

“A **QUARTIER LATIN** teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**Editora Quartier Latin do Brasil**

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

R. General Flores, 508 – Bom Retiro – CEP 01129-010 – São Paulo – SP

Vendas: Fone (11) 3222-2423

Email: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

Site: [www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

*Coordenação:*

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

ANDRÉ TITO DA MOTTA OLIVEIRA

RAFAEL HAMZE ISSA

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

## DIREITO, INSTITUIÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS

O PAPEL DO JUSIDEALISTA NA FORMAÇÃO DO ESTADO

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, primavera de 2017

[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

Editora Quartier Latin do Brasil  
Rua General Flores, 508 – Bom Retiro – São Paulo – SP

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br  
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Anderson Santos Pinto

FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Direito, Instituições e Políticas Públicas – O papel do jusidealista na formação do Estado – São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ISBN 85-7674-900-9

1. Direito Público 2. Direito Regulatório. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Público

2. Brasil: Direito Regulatório.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

## SUMÁRIO

Apresentação: O Jusidealista..... 11

### I. Política e Sociedade Civil, 13

Democracia e Corrupção – A legitimidade da representação política e o sistema eleitoral.....15

WALDIR S. DE NUEVO CAMPOS JR

Separando Joio, Peste e Praga: “Caixa Dois” Eleitoral, Corrupção e Lavagem de Dinheiro..... 27

BRUNO CÉSAR LORENCINI

MARCELO COSTENARO CAVALI

Como funcionam as eleições Norte-Americanas.....45

DIEGO BOCUHY BONILHA

O Financiamento Eleitoral e o Poder Judiciário: Breve Comparação entre a ADI 4.650 e O *Citizens United V. Federal Election Commission (Fec)*..... 63

THIAGO MASSAO CORTIZO TERAOKA

O Papel do Direito na Articulação Governamental Necessária às Políticas Públicas.....83

ALEXANDRA FUCHS DE ARAÚJO

Democracia Administrativa: Transparência e Participação.....97

GUSTAVO GONÇALVES UNGARO

*Advocacy* e *Lobby* das Organizações da Sociedade Civil..... 105

GABRIELA DE BRÈLAZ

Os diferentes regimes jurídicos de parcerias públicas com o Terceiro Setor: uma escolha da Administração? ..... 133

MARCOS D'AVINO MITIDIERI

## II. Poder Legislativo, 153

Do Devido Processo Legislativo..... 155  
ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

O Engenho Normativo na Perda de Mandato Parlamentar Ante  
Sentença Criminal Transitada em Julgado ..... 179  
PEDRO SIQUEIRA DE PRETTO  
RENATO SIQUEIRA DE PRETTO

Controle externo, poder legislativo e Tribunais de Contas:  
deficiências e propostas de aperfeiçoamento..... 195  
BRUNO MITSUO NAGATA

Diálogo constitucional entre Legislativo e Executivo no nosso  
*presidencialismo de coalizão*: apontamentos sobre suas bases  
institucionais ..... 219  
MARCO AURÉLIO SAMPAIO

## III. Poder Executivo, 245

Propostas de Alteração na Lei de Licitações e na  
Lei de Concessões..... 247  
GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

Licitações e Responsabilidade do Estado no Uso das Contratações  
Públicas: Instrumentalidade Licitatória e Direcionamento  
Desenvolvimentista no Setor de Telecomunicações..... 257  
ALINE BERTOLIN

Definição de Serviços Contínuos (Art. 57, Inc. II da  
Lei nº 8.666/1993)..... 279  
KARLIN OLBERTZ NIEBUHR

Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) em  
licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e  
suas modificações recentes ..... 289  
THIAGO MARRARA  
PAULO VICTOR RECCHIA

Devolução de concessões e relicitação ..... 309  
JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR

Propostas para melhorar a estruturação de contratações  
públicas complexas..... 337  
RAFAEL HAMZE ISSA

O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e o Seu  
Regime Jurídico ..... 355  
RAFAEL VÉRAS DE FREITAS

Concessão de Parques Urbanos à Iniciativa Privada:  
Desafios e Perspectivas..... 389  
RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Acordo Tripartite: enfrentando os desafios de financiabilidade de  
projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas  
no Brasil..... 403  
TARCILA REIS JORDÃO

Os Deveres Éticos e Jurídicos do Agente Público na Divulgação  
de Informações aos Meios de Comunicação e aos Cidadãos ..... 429  
JULIANA CRISTINA LUVIZOTTO

Notas Sobre a Rotação das Autoridades de Fiscalização como  
Estratégia de Aprimoramento dos Controles ..... 461  
ROBERTO RICOMINI PICCELLI

Burocracia e Eficiência: dos carimbos e máquinas de escrever à  
Administração Digital ..... 471  
LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

Valores da Administração Pública e Atuação Estatal de Má-Fé ou  
Manifesto pelo Estado Honesto ..... 481  
BRUNO GREGO-SANTOS

O Índice de Integridade da Controladoria Geral do Município de São Paulo como Mecanismo de Implementação e Desenvolvimento da Governança Pública em Nível Local .....493  
LAURA MENDES AMANDO DE BARROS

O Papel da Advocacia Pública na Garantia do Princípio da Eficiência da Administração.....509  
TATIANA ROBLES SEFERJAN

O Processo Administrativo Consensual e a Formulação e Implantação das Políticas Públicas .....519  
JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JUNIOR

Direito Fundamental à Cidade e as Técnicas Espaciais de Implementação deste Direito .....535  
RAFAEL LESSA V. DE SÁ MENEZES

Políticas Públicas, Racionalidade e Análise de Custo-Benefício de Programas de Parcerias de Investimentos .....545  
RAFAEL ROQUE GAROFANO  
DANIEL ALMEIDA STEIN

O Programa Minha Casa, Minha Vida (2009-2014) e a Participação Democrática dos Movimentos e Organizações Sociais: Impacto na Inclusão Social por meio da Efetivação do Direito à Moradia .....575  
GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

A Lei 13.303/16 e a Nova Empresa Estatal.....603  
BERNARDO STROBEL GUIMARÃES

Lei de Acesso à Informação e sigilo nas atividades de Empresas Estatais.....617  
VÍTOR MONTEIRO  
FABIO GOMES DOS SANTOS

O Ocaso da Dicotomia entre Empresas Estatais Prestadoras de Serviços Públicos e Exploradoras de Atividade Econômica .....639  
HENRIQUE MOTTA PINTO

#### IV. Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Advocacia e Polícia, 657

A Governança Judiciária e sua Implementação .....659  
ANDRÉ TITO DA MOTTA OLIVEIRA

O Acesso à Prestação Jurisdicional e a Responsabilidade das Partes: Reflexões Sobre o Papel da Gratuidade Processual, dos Honorários Sucumbenciais e da Litigância de Má-Fé na Distribuição da Justiça .....675  
DOMICIO WHATELY PACHECO E SILVA

Monitoramento de Perfis de Demandas: um Caminho na Busca do Planejamento no Âmbito do Poder Judiciário?.....695  
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS  
ANA RITA DE FIGUEIREDO NERY  
MARIA RITA REBELLO PINHO DIAS  
RENATA MOTA MACIEL DEZEM

Desafios do controle da corrupção no Brasil.....717  
ROBERTO LIVIANU

Poderes investigatórios do Fisco e sigilo bancário à luz da jurisprudência do STF .....729  
ANDRÉ ROSILHO  
NATHALIA FUKUNAGA

Reflexões Sobre a Responsabilidade Objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).....741  
FRANCISCO ZARDO

Como o Setor Privado tem Contribuído no Combate à Corrupção no Brasil? Uma Análise da Evolução no Século XXI .....757  
LEOPOLDO PAGOTTO  
MARIANA DUPRAT RUGGERI

**Celebração de Acordos nas Ações de Improbidade: Necessidade de Revisão do Artigo 17, § 1º, da Lei Nº 8.429 à Luz da Evolução Legislativa e da Noção de *Self-Cleaning* do Direito Europeu.....** 777

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

**A Repressão aos Crimes de Licitação e o Combate à Lavagem de Dinheiro Por Meio da Atividade de Inteligência no Exercício da Polícia Judiciária.....** 799

GISELE TOMASINI

HERBERT GONÇALVES ESPUNY

ROBINSON FERNANDES

**Ética Empresarial e Efetividade dos Programas de Compliance.....** 829

FELIPE KIETZMANN

RODRIGO DE PINHO BERTOCCELLI

**Penas Pecuniárias nos Acordos de Leniência: Quem Paga Esta Conta?.....** 843

KAREN LOUISE JEANETTE KAHN

**A imputação dos atos lesivos na Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013).....** 857

VICENTE GRECO FILHO

JOÃO DANIEL RASSI

**Organizações criminosas e Segurança Pública. Do domínio da organização às ações neutras.....** 873

GLÁUCIO ROBERTO BRITTES DE ARAÚJO

**Prisão e Liberdade de Agentes Políticos com Prerrogativa de Foro no Supremo Tribunal Federal.....** 903

ULISSES AUGUSTO PASCOLATI JUNIOR

CATHERINE FANIZZI

## O JUSIDEALISTA

Idealismo, Direito e Justiça.

