

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Novos investimentos em concessões e PPPs: aspectos jurídicos

Gabriela M. Engler Pinto

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

Orientador: Professor Caio Mario Pereira Neto

Versão de 15.09.2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

A dissertação abordará os aspectos jurídicos da inclusão de novos investimentos em concessões comuns, patrocinadas e administrativas (em conjunto, designadas “parcerias” ou “contratos de parceria”), com o objetivo central de responder à seguinte questão: como estabelecer os limites à mutabilidade contratual para inclusão de novos investimentos em concessões e PPPs?

No bojo dessa temática, pretendo também discutir a modelagem contratual para reger a inclusão de investimentos adicionais, o reequilíbrio econômico-financeiro para inclusão de novos investimentos nas parcerias, bem como a possibilidade de o concessionário resistir à inclusão de novos investimentos. Ao fim, meu objetivo é reunir um conjunto de diretrizes com melhores práticas para a inclusão de novos investimentos em concessões e PPPs, tanto em contratos omissos sobre o tema quanto naqueles que regulam a questão.

O tema, que pretende ser uma proposta de resolução de problema, insere-se no contexto do debate doutrinário acerca dos limites à alteração dos contratos de parceria, que ganhou novos contornos com o advento do artigo 22 da Lei 13.448/17.¹ Enquanto parcela da doutrina

¹ Segundo o qual “As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”, que, por sua vez, dispõem que: “§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum

mais moderna defendia a inaplicabilidade, às parcerias, dos limites à alteração contratual tal qual expressos nos §§ 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93,² na prática, na maioria das vezes em que o tema era submetido aos gestores públicos e controladores responsáveis pela implementação das modificações contratuais, prevalecia, em boa medida, uma postura conservadora de aplicabilidade dos referidos limites às parcerias, temperada com a visão do Tribunal de Contas da União que admitiu aos contratos administrativos excepcionar os limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93 apenas quando atendidos um conjunto de requisitos.³

Eis que, durante a tramitação da Medida Provisória 752/2016, surgiu o mencionado artigo 22, no que chamei, em outra oportunidade, de revolução silenciosa.⁴ Ao mesmo tempo em que a disposição legal selou antiga disputa, deixou em aberto pergunta ainda mais importante: inaplicáveis os limites quantitativos à mutabilidade contratual previstos na Lei 8.666/93, quais seriam os contornos, especialmente qualitativos, a delimitar alterações nos contratos de parceria?

A resposta, em tese, não é difícil. Para que seja juridicamente legítima, a alteração contratual deve (i) ser necessária para se atingir a finalidade – o interesse público – que motivou

acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”

² “Em relação às PPPs, é razoável defender que não incide o aludido art. 65, na medida em que a Lei de PPP tratou de indicar, expressamente, os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 que se aplicam aos contratos de PPP, quais sejam: (i) regras sobre limites para exigência de garantias dos licitantes/parceiros privados; e (ii) regras sobre procedimento para contratação, i.e., regras de procedimento licitatório. Como o art. 65 não estabelece regra procedimental, mas regra sobre o regime jurídico do contrato, parece-nos claro que não deveria se aplicar aos contratos de PPP.” Em RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013. No mesmo sentido ver MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. São Paulo: Malheiro, 2010; SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres: direito administrativo contratual, Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³ “I. não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II. não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III. decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV. não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V. ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI. demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea ‘a’, supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.”

TCU, acórdão nº 215/1999. Plenário, publicado no DOU de 21.05.1999. É de se ressaltar que tal decisão é anterior à Lei 11.079/2004, que instituiu as concessões patrocinadas e administrativas. Ainda, impossível ignorar que a decisão do TCU trabalha com hipóteses tão genéricas e exigências de tão difícil comprovação que há sempre margem para que o TCU diga que o gestor não as cumpriu suficientemente.

⁴ ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. Revista Colunistas - Direito do Estado, Rio de Janeiro, RJ, 28 jul. 2017. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriela-miniussi-engler-pinto/a-revolucao-silenciosa-o-fim-dos-limites-a-mutabilidade-dos-contratos-de-concessao>

a contratação; (ii) estar vinculada ao objeto contratual; e (iii) preservar a equação econômico-financeira do contrato e os direitos do contratado. Mas como aplicar esses preceitos na prática?

