												Horas	
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Revisão bibliográfica	x	x	x	x	x	x	x	x	x							90 h	
Leitura dos pareceres e entendimentos da PGE sobre o tema	x															5 h	
Pesquisa do posicionamento do TCE sobre o tema		x														5 h	
Leitura/organização/sistematização dos deveres, previsões e riscos dos contratos referente à implantação de novas tecnologias			x	x												20 h	
Criação de um sumário provisório				x												5 h	
Entrevistas					x											5 h	
Redação: Capítulo I (apresentação do problema + exposição do panorama fático + exposição do debate tese e antítese dos interessados).		x	x	x	x											40 h	
Redação: Capítulo II (trabalhar com a estruturação das teses que deslocariam a responsabilidade patrimonial para o Poder Concedente ou para a concessionária.						x	x	x	x							40 h	
Revisão e finalização do texto											x	x	x	x		40h	
Correções.															x	x	20h