Uma sociedade pode conviver sem qualquer destes valores?

De alguma forma tentou-se.

Na tradição jurídica da *civil law*, o movimento positivista, que ganhou força com o processo de codificação do Direito experimentado por nações como França e Alemanha a partir do século XIX, buscou reduzir as ideias de Direito e Justiça à lei.

Apesar das limitações intrínsecas dessa empreitada, já que esta esbarra nas dificuldades de clarividência próprias do ser humano quanto a se antecipar a eventos futuros e, ainda mais, de prever em atos gerais e abstratos qual seria a melhor forma de agir quando da sua superveniência, seus reflexos ainda são sentidos nos dias de hoje.

Ensino enciclopédico e fragmentado do Direito nas faculdades, preocupação excessiva com o cumprimento de formas sem consideração para com seus efeitos na realidade, certa resignação com disfuncionalidades das nossas instituições, desde que se atenda, “formalmente”, à lei.

A aplicação do Direito é vista por muitos como uma atuação mecânica, em que os respectivos operadores, como se estivessem em uma linha de montagem, devessem ser guiados por padrões de produtividade que inspiram a empresa privada, dominados exclusivamente pela ética dos números, na convicção de que esta bastará para avançarmos rumo a um Estado e a uma Sociedade melhores.

Como tal visão prosaica do fenômeno jurídico não só não foi capaz de impedir momentos de grave conflagração social experimentados pela humanidade no século XX, como vem conduzindo a resultados insatisfatórios para o fortalecimento dos nossos laços sociais e legitimidade da nossa organização política, se faz necessária uma reação.

Surge o Jusidealista.

Imbuídos do propósito de repensar o Direito, em especial o seu papel na disciplina da organização e funcionamento das instituições, os autores desta obra se dedicaram a refletir sobre Política e Sociedade, Poder Legislativo, Poder Executivo e sistema de Justiça.

No esforço de investigar o Direito que está por trás das nossas leis ou então que deve ser reconhecido apesar da má formulação de muitas delas, as reflexões que compõem este estudo seguem um ideal: que o Direito seja visto como limite ao arbítrio e instrumento para uma ação estatal eficiente, e não como escusa para o disparate.

Na esperança de que possamos de alguma forma contribuir para o rico debate que entendemos urgente para nossa Democracia, sobretudo em um contexto de crise econômica e política, convidamos o leitor a percorrer as páginas que seguem.

São Paulo, primavera de 2017

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

ANDRÉ TITO DA MOTTA OLIVEIRA

RAFAEL HAMZE ISSA

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

## ACORDO TRIPARTITE: ENFRENTANDO OS DESAFIOS DE FINANCIABILIDADE DE PROJETOS DE CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL

Tarcila Reis Jordão<sup>1,2,3</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Em março de 2017, o Governo do Estado de São Paulo (GESP) obteve o resultado do processo licitatório internacional relativo ao primeiro lote do novo programa de concessões rodoviárias, denominado Lote Centro-Oeste. O leilão logrou êxito de 130%<sup>4</sup> e inaugurou mudança do perfil de licitantes em concessões de rodovias<sup>5</sup>. Em abril de 2017, quando ocorreu o leilão do segundo lote do programa (Rodovia dos Calçados), o resultado não foi menos positivo. A Arteris (Abertis-Brookfield), cuja proposta refletia êxito de 438%<sup>6</sup>, saiu vencedora do lote composto de 720 quilômetros e R\$ 5 bilhões de investimentos em 30 anos. Além disso, ao passo que os projetos de concessão e PPP no Brasil continuam tradicionalmente participação decisiva do BNDES<sup>7</sup> na sua estrutura de financiamento, estes dois projetos puderam se viabilizar independentemente desta alternativa.

Durante a estruturação dos referidos projetos, havia um cenário de intensas crises econômica e política<sup>8</sup> no Brasil. Neste cenário, não bastava o GESP replicar

1 Doutora em Direito Público pela SciencesPo/Paris, com um ano de pesquisa na Harvard Law School. Mestre em Direito Público pela Universidade de Paris 1 (Pantheon-Sorbonne). Mestre em Ciência Política pela London School of Economics (LSE). Advogada e Consultora Jurídica.

2 A autora participou da estruturação dos projetos como consultora da International Finance Corporation (Grupo Banco Mundial), liderando as frentes jurídica internacional e socioambiental. Entretanto, todo o conteúdo deste artigo é de sua exclusiva responsabilidade, não vinculando de qualquer maneira a IFC.

3 Agradeço a Luiz Filipe Cunha pelo diligente suporte na revisão e incremento das notas de rodapé deste artigo. Todos os eventuais erros são de responsabilidade da autora.

4 O montante da outorga ofertada pelo licitante vencedor equivale a aproximadamente US\$ 410 milhões.

5 O licitante vencedor do primeiro lote foi o Fundo de Investimentos Pátria/Blackstone Private Equity.

6 O montante da outorga ofertada pelo licitante vencedor equivale a aproximadamente US\$ 500 milhões.

7 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

8 A crise política do governo federal repercutiu em paralisação e solução de continuidade institucionais, cujo desfecho foi o impedimento da Presidente Dilma Rousseff em agosto de 2016. Paralelamente, a crise econômica se agravou, retratando, por exemplo, queda de 7,2% do PIB no acumulado de 2015 e 2016 (O Estado de S. Paulo, "Com dois anos de recessão, PIB brasileiro encolhe 7,2%", disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-cai-3-6-em-2016-e-confirma-pior-recessao-desde-1930,70001689773>; acesso em 24.05.2017) e desemprego de 11,5% em 2016 (Valor Econômico, "Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012", disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>; acesso em 24.05.2017). Ademais, as empresas que tradicionalmente lideravam os projetos de infra-estrutura eram objeto de investigações de escândalos de corrupção e experimentavam graves crises financeiras. A crise de credibilidade, notadamente diante dos investidores internacionais, era preocupação premente.

sua experiência setorial<sup>9</sup>. Decidiu-se, então, adotar inovações<sup>10</sup> com a finalidade de enfrentar a necessidade de diversificar os perfis dos licitantes e o cenário de restrição ao crédito. Uma destas inovações é diretamente destinada à segurança dos financiadores. Trata-se do Acordo Tripartite, instrumento utilizado amplamente em concessões e parcerias público-privadas de outros países<sup>11</sup>, notadamente os Estados Unidos<sup>12</sup>, agora pela primeira vez disponível no Brasil. Por meio desta inovação, facultou-se ao Financiador<sup>13</sup> assinar um contrato<sup>14</sup> com o Poder Concedente e o Concessionário para regular o alcance e o procedimento do exercício dos seus direitos. A assinatura do acordo tripartite ocorre depois da assinatura do Contrato de Concessão e do Contrato de Financiamento de longo prazo, sendo frequentemente condição para o primeiro desembolso do financiamento.

O objetivo deste artigo é discutir o conteúdo do acordo tripartite com base em duas perguntas. Primeiro, (i) por que a usual regulação do exercício dos direitos dos financiadores na legislação e em contratos de Concessão e PPP não é suficiente, sendo necessário assinar um contrato específico para esta finalidade? Ou seja, é preciso justificar a introdução de um acordo desta natureza no Brasil. Segundo, (ii) quais são os argumentos que viabilizaram a tropicalização jurídica do acordo tripartite? Melhor: por que as eventuais particularidades, incluindo aparentes obstáculos, são superáveis no ordenamento jurídico brasileiro? Quer dizer, por que o acordo tripartite pôde ser recepcionado pela legislação brasileira?

