

**MESTRADO PROFISSIONAL  
DIREITO PÚBLICO – TURMA 2017**

**APLICABILIDADE DO MECANISMO DE *STEP IN RIGHT* NAS  
CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADA**

**Sylvia Moreira F. Camarinha**

Projeto de dissertação de mestrado apresentado  
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP  
Orientador: Mario Engler

SÃO PAULO  
JULHO – 2017

## 1. TEMA, CONTEXTO E DELIMITAÇÃO DO ESCOPO

O Brasil possui uma grande defasagem na área de infraestrutura, e a infraestrutura já existente precisa de um processo de modernização para atender a demanda logística atual.

Atualmente, a cadeia produtiva depende de uma logística integrada eficiente, uma vez que essa última representa uma fonte de custos relevantes para muitas empresas. Sendo assim a logística passa a fazer parte da criação de valor do produto que será comercializado, havendo uma necessidade eminente de infraestrutura.

O cenário atual deixa claro que não há o investimento necessário e infraestrutura, devendo considerar que muitas vezes há dificuldade de mensurar o valor do investimento em determinado setor, bem como os orçamentos restritos dos Estados<sup>1</sup> são restritos.

Com isso, houve a necessidade de modificar a relação entre setor público e privado, de forma a ter uma relação colaborativa entre estas partes, na qual o setor privado passa a ser responsável pelo desenvolvimento dos projetos de infraestrutura, e/ou pela manutenção desta infraestrutura.

Essa mudança na relação entre setor público e privado veio acompanhada do aprimoramento dos mecanismos legais de participação da iniciativa privada no desenvolvimento da infraestrutura do Brasil, criando atrativos para o privado investir nos projetos de infraestrutura e alocando os riscos entre os participantes do projeto.

Um dos principais atrativos que as concessões ou as parcerias público-privadas (“PPP”) trazem em seus contratos é uma estrutura legal de garantias mais robusta.

Dentre as diversas garantias, deve-se destacar a inclusão do mecanismo do *step in rights* como forma de atrair o investimento privado nos projetos de infraestrutura, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, que acresceu o artigo 27-A, à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata das licitações e concessões de serviços públicos (“Lei das Concessões”), e alterou o artigo 5º, parágrafo

---

<sup>1</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 21, inciso XII.

segundo, bem como acresceu o artigo 5-A à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trata das parcerias público-privadas (“Lei das PPPs).

O artigo 27-A da Lei das Concessões bem como os artigos 5 e 5-A da Lei das PPPs, estabelecem que, no intuito de promover a reestruturação financeira do projeto e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, poderá ocorrer a transferência do controle ou da administração temporária da sociedade de propósito específico (“SPE”) aos financiadores.

Sendo assim, durante o período de implantação de um projeto específico de infraestrutura, os financiadores poderão adotar garantias advindas do projeto combinadas com garantias outorgadas pelos acionistas<sup>2</sup>:

*(...) os financiadores podem recorrer – integralmente (full-recourse) ou não recorrer (no-recourse) – aos ativos dos investidores para assegurar o pagamento do crédito. Ou seja, embora seja desejável, não há a obrigatoriedade de os projetos serem completamente autossuficientes desde o seu início, de modo que os credores prescindam da solidariedade dos patrocinadores.*

O *step in right*, na teoria, será aplicado quando a administração do projeto falhou com seu dever de realizar uma boa gestão, e desta forma os financiadores, na situação de eventual inadimplemento, assumem o comando da administração do projeto, de modo a viabilizar e priorizar o pagamento do empréstimo.

O trabalho de conclusão de curso analisará (i) qual é a fundamentação jurídica para utilização deste mecanismo nos contratos de concessão e nas PPPs; (ii) como esse mecanismo vem sendo tratado no âmbito dos contratos de concessão e nas PPPs; (iii) as dúvidas existentes a respeito da aplicabilidade de tal mecanismo; (iv) o potencial que tal mecanismo apresenta para aprimorar a participação do setor privado; e (v) se há necessidade de aprimoramento desse mecanismo para que tenha uma maior efetividade na prática. Através da análise proposta, o estudo poderá verificar como se propõe nos contratos de concessão e/ou PPPs a gestão de projetos pelos financiadores, sua validade diante dos princípios básicos que norteiam as

---

<sup>2</sup> FILHO, Nelson Fontes Siffert; ALONSO, Leonardo de Almeida; CHAGAS, Eduardo Barros das; SZUSTER, Fernanda Reichtan; SUSSEKIND, Cláudia Sardenberg. O Papel do BNDES na Expansão do Setor Elétrico Nacional e o Mecanismo de Project Finance. BNDES Setorial. Rio de Janeiro, nº 29, p. 18

concessões e as PPPs, prazo limite para essa administração temporário, bem como seus benefícios e malefícios. E, por fim, serão propostas possíveis melhorias para facilitar a efetividade deste mecanismo para os financiadores para os agentes financiadores.