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que “alteração contratual” abrange muitas circunstâncias, de causas e consequências variadas; distintas, inclusive, a depender do setor de infraestrutura sob análise.⁵ Tratar todas elas sob o manto de uma ‘teoria geral da mutabilidade contratual’ está fadado a generalismo que pouco contribui para os desafios da vida real. A partir dessa constatação, a dissertação fará o esforço de segregar apenas a reflexão sobre as hipóteses de alteração contratual para inclusão de novos investimentos.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

Conforme mencionado acima, o tema dos limites à mutabilidade dos contratos de parceria é caro à comunidade jurídica voltada às concessões e PPPs. Em especial, como esses contratos surgiram no Brasil apenas na década de 90 (no caso das concessões comuns) e partir de 2004 (no caso das PPPs), os dilemas sobre a inclusão de novos investimentos nesses contratos são relativamente recentes. Se, de um lado, há um conjunto de incertezas e uma clara demanda por diretrizes e respostas, de outro, inexistente trabalho acadêmico que tenha se voltado especificamente ao assunto.

Além disso, o desenvolvimento desse tema pressupõe uma abordagem baseada em casos concretos. Ainda que calcado em bases teóricas sólidas, é impossível analisar o fenômeno da inclusão de novos investimentos em parcerias senão pela ótica de projetos reais. Isso conferirá uma dimensão pragmática e referencial ao trabalho.

Assim, além do ineditismo do assunto que revela por si seu potencial inovador, há também espaço para significativas contribuições de ordem prática, que possam orientar agentes públicos e privados quando da inclusão novos investimentos em contratos de parceria.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

O objeto da pesquisa integra minha prática na advocacia. Com mais de seis anos trabalhando especificamente com contratos de parceria, já pude presenciar diversas circunstâncias envolvendo a inclusão de novos investimentos em contratos de parceria, em diferentes setores de infraestrutura, o que me tem proporcionado não apenas visão crítica sobre o fenômeno, mas experiência direta com as dificuldades práticas dessa realidade.

⁵ Apenas para exemplificar, o setor elétrico, ao tratar do segmento de transmissão, tem regramento e nomenclatura próprios para tratar de novos investimentos, os assim chamados “Reforços” (cf. resolução normativa nº 443, de 26 de julho de 2011, conforme alterada, especialmente art. 3º.)

4. Modelo de pesquisa

A dissertação terá o modelo de resolução de problema com o objetivo de, ao final, responder à seguinte questão: como estabelecer os limites à mutabilidade contratual para inclusão de novos investimentos em concessões e PPPs? A estrutura básica do trabalho seguirá a ordem dos quesitos formulados abaixo e o sumário anexo.

5. Quesitos

1. O que são novos investimentos em concessões e PPP?
2. Quais circunstâncias podem demandar a inclusão de novos investimentos?
3. Quais são os limites jurídicos quantitativos e/ou qualitativos à mutabilidade dos contratos de parceria para inclusão de novos investimentos?
4. Quais as alternativas para regulação contratual da matéria, seus prós e contras?
5. Como deve ser o reequilíbrio econômico-financeiro para inclusão de novos investimentos?
6. O concessionário pode resistir à inclusão de novos investimentos no contrato?
7. Como lidar com a inclusão de investimento adicionais quando o contrato é omissivo e como o contrato deveria regular essa matéria?

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

As principais fontes de pesquisa do trabalho são projetos reais e hipotéticos em diferentes setores de infraestrutura que, em algum momento de sua execução, foram objeto de avaliação no tocante à inclusão de novos investimentos. São tanto empreendimentos nos quais me envolvi profissionalmente quanto aqueles que tive conhecimento por meio da imprensa especializada, cujos detalhes tentarei obter por meio de acesso aos correspondentes processos administrativos, através da lei de acesso à informação.

Embora o levantamento de projetos não seja exaustivo (caso em que seria um projeto de pesquisa exploratória sobre práticas jurídicas) e não abordará necessariamente todos os setores de infraestrutura, o objetivo é trabalhar com amostragem suficiente de parcerias para embasar de forma consistente a proposta metodológica do trabalho.