Durante a resposta a estas duas perguntas, apresentaremos síntese sobre o funcionamento dos principais institutos do acordo tripartite, atentando especialmente

à dinâmica que o instrumento promoverá entre suas três partes durante a execução de Concessões e PPPs. Em conclusão, sugerimos que o instrumento impulsiona a concretização do famoso *alinhamento de interesses* entre Poder Concedente e Financiador, tão facilmente compreendido em tese e remotamente vivenciado na prática. Mas apenas impulsiona: os desafios de financiabilidade persistem e devem estar no centro das preocupações quando se pretende inovar em Concessões e PPPs.

## 2. POR QUE O ACORDO TRIPARTITE É NECESSÁRIO?

### 2.1. A ASSINATURA DO ACORDO TRIPARTITE IMPLICA APROVAÇÃO PRÉVIA PELO PODER CONCEDENTE E EFETIVIDADE SOBRE O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DOS FINANCIADORES

O primeiro argumento a respeito da necessidade de disponibilizar o acordo tripartite<sup>15</sup> é o fato de sua assinatura implicar aprovação prévia pelo Poder Concedente do exercício dos direitos do Financiador. Esta aprovação prévia do Poder Concedente é relevante porque (a) confere mais segurança ao Financiador a respeito da efetividade dos seus direitos e (b) desburocratiza o procedimento que tradicionalmente condicionaria o exercício destes direitos. Significa que, nas hipóteses definidas no acordo tripartite, o Financiador goza da possibilidade de simplesmente acionar o rol dos seus direitos, sem mais depender de um juízo discricionário do Poder Concedente. De partida (com a assinatura do Acordo Tripartite), o Poder Concedente já terá aprovado as hipóteses que permitem o exercício dos direitos do Financiador. Nestas hipóteses, o Financiador deliberadamente decidirá se vai lançar mão do rol de seus direitos.

Como detalharemos na segunda parte deste artigo, há três direitos do Financiador a serem potencialmente exercidos no âmbito de um contrato de concessão: a administração temporária, a assunção de controle e a transferência de concessão. Ocorre que o artigo 27<sup>16</sup> da Lei de Concessões (Lei 8987 de 1997) prevê que é necessário obter *anuência do Poder Concedente* para realizar a transferência de concessão, sob pena de caducidade<sup>17</sup>. Da mesma forma, o art. 27-A<sup>18</sup> da mesma lei estabelece que a assunção de controle e a administração temporária dependerão de *autorização do Poder Concedente*. Isto significa que, de acordo com a lei, o exercício dos direitos dos financiadores está condicionado a uma avaliação do Poder Concedente.

Neste contexto, a segurança a respeito desta avaliação do Poder Concedente usualmente resta fragilizada. Quer dizer, não há previsibilidade quanto ao conteúdo e efetividade da decisão do Poder Concedente. Pergunta-se: será que o Poder

<sup>9</sup> O programa de concessões rodoviárias do estado de São Paulo iniciou-se no início da década de noventa e hoje é reputado por compreender 19 das 20 melhores rodovias do Brasil (Pesquisa CNT/2016, divulgada no sítio eletrônico da Artesp <http://www.artesp.sp.gov.br/>). O programa é dirigido pela Artesp, agência reguladora estadual criada em 2002 pela lei no. 914.

<sup>10</sup> Estas inovações incluem compartilhamento de risco cambial, regulação contratual da metodologia de cálculos de extinção antecipada, revisão ordinária, entre outros: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral>, acessado em 16 de março de 2017 e <http://www1.folha.uol.com.br/opinio/2017/03/1867262-vitoria-da-inovacao-em-sao-paulo.shtml>, acessado em 22 de março de 2017 e <http://exame.abril.com.br/revista-exame/rodovias-paulistas-viram-rotas-de-investimentos-ja-as-federais/>, acessado em 23 de março de 2017.

<sup>11</sup> Os exemplos, ao redor do mundo, são inúmeros. O governo da Índia, por exemplo, buscando incentivar as PPPs, desenvolveu contratos tripartites para os mais diversos setores da Economia. No setor de Portos, a título exemplificativo, há detalhado modelo de contrato tripartite, disponível em: [http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA\\_o.pdf](http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA_o.pdf). Há modelo equivalentes, no mesmo país, para o setor de ferrovias, acessível em [http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp\\_report/reports\\_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf](http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/reports_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf). Na Austrália, os modelos de contratos tripartites na estruturação econômico-financeira de Concessões e PPPs também assumem papel central, inclusive nos modernos projetos de investimento em energias renováveis (relatório da PwC, "Construction, operation, regulatory and bankability issues for utility scale renewable energy projects", Jan. 2017, disponível em <http://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-11-construction-operation-regulatory-feb16-4.pdf>).

<sup>12</sup> Nos Estados Unidos, os Acordos Tripartites são a regra na estruturação de projetos de infraestrutura. A *American Bar Association* possui um modelo de acordo do tipo, muito utilizado em contratos de concessão, que prevê seção dedicada especialmente aos *step-in rights* (t4.01). Disponível em [http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodelagreement\\_bisero2012.pdf](http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodelagreement_bisero2012.pdf).

<sup>13</sup> Se houver pluralidade de financiadores, o acordo tripartite será assinado pelo Agente Fiduciário, que os representará. O Agente Fiduciário é contratado de forma privada e o Concessionário que normalmente assume os custos decorrentes desta contratação.

<sup>14</sup> As diretrizes e a minuta do contrato compõem o Anexo VIII do Contrato de Concessão. A faculdade do financiador de assiná-lo consta da cláusula 33.1 da minuta do Contrato de Concessão, disponível no sítio eletrônico: <http://www.artesp.sp.gov.br/>. Note-se que a minuta do acordo tripartite poderá ser ajustada pelas partes.

<sup>15</sup> Repita-se que o acordo tripartite é uma *faculdade* disponível ao Financiador. Se o Financiador quiser assinar o acordo tripartite, o Concessionário mandatoriamente o assinará também.

<sup>16</sup> Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

<sup>17</sup> Caducidade é a extinção antecipada do contrato de concessão devido a falha/descumprimento contratual do Concessionário (art. 38 da Lei 8.987/1995).

<sup>18</sup> Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Concedente vai anuir o pedido de transferência de concessão? Será que vai autorizar a administração temporária? Se sim, quando e sob quais condições? O Financiador poderá questionar a decisão do Poder Concedente, já que não é parte do contrato de concessão, ou dependerá do Concessionário?

A falta de segurança a respeito do conteúdo e da efetividade da decisão do Poder Concedente tem duas razões de ser, pelo menos<sup>19</sup>.

Primeiro, a lei fala em "autorização". A autorização é amplamente entendida no mundo jurídico como um ato administrativo discricionário<sup>20</sup>, ou que goza de algum grau de discricionariedade<sup>21</sup>. Como já defendemos em outra oportunidade<sup>22</sup>, a noção de ato administrativo discricionário informa que a base justificadora da escolha da administração pública para realizá-lo não depende da satisfação de condições concebidas prévia, específica e explicitamente, seja em lei ou em contrato. A base justificadora de um ato administrativo discricionário precisa estar em conformidade com o ordenamento jurídico, mas prescinde de nele ser listada<sup>23</sup>. Não é necessário atender a um *checklist* normativo pré-existente para justificar um ato discricionário. Isto significa que o Poder Concedente goza de flexibilidade para construir seu juízo e justificar uma autorização. E isto tem razão de ser: há uma pluralidade infinita de motivos subjacentes às decisões da Administração potencialmente disponíveis na prática e em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, se a lei fosse listá-los, a lei seria infinita (porque infinito é o número

possível de motivos) ou injusta (uma lista não seria capaz de retratar o número infinito de motivos). Então, atos discricionários existem e precisam existir no cotidiano administrativo.