Note que o trabalho será restrito apenas à análise do *step in right*, pois a análise das demais garantias desviaria o foco do trabalho, tornando a pesquisa muito abrangente, e sem uma efetividade prática.

## **2. MODELO DO TRABALHO DE PESQUISA**

O modelo a ser adotado no trabalho de pesquisa é o de estudo de caso concreto, ou seja, serão selecionados 3 (três) contratos, sendo tanto contratos de concessão como PPPs, para que se possa analisar como o mecanismo do *step in right* foi proposto nestes casos, sua aplicabilidade e efetividade.

Os casos selecionados são: a Concessão da Usina Santo Antônio; a Concessão do Lote Florínea-Igarapava e a PPP Linha 4 Amarela do Metrô.

Essa forma de pesquisa foi escolhida por permitir a análise de casos reais, levantando as preocupações existentes acerca do tema escolhida para o trabalho e propondo uma solução eficaz e inovadora para a prática jurídica.

Por fim, para que o modelo de trabalho escolhido seja eficaz, haverá a análise da documentação e legislação básica acerca do tema, bem como serão realizadas entrevistas com os profissionais do mercado que atuam nessa área.

## **3. QUESITOS DO TRABALHO DE PESQUISA**

O trabalho de pesquisa tem o objetivo de analisar e avaliar a aplicabilidade, validade e eficácia do mecanismo de *step in right* nos contratos de concessão comum e PPPs do direito brasileiro, e para tanto será norteado pelos questionamentos abaixo:

- a. O que é mecanismo de assunção do controle acionário da empresa concessionária pelos financiadores do projeto (*step in rights*)?
- b. Qual a fundamentação jurídica para aplicação do *step in rights* nas concessões e/ou nas PPPs?
- c. O mecanismo do *step in right* é aceito pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, ou confronta com algum princípio geral?
- d. Como os contratos de concessão e/ou PPPs disciplinam o mecanismo?
- e. O mecanismo do *step in right* nos contratos de concessão e PPPs é válido, ou poderia ser questionado?
- f. O mecanismo do *step in right* teria uma aplicabilidade prática efetiva?
- g. Poderia o Poder Concedente, de forma discricionária, não aceitar o mecanismo *step in right* do financiador, sob a alegação de que fere os princípios gerais da licitação?
- h. O mecanismo do *step in right* para os financiadores dos projetos pode vir a ser questionado por eventuais participantes da “licitação” sob o argumento de ferir o direito da concorrência?
- i. O que poderia ser aprimorado no mecanismo do *step in right* para atrair os investidores privados?
- j. Quais melhorias podem ser incluídas nos contratos de concessão e/ou PPPs, em relação a este mecanismo, que facilite a relação entre público e privado?

#### **4. JUSTIFICATIVA DA RELEVÂNCIA PRÁTICA E DO POTENCIAL INOVADOR**

A efetivação do mecanismo do *step in right* nada mais é do que o reconhecimento da ausência de uma boa gestão pela administração da concessionária, e que, para regularizar essa situação de crise, faz-se necessário substituir, mesmo que temporariamente, a administração da organização.

Ocorre que ao permitir a utilização deste mecanismo nos contratos de concessão e/ou nas PPPs, nos deparamos com algumas questões relevantes, como por exemplo: (i) no caso de verificação de uma má gestão que possa afetar determinado projeto, não deveria o poder concedente proceder nova licitação, ao invés de permitir que os financiadores indiquem uma empresa para que o faça?; (ii) ao indicar essa empresa não haveria quebra do princípio da concorrência?; (iii)

como saber o exato momento de aplicação deste mecanismo?; (iv) tal mecanismo tem aplicabilidade prática, dentre outras.

Considerando tantas questões que envolvem o tema, já que o mecanismo do *step in right* foi inserido na Lei de Concessões em 2015, a escolha foi realizada, exatamente, para tentar responder questões que ainda não foram profundamente enfrentadas e tentar, desta forma, propor uma solução prática.

O estudo pretende contribuir com o sistema de garantias criado para o financiador, de forma a fomentar os projetos de infraestrutura no país, por meio do empréstimo de um dinheiro mais barato para o concessionário.