Adicionalmente, as reflexões teóricas serão baseadas em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sempre confrontando essas análises com a realidade prática em busca de aderências e discrepâncias.

7. Bibliografia preliminar

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

BARROSO, Luís Roberto. Contratos administrativos: limites e possibilidade de alteração. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 46-55, jan. 2014.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 10(1) | P. 155-200 | JAN-JUN 2014.

ENGEL, E.; FISCHER, R. D.; GALETOVIC, A. The Economics of Public-Private Partnerships: a basic guide. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. Revista Colunistas - Direito do Estado, Rio de Janeiro, RJ, 28 jul. 2017;

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). 20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017

GARCIA, Flavio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, BH, ano 3, n 5, p. 59-83, mar/ago de 2014;

GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. Malheiros, 2017;

GUASCH, J. L. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: doing it right. WBI Development Studies, Washington, DC, 2004. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/15024/288160PAPER0Granting010renegotiating.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. 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.

GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos – Volume 1. Lisboa: Almedina, 2018;

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. 2003. The Economic Journal, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), pp. C69-C76

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Control. American Economic Review 2017, 107(7): 1731–175.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões no serviço público. São Paulo: Dialética, 2003;

LOUREIRO, Caio de Souza. O interesse público e a mutabilidade dos contratos administrativos: a questão limitação do art. 65, 1º, da Lei 8.666/93. Boletim de Licitações & Contratos – BLC, v. 2, n. 12, dez. 2010;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Alteração em contrato de concessão rodoviária. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v.44, p.203-220, mai/jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n 27;

MELLO, C. A. B. Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº4, nov/dez 2005, jan 2006.

MONTEIRO, Vera. Concessões. São Paulo: Malheiros, 2010;

MOREIRA, Egon Bockman. O Contrato Administrativo como instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – IV. Coimbra: Coimbra Ed. 2008;

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. São Paulo: Malheiro, 2010;

MOREIRA, Engo Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. In Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: ano 5, n.20, out./dez.2007;

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun 2009;

Nota Técnica nº 038/2015/GEINV/SUINF – ANTT;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos, Limites Teóricos e

Novos investimentos em concessões e PPPs: aspectos jurídicos

Sumário

1. Introdução

- relevância do tema: muito recorrente no universo das concessões e PPP
 - necessidade de modernização de infraestruturas, inclusão de soluções não pensadas originalmente, expansão da infraestrutura
 - exemplo da renovação antecipada das ferrovias (apesar de ser outro ângulo, também trata da inclusão de investimentos adicionais)
 - exemplo do caso das rodovias que recebem demandas quase cotidianas para construção de novos acessos, passarelas, etc. O volume é tão significativo que a ARTESP implementou, para nova rodada de concessões, o SISDEMANDA para que toda comunidade afetada pela rodovia possa formular demandas que são, na maior parte, investimentos adicionais
- necessidade de compreensão do enquadramento jurídico para avaliação da viabilidade jurídica de inclusão ou não de investimentos adicionais
- propósito do trabalho: definir os limites à mutabilidade contratual para inclusão de novos investimentos em concessões e PPPs; compreensão dos contornos teóricos e reflexão sobre casos práticos; sugestão de regramento contratual sobre o tema

2. *O problema dos limites jurídicos à mutabilidade dos contratos de parceria: art. 37, inc. XXI e art. 175, da Constituição Federal, art. 65 da Lei 8.666/93 e art. 22 da Lei 13.448/17*

- breve apanhado sobre a questão dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão: inaplicabilidade teórica, aplicabilidade prática
- ausência de normatização sobre o tema
- aplicabilidade do 22 da Lei 13.448: amplitude setorial e temporal

3. *O que são novos investimentos em concessões e PPPs?*

- incompletude dos contratos de longo prazo
- investimentos adicionais são muito comuns no contexto de contratos de longo prazo
- conceito: investimentos não previstos à época da licitação
- obrigações de investimento já previstas no contrato sujeitas à gatilho não são novos investimentos (p. exemplo, novas obras de aumento de capacidade de infraestruturas quando elas atingem determinados níveis de serviço, como a duplicação de rodovias quando a trafegabilidade atinge níveis definidos nos contratos, ou a construção de nova pista de pouso e decolagem, no âmbito de concessão aeroportuária, quando o aeroporto atinge determinada demanda de passageiros.)