O problema é que, quanto maior o grau de discricionariedade, menor o grau de previsibilidade. Em projetos de longo prazo, esta previsibilidade soa ainda mais remota porque a análise de riscos sobre as circunstâncias e perfis de tomadores de decisão de hoje não persistirá no futuro. As circunstâncias e os tomadores de decisão mudam.

Fato é que, embora o Financiador tenha o direito de esperar uma decisão *de acordo com o ordenamento jurídico*, ele não consegue descrever esta decisão de antemão. Em consequência, o Financiador guarda pouca fé sobre direitos que, embora previstos em lei, dependem de atos discricionários de autorização ou anuência, sem qualquer regulamentação mais detalhada a respeito dos critérios ou hipóteses a ela relacionados. Por exemplo, segundo a lei, nos casos de administração temporária e assunção do controle, haverá autorização se o pedido, *nas condições estabelecidas no contrato de concessão*, visar a promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Como os contratos de concessão normalmente não prevêem estas condições, o Financiador se vê diante da necessidade de convencer o Poder Concedente de que seu pedido vai resultar em *reestruturação financeira e continuidade da prestação de serviços*.

Ora, como reestruturação financeira e continuidade da prestação de serviços são conceitos elásticos e altamente contextualizados, a discricionariedade da autorização é praticamente incontornável. Simplesmente não é possível afirmar de antemão se e quando os direitos dos Financiadores poderão ser exercidos. Talvez mais grave, a transferência da concessão (terceiro direito do Financiador, conhecido internacionalmente como "*Substitution*") sequer está respaldada por um conceito elástico equivalente à *reestruturação financeira e continuidade da prestação de serviços*. A lei apenas afirma que a transferência depende de anuência, sem informar quais são os elementos mínimos que devem orientar a decisão da administração de anuir ou não.

Como este artigo não tem o condão de propor mudança legislativa, assumimos que o ato administrativo que veicula o exercício dos direitos do Financiador continuará discricionário. O que podemos fazer via discussão sobre o acordo tripartite é reduzir a correspondente margem de discricionariedade, a fim de assegurar a previsibilidade do exercício dos direitos do Financiador. É que, como detalharemos na próxima seção, a lei *já* permite estabelecer as condições com base nas quais o exercício destes direitos pode ocorrer. Caberá aos estruturadores de projetos de Concessão e PPP desenvolver o conteúdo e a regulamentação destas condições nos seus respectivos acordos tripartites.

Concretamente, o acordo tripartite em pauta<sup>24</sup> mitiga o risco de imprevisibilidade na medida em que garante que o Financiador poderá exercer seus direitos em

<sup>19</sup> O escopo deste artigo não compreende a análise de outras razões que podem eventualmente influenciar na sensação ou na constatação de falta de segurança dos financiadores quanto ao exercício dos seus direitos. Não incluímos aqui o funcionamento do judiciário, política macroeconômica de subsídios ou grau de participação dos bancos públicos no financiamento de projetos de Concessões e PPPs.

<sup>20</sup> A autorização, para a doutrina tradicional, é "ato discricionário e precário" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27. ed., 2014, p. 146), ou, ainda, "é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013, p. 444). Para Rafael Oliveira, sintetizando o entendimento doutrinário, "a autorização possui as seguintes características: a) ato de consentimento estatal; b) ato discricionário; e c) ato constitutivo" (OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017).

<sup>21</sup> Somos adeptos a uma análise sobre os *diversos graus* de discricionariedade identificáveis nos diversos tipos de atos administrativos. É que nos soa irreal a classificação bipolar (discricionário ou vinculado) dos atos administrativos. Porém, para a finalidade deste texto, não aprofundaremos esta discussão, nem avaliaremos o grau de discricionariedade do termo de autorização para o exercício dos direitos dos financiadores. Apenas explicitamos, em conformidade com entendimento majoritário, que autorizações gozam de algum grau de discricionariedade. No mesmo sentido, Andreas Krell narra uma verdadeira oscilação entre a vinculação plena e a discricionariedade plena, não se podendo falar em atos *plenamente vinculados* nem *plenamente discricionários*, mas sempre um ponto intermediário (KRELL, Andreas). *Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial*. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, nº 8, 2004, p. 189).

<sup>22</sup> Reis, Tarcila (2016) *Avanços e Problemas do Novo Decreto de PMI da Bahia*, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 177-190, jan/mar.

<sup>23</sup> Um ato administrativo vinculado, por outro lado, é caracterizado justamente por decorrer da satisfação de condições legalmente listadas. É vinculado a uma lista de condições. Não importa a avaliação das condições que faltam na lista, mas que eventualmente existam na prática. Realizadas as condições da lista, reconhece-se o ato administrativo. Isto é, o ato administrativo é dito *vinculado* "se a situação de fato já está delineada na norma legal"; neste caso, "ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27. ed., 2014, p. 114). Ver também JANNOTTI, Onaldo Franco. *Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade*. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo. Atos Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade*. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>24</sup> Utilizaremos os exemplos advindos dos acordos tripartites dos projetos paulistas, únicos até o momento existentes no Brasil. Entretanto, nada impede que haja customização das suas condições e hipóteses, em função dos riscos e setores envolvidos em cada projeto. Neste sentido, vale ainda lembrar que a minuta disponibilizada pelo GESP foi ilustrativa. Ou seja, as partes poderão ajustá-la, desde que respeitem as diretrizes assumidas.

duas hipóteses: (i) durante os 30 dias contados a partir da notificação<sup>25</sup> do Poder Concedente, afirmando que o Período de Cura no âmbito do contrato de concessão expirou, sem que o concessionário tenha logrado sanar os descumprimentos anteriormente apontados e (ii) a qualquer momento enquanto durar o inadimplemento no âmbito do contrato de financiamento após expirado o respectivo Período de Cura. Caso seja concretizada qualquer das duas hipóteses, o Financiador poderá notificar<sup>26</sup> o Poder Concedente, simplesmente informando qual direito vai exercer (administração temporária, assunção de controle ou transferência da concessão).

Esta comunicação do Financiador já conta com a aprovação do Poder Concedente<sup>27</sup> a respeito do exercício de direito. É que esta aprovação está prevista no acordo tripartite. Por exemplo, no caso da transferência da concessão (cessão da concessão), a cláusula 14.1.1 da minuta do acordo tripartite disponibilizado pelo GESP estipula que “*por intermédio deste instrumento, a Concessionária, bem como o Poder Concedente, consentem com a opção ora conferida, sem prejuízo da prerrogativa do Poder Concedente de aprovar a qualificação do cessionário*”<sup>28</sup>, a quem serão transferidos os direitos emergentes do Contrato de Concessão, nos termos do disposto no § 1, do artigo 27 da Lei 8.987/95.” (grifo nosso)

Mas, e se conseguíssemos superar o argumento da autorização prévia por meio de regulação no próprio contrato de concessão das hipóteses que ensejam o exercício dos direitos dos Financiadores, reduzindo, portanto, a margem de discricionariedade do Poder Concedente acima referida? Ou seja, o acordo tripartite deixaria de ser necessário se deslocássemos dele para o contrato de concessão todas as regras relativas ao exercício dos direitos do Financiador, a fim de reduzir a margem de discricionariedade do Poder Concedente? Não, mesmo assim o acordo tripartite continuaria necessário.

O acordo tripartite continuaria necessário na medida em que é ele que veicula a exequibilidade (*enforcement*) dos direitos e deveres por parte do Financiador em relação ao Poder Concedente. Trata-se do segundo argumento sobre a necessidade do acordo tripartite: é o acordo tripartite que permite que o financiador cobre do Poder Concedente a garantia do exercício dos seus direitos nas hipóteses definidas contratualmente. Sem o acordo tripartite, o Financiador não possui relação jurídica com o Poder Concedente e depende da intermediação do Concessionário para obter tais aprovações.

Mais, sem acordo tripartite, a despeito do flagrante “*alinhamento de interesses*”<sup>29</sup> entre o Poder Concedente e o Financiador, estes não dialogam e não têm direi-

tos e obrigações recíprocas. Não haveria, por exemplo, como exigir o dever de notificações recíprocas para deflagrar Períodos de Cura e de Exercício. Não haveria tampouco como o Financiador exigir diretamente ao Poder Concedente a garantia destes direitos. Em última análise, o alinhamento de interesses entre Poder Concedente e Financiador continuaria a depender do Concessionário, cujo interesse está normalmente em pólo oposto.