## **5. FONTES DE PESQUISA E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO**

Primeiramente, a pesquisa realizada será uma análise contratual e comparativa dos contratos de concessão e PPPs que serão selecionados para estudo neste trabalho. Superada essa fase, iniciará a pesquisa legislativa e bibliográfica, tanto nacional como internacional.

Além das fontes de pesquisa, o trabalho se valerá de entrevistas com profissionais atuantes no setor de concessão, onde se colherá informações da aplicação prática dos mecanismos do *step in right*. Considerando que o Estado de São Paulo é estado mais avançado quando se fala na matéria de concessões, realizaremos uma entrevista com um membro da administração atual e que está atuando na concessão recente de rodovias.

## **6. FAMILIARIEDADE COM O OBJETO, ACESSABILIDADE DE INFORMAÇÕES E ENVOLVIMENTO PESSOAL**

Trabalhei na área de *project finance* do escritório Machado Meyer por quatro anos e atuei sempre pelo lado do concessionário ou do investidor, o que me permitiu adquirir uma vasta experiência em temas controvertidos e em estruturação de garantias para financiadores.

Os projetos que trabalhei foram em setores diversos da regulação, e minha função era elaboração dos contratos entre o concessionário e o agente financiador, além de negociar com o poder concedente um pacote de garantias mais atrativo.

Entendo que essa minha experiência adicionada com o conhecimento que estou adquirindo no mestrado profissional, permitirá que eu desenvolva um trabalho crítico e detalhado sobre o assunto em tela, além de ser um tema que terei facilidade de acesso a professores e advogados da referida área para me auxiliar na complementação de informação ao meu trabalho.

## **7. INDICAÇÃO DE LITERATURA ESPECIALIZADA E OBRAS DE REFERÊNCIA**

AMARAL GARCIA, FLÁVIO. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARI SUNDFIEL, CARLOS. et al. *Parcerias Público-Privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1. 14/02/1995. p. 1917.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União. Seção 1. 31/12/2004. p. 6

CASTRO CARVALHO, ANDRÉ. et al. *Contratos de Concessão de Rodovias: Artigos, Decisões e Pareceres Jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009.

DIAS MENEZES DE ALMEIDA, FERNANDO. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato*. Cidade: Lumen Juris, 2017.

FREITAS DO AMARAL, DIGO; TORGAL, LINO. *Estudo sobre concessões e outros actos da administração* (Pareceres). São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

JUSTIN FILHO, MARÇAL. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTIN FILHO, MARÇAL. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LOPES ENEI, JOSÉ VIRGÍLIO. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged, buy-outs, e outras figuras afins)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MONTEIRO, VERA. *Concessões*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

NEVES DAL POZZO, AUGUSTO. et al. *Parcerias Público-Privadas: Teoria Geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Portal ARTESP, Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/rodovias-concessionarias-viarondon.html>. Acesso em 10 de junho de 2017.

Portal ARTESP, Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/rodovias-concessionarias-tamoios.html>. Acesso em 15 de junho de 2017.

Portal ARTESP, Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/rodovias-concessionarias-autoban.html>. Acesso em 20 de junho de 2017.

Portal Felsberg, Disponível em: <http://www.felsberg.com.br/futuro-das-concessionarias-paulistas-sai-dos-tribunais-e-chega-ao-mercado/>. Acesso em 20 de junho de 2017.



QUEIROZ PEREIRA, C. *Novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle*. 2006. 22 f. Dissertação (Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Público e Controle Externo) – Universidade de Brasília, Brasília. 2006.

ROSILHO, André Janjacom. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Procedimentos Administrativos de Competição*, em *Doutrinas Essenciais Direito Administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZANCHIN, KLEBER LUIZ. et al. *Concessões de Rodovias: Aspectos Jurídicos, Econômicos e Institucionais*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2013.

## **8. SUMÁRIO PRELIMINAR**

### **1. INTRODUÇÃO**

### **2. ANÁLISE DO MECANISMO DO *STEP IN RIGHT***

2.1. Natureza jurídica do *step in right*

2.2. Aceitabilidade do *step in right* no direito brasileiro

2.3. Introdução do mecanismo do *step in right* nas concessões e PPPs

2.4. Benefícios e malefícios do *step in right* nas concessões e PPPs

2.5. Eficácia do mecanismo do *step in right* na atração de investidores privados para os projetos de infraestrutura

2.6. Como ocorre a assunção do financiador no controle da concessão?

### **3. CONTRATOS DE CONCESSÃO E PARCERIA**