- Obrigações de universalização (p.ex. contratos de saneamento, distribuição de energia elétrica, telecomunicações)
 - obrigações de investimento já precificadas na licitação vs. obrigações de investimento a serem reequilibradas quando da sua execução
- não são novos investimentos obrigações genéricas dos concessionários de manterem a atualidade dos serviços, sem especificar, contudo, no que consiste essa exigência, nem preverem que essas obrigações devem ser objeto de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato
- muitos novos investimentos são incluídos nos contratos sem essa alcunha

4. *Quais circunstâncias podem demandar a inclusão de novos investimentos? Proposta de três categorias para classificação de novos investimentos*

- inclusão de novos investimentos para atualização do serviço: concessões que requerem modernização e atualização tecnológica
 - ex. aquisição de novo material rodante ou reforma de estações para expansão de capacidade não prevista originalmente, nas concessões de metro e ferrovia
- inclusão de novos investimentos para expansão da infraestrutura concedida
 - ex. construção de novas unidades educacionais na PPP de Escolas de BH, construção de novas unidades na PPP de habitação, extensão de ramais VLT, ferroviário
- investimentos prementes: emergenciais/necessários para prestação dos serviços
 - ex. construção de nova adutora da Copasa para captação de água em novas fontes diante da crise hídrica; aquisição de mobiliário no Centrad

5. *Limites jurídicos qualitativos à mutabilidade dos contratos de parceria para inclusão de novos investimentos*

- fim dos limites quantitativos com o advento do art. 22 da Lei 13.448/17
- definição contratual dos limites (ex. contratos ARTESP)
- nos casos em que não há tratamento contratual, com base nas três categorias propostas no capítulo 4, não faz sentido discutir limites qualitativos para inclusão de novos investimentos que tenham por objeto a atualização do serviço e aqueles prementes
- portanto, a discussão acerca dos limites qualitativos cinge-se à inclusão de novos investimentos que tenham por escopo a expansão da infraestrutura
- requisitos para a legitimidade jurídica da inclusão de novo investimento: (i) ser necessária para se atingir a finalidade – o interesse público – que motivou a contratação; (ii) vinculação ao objeto contratual; e (iii) preservar a equação econômico-financeira do contrato e os direitos do contratado
- o “mito” do dever constitucional de licitar
- considerações de eficiência e de finalidade
- O que é vantajosidade?

6. *Modelagem contratual para regradar a inclusão de novos investimentos*

- Recentemente, o tema passou a ser objeto de tratamento contratual
 - Contrato de Concessão das Linhas 5 e 17 do Metro de SP
 - Contratos de concessão rodoviária do Estado de SP
 - Contrato de Concessão RIS
- Preocupação com a procedimentalização
- Preocupação com a capacidade financeira do concessionário e bancabilidade
- Questão dos impactos fiscais nas PPPs

7. *O reequilíbrio econômico-financeiro para inclusão de novos investimentos*

- metodologia mais adequada: fluxo de caixa marginal (conceito, aplicação, desafios)
- formas de recomposição
 - extensão de prazo
 - 1. prorrogação antecipada da lei 13.448/17: o caso das ferrovias
 - aumento de tarifa
 - redução de outorga
 - troca de investimentos
 - redução de capex/opex
 - indenização (caso Nova Subida da Serra)

8. *A possibilidade de o concessionário resistir à inclusão de novos investimentos*

- problema dos reequilíbrios incompletos, quando as formas de recomposição contratual possíveis não reequilibram o contrato das perspectivas financeira e econômica simultaneamente
- bancabilidade e rentabilidade do novo investimento

9. *Conclusão: como lidar com a inclusão de investimento adicionais quando o contrato é omissivo e como o contrato deveria regular essa matéria*

- Diretrizes para contratos omissivos
- Sugestão de melhores práticas no tratamento contratual para inclusão de novos investimentos