Neste contexto, vale lembrar que as minutas do contrato de concessão em referência prevêem que a assinatura do acordo tripartite é uma faculdade do Financiador. Na hipótese de o Financiador sinalizar seu interesse em exercer esta faculdade, o Poder Concedente e o Concessionário, signatários do contrato de concessão, estarão obrigados a assinar o acordo tripartite. Ou seja, é o Financiador que no final das contas decide se haverá ou não acordo tripartite no projeto.

A razão da natureza facultativa do acordo tripartite é simetricamente equivalente à necessidade de o Poder Concedente disponibilizar-se a assiná-lo: o acordo tripartite implica autorização prévia do Poder Concedente e efetividade do exercício dos direitos do Financiador. Ou seja, com o acordo tripartite, o Financiador passa a poder cobrar diretamente do Poder Concedente o exercício dos seus direitos e toda a dinâmica de notificações a eles subjacentes. Se ao Financiador, por qualquer razão, não interessar usufruir dos benefícios decorrentes do acordo tripartite, não faria sentido o Poder Concedente obrigá-lo a tanto.

A novidade está em o Poder Concedente se disponibilizar a garantir o exercício dos direitos do Financiador em certas hipóteses, conferindo desde a assinatura do Acordo Tripartite a autorização prévia exigida em lei e sua devida efetividade.

## 2.2. O ACORDO REGULAMENTA O SISTEMA DE NOTIFICAÇÕES, CONSTITUINDO OBRIGAÇÕES DE INFORMAÇÃO RECÍPROCAS

Além de implicar autorização prévia e efetividade aos direitos do financiador, o Acordo Tripartite é importante porque inaugura um sistema de notificações recíprocas, conferindo o protagonismo esperado ao papel do financiador durante a execução do contrato de concessão. Este sistema de notificações recíprocas visa a implementar direitos e obrigações decorrentes dos interesses compartilhados entre o Poder Concedente e o Financiador. São três as premissas: (i) a continuidade do projeto não pode ser colocada em risco; (ii) a garantia dos financiadores são os ativos do projeto e (iii) estes ativos são limitados.

A pergunta é: já que Poder Concedente e Financiador desejam que a concessão seja bem sucedida, como podem se ajudar no alcance deste objetivo, evitando

prestação de serviços ocorra de maneira eficiente e que o usuário esteja, portanto, satisfeito. Para tanto, ao Poder Concedente interessa que o contrato de financiamento esteja sendo cumprido, já que é a fonte do capital a ser investido no serviço por ele delegado. É óbvio, há garantias e mesmo a possibilidade de recurso a capital próprio, mas os custos de transação e inseguranças geradas quanto à liquidez da SPE distam da expectativa de um contrato de concessão bem sucedido. “*Lenders’ step-in rights are market practice and key to the bankability of PPP projects. They can assist all parties: lenders are given a chance to protect their loan, and the Authority and project users can benefit from their attempt to rescue the project. When stepping in, the lenders’ interests and those of the Authority are to a large extent aligned*” (Allen & Overy, European Expertise Centre, “Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts”, p. 51, disponível em [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination\\_Report.pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination_Report.pdf)).

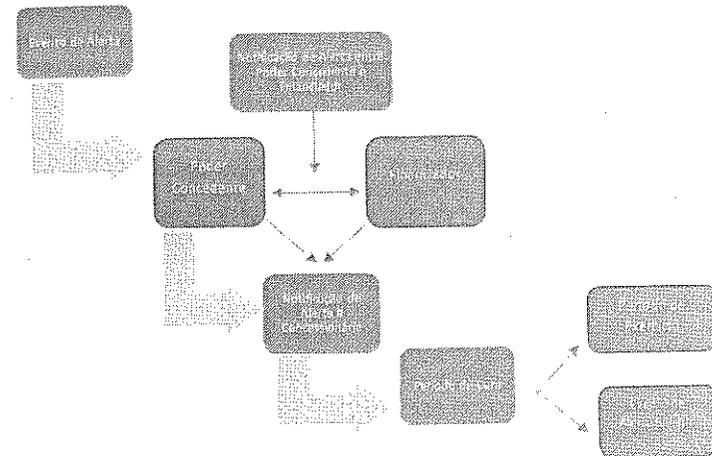
25 A renovação do período de exercício por mais 30 dias é garantida, bastando que o Financiador faça requerimento. Para novas extensões, o Financiador ficará sujeito à análise do Poder Concedente.  
26 Notificação de Administração Temporária, Notificação de Assunção de Controle e Solicitação de Transferência da Concessão.  
27 Naturalmente, o Financiador deve ser dotado de regularidade jurídica e fiscal para exercer quaisquer de seus direitos (art. 27 e art. 27-A).  
28 Detalharemos na segunda seção o alcance desta qualificação, cujo satisfação deve ser tão objetiva quanto aquela prevista em procedimentos licitatórios.  
29 Item fundamental para criar o alinhamento de interesse é a previsão da lei 8.987/1995: Art. 28: *Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. Ou seja, ao Financiador interessa que a concessão seja bem sucedida porque ela é a fonte de receitas apta a honrar o contrato de financiamento, ao passo que ao Poder Concedente interessa que a*

descumprimentos reiterados do contrato de concessão, garantindo atuação do financiador na reestruturação financeira da concessão ou mesmo evitando extinções antecipadas? A resposta a esta pergunta via acordo tripartite gera duas consequências. Primeiro, o acordo tripartite institucionaliza dinâmica prática do alinhamento de interesses, até então entendida em tese. Segundo, a institucionalização desta dinâmica prática termina por materializar o exercício de direitos do financiador, até então previstos legalmente, mas desprovidos de customização contratual.

O sistema de notificações pode ser sintetizado da seguinte forma. O acordo tripartite explicita uma lista de falhas contratuais do Concessionário, que devem ser indentificadas pelo Poder Concedente (no âmbito do contrato de concessão) e pelo Financiador (no âmbito do contrato de financiamento). Estas falhas contratuais são denominadas *eventos de alerta*. Note que não são quaisquer<sup>30</sup> falhas contratuais, mas aquelas listadas<sup>31</sup> no acordo tripartite e que, uma vez identificadas, serão objeto de Notificação de Alerta (entre Poder Concedente e Financiador, a depender do contrato na qual a falha ocorreu). Se um evento de alerta ocorrer no âmbito do contrato de concessão, é o Poder Concedente que deve notificar o Financiador. Se um evento de alerta ocorrer no âmbito do contrato de financiamento, é o Financiador que deve notificar o Poder Concedente. Paralelamente, o autor da notificação de alerta deve também notificar o Concessionário, informando a identificação da falha e exigindo que esta seja sanada em determinado período<sup>32</sup> (Período de Cura). O recebimento desta notificação pelo Concessionário dá início ao Período de Cura, durante o qual a falha deve ser sanada.

Se o alerta for efetivo, o Concessionário tratará de resolver a irregularidade durante o Período de Cura. Existe, porém, a possibilidade de a falha cometida pelo concessionário não ser sanada durante o Período de Cura. Neste caso, o concessionário não utilizou o prazo concedido pelo acordo tripartite para sanar as irregularidades cometidas. De um lado, do ponto de vista do contrato de concessão, tudo seguirá como tradicionalmente exigido (processo administrativo, advertências, multas, etc). De outro lado, do ponto de vista do acordo tripartite, será ini-

ciado o Período de Exercício, durante o qual o Financiador terá a oportunidade de lançar mão do rol de seus direitos previstos e regulados. Findo o Período de Cura sem que o vício (evento de alerta) haja sido "curado" pelo Concessionário, o Poder Concedente deverá notificar o Financiador (Notificação do Poder Concedente), informando-lhe tal situação. É o recebimento de tal notificação pelo Financiador que inicia o Período de Exercício.



Iniciado o Período de Exercício, o Financiador poderá lançar mão de qualquer um dos seus direitos. Trata-se de uma *faculdade* do Financiador *sem condições gradativas* para exercê-la. Ou seja, o Financiador não tem qualquer obrigação de exercer um dos seus direitos. Uma vez iniciado o Período de Exercício, o Financiador poderá simplesmente manter-se silente, sem qualquer consequência. Segundo, não é necessário que o Financiador exerça direitos cuja intensidade interventiva seja menor para depois se tornar apto a exercer direitos de intensidade interventiva maior. O Financiador poderá optar exercer *qualquer um* de seus direitos. Por exemplo, poderá exercer seu direito "mais forte" logo no início do Período de Exercício, sem estar condicionado a exercício escalonado de direitos (primeiro intervir pouco e por último fortemente).

Neste artigo<sup>33</sup>, graduamos os três direitos em três graus interventivos distintos: administração temporária (leve), assunção do controle (médio) e transferência da concessão (forte). O critério da gradação é o grau de compartilhamento de responsabilidade do Financiador com o Concessionário em relação ao contrato de concessão. Na administração temporária, a gradação é leve porque o Financiador não se responsabiliza pelo conteúdo do contrato de concessão. Diante do § 5, do art. 27-A, da lei 8.987/1995<sup>34</sup>, o Financiador, por intermédio do administrador temporário, terá alguns poderes no âmbito do contrato de concessão, mas não di-

<sup>30</sup> Não poderiam ser quaisquer falhas porque, como veremos, a dinâmica a partir de um evento de alerta pode levar ao exercício dos direitos pelos financiadores. Ora, a garantia do exercício destes direitos deve ser limitada apenas às situações graves, que coloquem em risco a concessão e, portanto, a fonte de receitas do financiador. É quando ocorrem estas situações graves que o Financiador está legitimado a ser chamado para exercer seu direito de agir na concessão com a finalidade de reestruturá-la financeiramente e garantir a continuidade da prestação dos serviços. Se quaisquer falhas fossem capazes de configurar um evento de alerta, haveria, de um lado, expansão indevida do papel do Financiador e, de outro lado, uma demanda operacional irrealista para gerir o acordo tripartite.

<sup>31</sup> No exemplo paulista, foram considerados eventos de alerta: descumprimento de obrigação que ensejasse execução de garantia, desde que pelo menos uma das seguintes hipóteses houvesse ocorrido (i) multa em valor superior a dado montante; (ii) certo número de notificações com tipos específicos de penalidades (no caso, níveis E e F) e (iii) mora quanto a multas ou valores a serem pagos ao Poder Concedente; instauração de processo administrativo para declaração de caducidade; instauração de processo administrativo para declaração de intervenção; e descumprimento de obrigações que possam resultar na aceleração do pagamento da dívida ou no vencimento antecipado de suas dívidas, segundo o contrato de financiamento.

<sup>32</sup> O período de cura será de 30 dias, salvo se o contrato de concessão ou o contrato de financiamento prever prazo distinto para que o concessionário regularize uma determinada obrigação. Caso haja previsão de prazo distinto de 30 dias, o prazo do Período de Cura para sanar o evento de alerta em questão será igual ao previsto no contrato de concessão ou no contrato de financiamento.

<sup>33</sup> Detalharemos este ponto na seção 3, quando trataremos especificamente dos três direitos.  
<sup>34</sup> § 5, do art. 27-A, da lei 8.987/1995: "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. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)"

vide com o Concessionário a responsabilidade dele decorrente. Já durante a assunção do controle, o Financiador, figurando como proprietário resolúvel das ações do Concessionário, será responsável, como se acionista fosse, do conteúdo do contrato de concessão. A responsabilidade é equivalente àquela atribuída aos demais acionistas<sup>35</sup>, nos limites e condições existentes para os demais acionistas. Finalmente, o direito mais forte é a transferência (ou cessão) da concessão. Trata-se do direito mais forte porque haverá substituição do concessionário por meio de cessão da posição contratual de contratado (Concessionário). Ou seja, o grau máximo de compartilhamento do conteúdo do contrato com o concessionário ocorre justamente quando sua atuação é esvaziada. Em detrimento de compartilhamento, ocorre a transferência (completa) da concessão, por meio da substituição do Concessionário<sup>36</sup>.

Em paralelo ao alerta e à subsequente possibilidade de o Financiador exercer seus direitos, os Períodos de Cura e de Exercício geram duas outras importantes consequências no âmbito do contrato de concessão. Primeiro, a suspensão da cobrança de penalidades (multas) e descontos por atrasos em investimentos ou má performance do Concessionário. Segundo, uma vez iniciados os Períodos de Cura e Exercício, resta também suspensa a possibilidade de o Poder Concedente extinguir antecipadamente o contrato de concessão por caducidade.

Estes dois tipos de suspensão têm razão de ser.

Com a suspensão das cobranças de multas e descontos, a Concessionária contará com um maior volume de capital disponível para que o Financiador reorganize sua saúde financeira. Porém, a suspensão das cobranças de multas e descontos não significa que as multas e os descontos não serão devidos. A suspensão significa que *durante* os Períodos de Cura e de Exercício estes montantes não serão cobrados, a fim de facilitar a reestruturação financeira da Concessionária. As obrigações persistem e a Concessionária deverá honrá-las quando forem extintos estes períodos (de Cura e de Exercício).

Em outras palavras, o que o acordo tripartite previu foi um comando automático que aumenta o fluxo de caixa disponível, a fim de ajudar a viabilizar o objetivo do exercício dos direitos conferidos ao Financiador. Esta suspensão de cobranças/descontos é, portanto, um hiato temporário no contrato de concessão, cujos montantes devidos serão cobrados oportunamente. De outra forma não poderia ser. É que o § 2º, artigo 27-A, da lei 8.987 prevê que: *A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.* (grifo nosso).

A duas, a suspensão da possibilidade de o Poder Concedente extinguir antecipadamente o contrato de concessão por caducidade ou sua intervenção não é garantia contra caducidade ou contra intervenção. Como, por meio do exercício

dos direitos do Financiador, a finalidade é adotar medidas que tornem a concessão bem sucedida, é necessário dar um tempo para a implementação destas medidas. Não faria sentido o Financiador se empenhar na empreitada de salvar uma concessão que pudesse ser extinta ou objeto de intervenção a qualquer momento, mesmo antes de ele tomar as providências decorrentes do direito em exercício, a exemplo da implementação do plano de reestruturação aprovado pelo Poder Concedente.

É crucial que a chance de o Financiador se mobilizar seja usufruída integralmente antes de as medidas radicais de término ou intervenção contratuais sejam concretizadas. Por outro lado, os eventuais processos administrativos serão instaurados ou continuarão durante estes períodos. É apenas a eventual decisão final sobre extinção ou intervenção do contrato de concessão que resta impedida. Neste sentido, a cláusula 9.2 do acordo tripartite em questão prevê que não haverá interrupção dos respectivos processos administrativos, o quais seguirão a fase instrutória e o procedimento apropriado.

Os processos administrativos serão instaurados e continuarão, a fim de não haver atrasos posteriores, caso o Financiador não queira exercer seus direitos ou não logre êxito no seu exercício. Neste caso, voltando o contrato à sua execução sem Financiador, a administração pública já terá avançado nos processos administrativos que podem culminar em extinção antecipada ou intervenção. Em outras palavras, os processos administrativos de caducidade ou intervenção não ficam congelados durante os períodos de cura ou exercício. O que fica congelada é a capacidade de a administração pública dar cabo a estes processos com a extinção do contrato de concessão ou a medida interventiva.

Finalmente, caso o Financiador não acione qualquer dos seus direitos durante o Período de Exercício, serão retomadas as cobranças de penalidades e descontos, além de permitidas as declarações de caducidade e intervenção. Esta consequência ocorre inclusive quando dois Períodos de Exercício distintos estiverem em curso simultaneamente. Retomadas as cobranças e a possibilidade de declaração de caducidade e intervenção em função do encerramento de um Período de Exercício, esta retomada vale ainda que outros Períodos de Exercício estejam em curso (abertos). Do contrário, haveria o risco de o Concessionário sempre poder suspender as cobranças e declarações por meio de realização de evento de alerta, ainda que o Financiador já tenha demonstrado que não vai exercer seus direitos em dado Período de Exercício. Segue exemplo.

**Consequência da Sobreposição de Períodos de Exercício**

Período de Exercício 1		
Suspensão		
Retomada dos descontos		
Período de Exercício 2		
Suspensão dos descontos		
Retomada dos descontos		

35 É por esta razão que se trata do step-in-rights brasileiro. Aqui, o Financiador *step in the shoes of the concessionaire*, ou seja, age como se na sua pele estivesse.

36 Vale insistir na ideia de que o financiador não poderá alterar o conteúdo do contrato de concessão no exercício dos seus direitos. Na hipótese de transferência da concessão, trata-se de contratado novo com contrato antigo, bem como nas hipóteses de administração temporária e assunção do controle, não haverá qualquer mudança nas obrigações contratuais do concessionário (§ 2, art. 27-A, da lei 8.987 de 1995).

### 3. POR QUE, ALÉM DE NECESSÁRIO, O ACORDO TRIPARTITE NÃO É PROBLEMÁTICO JURIDICAMENTE?

O objetivo desta seção é argumentar que a tropicalização do Acordo Tripartite (*direct agreement*) é viável juridicamente. Isto quer dizer que a tentativa de implementar tal inovação no Brasil prescinde de enfrentar obstáculo jurídico cuja gravidade demande mudança legislativa para ser superado. Há naturalmente adequações no modelo brasileiro, mas faltam argumentos técnicos suficientemente robustos para inviabilizar o instrumento ou simplesmente criar ambiente resistente a colocá-lo em prática<sup>37</sup>.

O acordo tripartite pode ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro essencialmente por duas razões. Primeiro, a própria legislação nacional, notadamente a Lei 8.987 de 1995, já prevê institutos jurídicos relacionados aos direitos do Financiador equivalentes àqueles regulados nos acordos tripartites mundo afora. A equivalência se dá entre (i) *cure rights* e administração temporária, (ii) *step-in-rights* e assunção do controle e (iii) *substitution* e transferência da concessão. Ou seja, o acordo tripartite simplesmente regulou o alcance e o exercício de direitos que já gozavam de respaldo legal. O arcabouço regulatório brasileiro os previa e, assim, não demandou inovação normativa para viabilizar a inovação instrumental.

Segundo, o mapeamento do que não dá ou não precisa ser tropicalizado está longe de esvaziar o sentido do acordo tripartite e, assim, comprometer sua finalidade. Mais, veremos na seção 3.2 que este mapeamento revela dois tipos de resistências. De um lado, as resistências superáveis pela maturação do tema. De outro lado, as resistências não superáveis, mas que tampouco impactam o papel do acordo no alinhamento de interesses esperado nos projetos de concessão.

Finalmente, remeteremos a um empecilho jurídico que não contamina a importância do acordo tripartite, mas está diretamente relacionado com a financiabilidade de projetos de concessão, e por isso merece ser destacado ao final deste artigo. Este empecilho informa que, apesar do enorme avanço que a incorporação do acordo tripartite à realidade brasileira aportou, o tema da financiabilidade segue desafiador.

#### 3.1. A LEGISLAÇÃO NACIONAL PREVÊ INSTITUTOS JURÍDICOS EQUIVALENTES ÀQUELES USALMENTE PREVISTOS NOS ACORDOS TRIPARTITES DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Esta seção reflete um esforço de direito comparado, cujo resultado sustenta o primeiro argumento a respeito da viabilidade jurídica do acordo tripartite no Brasil. É dizer: o acordo tripartite é viável porque os institutos jurídicos nele regulados já são previstos na legislação brasileira. Os institutos não são iguais, mas equivalentes. Há traços de similaridade suficientemente robustos nas esferas comparadas para legitimar a adaptação.

Num *direct agreement* padrão<sup>38</sup>, há três tipos de direitos facultados ao Financiador: *cure rights*, *step-in-rights*<sup>39</sup> e *substitution*.

Os direitos do Financiador denominados "*cure rights*" compreendem a possibilidade de desempenhar um ato, dever ou obrigação requerida ao Concessionário em função do contrato de concessão, cujo cumprimento desvencilha o concessionário das consequências decorrentes das falhas contratuais. O período de cura ("*cure period*"), que implica a possibilidade de exercer os *cure rights*, começa com o recebimento pelo Financiador da notificação do Poder Concedente a respeito de certos descumprimentos contratuais (causas de intervenção, caducidade, falência ou suspensão das atividades). O prazo do período de cura varia de acordo com o tipo de falha, uma vez que o tempo razoável para sanar falhas de naturezas diferentes pode variar.

Durante o período de cura, os Financiadores não assumem as obrigações relativas ao contrato de concessão. Os Financiadores poderão, mas não têm qualquer obrigação, de agir para sanar a falha. Ou seja, o concessionário continua inteiramente responsável pelo contrato de concessão, cuja relação jurídica não é de qualquer forma alterada. Durante este período, o Poder Concedente compromete-se a (i) não declarar caducidade por conta de inadimplemento da concessionária; (ii) não avançar com falência, liquidação, etc e (iii) não suspender o contrato de concessão.

A equivalência dos "*cure rights*" com a administração temporária se dá por quatro razões. A primeira e mais importante já foi discutida acima quando avaliamos a intensidade de intervenção do Financiador em cada direito. Trata-se da inexistência de responsabilidade dos Financiadores sobre as obrigações contratuais. O art. 27, § 5 lei 8.987 confirma esta equivalência expressamente<sup>40</sup>. Em seguida, não há tampouco alteração da relação contratual (art. 27, § 2º lei 8987<sup>41</sup>) quando o Financiador decide, novamente, a seu critério, agir de maneira a desvencilhar o concessionário de uma falha contratual por ele cometida. Terceiro, a lei estabelece

38 Agradeço ao Allen&Overy, notadamente na pessoa do Sami Mir, que nos auxiliou nos estudos sobre o instrumento na experiência internacional, figurando como consultor da IFC na frente jurídica internacional.

39 No Brasil, refere-se ao *step-in rights* como um gênero que inclui ambos os direitos sem distinção. Nossa discordância se fundamenta no escopo e responsabilização do *step-in-rights*. Entendemos que tão somente a assunção de controle equivale a *step-in rights*. Veja-se o tratamento usual do tema, que trata indistintamente da administração temporária e da assunção de controle como *step-in rights*: "Nesse contexto, o art. 27-A da Lei de Concessões (introduzido pela Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015) concede aos financiadores e garantidores o direito de assumirem o controle ou a administração temporária da concessionária para promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade dos serviços. Esse direito de origem anglo-saxã é comumente conhecido como *step-in right*" (SALOMÃO NETO, Eduardo; RODARTE, Fábio. "Step-in rights": uma solução para investimentos no setor elétrico?" Boletim Levy & Salomão Advogados, disponível em <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/step-in-rights-uma-solucao-para-investimentos-no-setor-eletrico>); e, ainda, "A diferença com o *step-in rights* do direito anglo-saxão é que o objetivo da lei brasileira ao permitir a transferência do controle ou da administração temporária da companhia devedora em situação financeira delicada aos financiadores é impedir a interrupção da prestação do serviço" (TEIXEIRA, FAUSTO. *Análise do step-in rights no project finance no Brasil*. Trabalho apresentado ao Inper para obtenção do grau de LL.M., 2016).

40 § 5º 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.

41 § 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do *caput* deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

37 Esta afirmação já foi testada. Na experiência concreta de São Paulo, os dois procedimentos licitatórios ocorreram tranquilamente, sem qualquer contestação nas esferas administrativa ou judicial.

rol exemplificativo de poderes a serem atribuídos aos Financiadores durante a administração temporária (art. 27, § 4º Lei 8987). Isto significa que não há um escopo fixo de poderes, o que permite que os poderes ordinariamente existentes em acordos tripartites sejam também, se for o caso, incluídos aos acordos tripartites brasileiros. Finalmente, a previsão de prazos distintos para períodos de curas distintas, em função da falha contratual que o direito do Financiador visa a sanar, é igualmente esperada no Brasil. É que o artigo 27-A, § 6º, Lei 8987 de 1995 conferiu flexibilidade ao Poder Concedente para estipular o prazo da administração temporária.

O *step-in rights* também pode ser utilizado pelo financiador a qualquer momento durante período de cura<sup>43</sup>. Os Financiadores são mais ativos (direito intensamente mais forte) durante a utilização deste direito, assumindo obrigações do contrato de concessão *ao mesmo tempo que o concessionário*<sup>44</sup>. A entidade de entrada<sup>45</sup> e o concessionário são solidariamente responsáveis pelas quantias devidas até a data de entrada ("*Step-in Date*") e pela execução das obrigações durante este período até a data de saída ("*Step-out date*"). Caso o Financiador decida exercer o direito de *Step in*, o Poder Concedente compromete-se a (i) não declarar caducidade por conta de inadimplemento da concessionária, exceto se a causa da caducidade tenha ocorrido durante o período de entrada ou se a entidade de entrada não cumprir o plano de reestruturação; (ii) não avançar com falência, liquidação, etc e (iii) não suspender o contrato de concessão, exceto se a causa ocorrer durante o período de entrada.

A equivalência do *Step-in rights* com assunção de controle se dá por três razões. Primeiro, a lei 8987 prevê a propriedade resolúvel das ações ou quotas para os fins de reestruturação financeira ou continuidade da concessão (art. 27-A, § 3, Lei 8987) durante a assunção do controle. Isto significa que a simultaneidade do financiador no *shoes* do concessionário (como se acionista fosse) é possível, o que equivale a exercer direitos e deveres do concessionário. Segundo, há responsabilidade sobre as obrigações contratuais durante o período de assunção do controle (Art. 27, § 5 Lei 8987<sup>46</sup>). Terceiro, a lei apenas exige que aquele que for assumir o controle cumpra com as exigências de regularidade jurídica e fiscal (Art. 27-A, § 1, Lei 8987). Ou seja, há flexibilidade sobre os demais eventuais requisitos que comporão o perfil da entidade de entrada. E isto tem razão de ser. De um lado, o *Step-in rights* é necessariamente temporário (há previsão de *step-in date* e *step-*

*out date*). De outro lado, o perfil vai depender do plano de reestruturação financeira a ser elaborado.

Durante o período de cura, os Financiadores podem ainda optar pelo terceiro direito disponível em *direct agreements*: "substitution". Por meio de uma notificação (*Substitution Notice*), os Financiadores propõem um potencial substituto, cuja qualificação deve ser avaliada pelo Poder Concedente com base em critérios objetivos. Aqui, note-se que não há avaliação sobre o direito à substituição, mas apenas sobre a proposta de substituto. Caso a proposta de substituto seja aprovada, três principais consequências ocorrerão: (a) o Poder Concedente não poderá terminar ou suspender o contrato de concessão em razão de fatos ocorridos antes da substituição; (b) se houver entidade de entrada exercendo os direitos e obrigações do contrato de concessão, estes são extintos uma vez efetivada a substituição e (c) o Poder Concedente assinará um *direct agreement* similar com o substituto, que deverá conter substancialmente os mesmos termos<sup>47</sup>.

No Brasil, o equivalente ao direito a "substitution" é a transferência da concessão por três razões. Primeiro, o acordo tripartite implica anuência do instituto, o que, como vimos, é condição necessária para que a transferência da concessão seja implementada. Mais, o Poder Concedente deverá igualmente avaliar a qualificação da proposta de concessionário, a fim de cumprir o quanto disposto no artigo 27, § 1, da Lei 8987/1995. Terceiro, a nova sociedade de propósito específico entra no contrato, assumindo a posição de contratada, em substituição à SPE anterior<sup>48</sup>.

É que transferência da concessão corresponde ao instituto jurídico "*cessão contratual*" que, regulado pelo acordo tripartite, desencadeia todas as consequências jurídicas nele previstas<sup>49</sup>, equivalentes ao "substitution". Por exemplo, não há sucessão de passivos societários em cessão contratual porque não se trata de sucessão societária. Ou seja, é o contratado que está sendo substituído, não a sociedade que está sendo objeto de sucessão (mudança de acionistas ou sócios). Esta consequência é crucial para que faça sentido realizar uma transferência da concessão, ou seja, para insistir na concessão, a despeito do concessionário. Por isso, eventu-

47 Segue exemplo de cláusula relativa à consequente cessão contratual: "(c) Grantor shall enter into an equivalent direct agreement on substantially the same terms as this Agreement, save that Concessionaire shall be replaced as a party by the Substitute."

48 A verdadeira substituição no polo contratual pela nova SPE é a razão pela qual a Administração deve verificar as qualificações do novo contratante. Veja-se a minuta do contrato de PPP para a área de Saúde de Belo Horizonte, traçando os requisitos de avaliação da qualificação do substituto contratual: "23.3. A autorização do PODER CONCEDENTE para a transferência do CONTROLE ou da CONCESSÃO ao financiador estará condicionada aos seguintes requisitos: 23.3.1. ao envio da notificação referida na subcláusula 23.2 e decurso do prazo para purgação do inadimplemento; 23.3.2. à verificação pelo PODER CONCEDENTE da qualificação jurídica e fiscal do respectivo financiador, em termos equivalentes àqueles originalmente exigidos dos concorrentes pelo EDITAL DE LICITAC.ÃO; 23.3.3. ao compromisso formal do financiador de cumprir todas as cláusulas do CONTRATO e seus Anexos."

49 A cessão contratual no direito civil pode ser entendida como a "transferência da inteira posição ativa ou passiva da relação contratual, incluindo o conjunto de direitos e deveres de que é titular uma determinada pessoa", que "possibilita a circulação do contrato, permitindo que um estranho ingresse na relação contratual, substituindo um dos contratantes primitivos" (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Forense, 7. ed., 2017, p. 303). O instituto não encontra previsão legal específica, sendo permitida genericamente como um negócio jurídico atípico na forma do art. 425 do Código Civil. Permite-se, por meio do instituto, uma alteração contratual apenas subjetiva, que inclui todas as obrigações e direitos presentes e futuros. Via de regra, as obrigações já exigíveis da parte cedente (parte que transfere sua posição contratual) não são oponíveis ao cedido (parte que ingressa na relação), mas todos os demais encargos, dívidas e benefícios são automaticamente assumidos pelo cedido.

42 § 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.

43 No modelo paulista, o período de exercício é o equivalente ao *cure period* dos "direct agreements" existentes na esfera internacional. No modelo paulista, há a separação entre (a) o período de cura e (b) o período de exercício. Isto ocorre porque o período de cura destinou-se a realizar equivalência com o período de cura do contrato de concessão. Entendeu-se exagerado permitir o exercício dos direitos dos financiadores ao mesmo tempo em que se confere ao concessionário prazo mínimo para "curar" sua falha. Exagerado porque uma medida drástica, como a transferência da concessão, poderia ocorrer antes de o concessionário concluir sua tentativa de sanar a falha contratual. Assim, no modelo paulista, o período de cura serve como chance ao concessionário, em hipótese equivalente às chances existentes no contrato de concessão. Já o período de exercício se inicia após o período de cura não ter sanado a falha, como vimos acima.

44 Por exemplo, segue cláusula concernente ao direito atribuído à entidade de entrada: "jointly and severally entitled to exercise and enjoy the rights and powers expressed to be assumed by or granted to Concessionaire under the Concession Agreement and this Agreement".

45 § 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.

46 Trata-se da leitura a *contrario sensu* do que ocorre com a administração temporária, além da decorrência da propriedade resolúvel das ações.

ais passivos da SPE substituída não são atribuídos à SPE substituta em função da cessão contratual.

O que pode, e provavelmente ocorrerá, é negociação privada entre Financiadores, cedente e cessionário a respeito do valor para substituição no contrato de financiamento. Esta negociação levará em conta as dívidas do cedente, mas de maneira alguma significa que o cessionário assume todos os seus passivos societários<sup>50</sup>. Se do contrário fosse, dificilmente uma transferência da concessão seria bem sucedida porque a nova SPE provavelmente começaria o contrato com passivo incompatível<sup>51</sup> com o objetivo de salvar a concessão. Entretanto, é importante sublinhar que a separação do passivo societário<sup>52</sup> é diferente das dívidas que o concessionário substituído tenha com o Poder Concedente. O concessionário substituído assumirá integralmente a *posição contratual*, ou seja, as obrigações, direitos e pendências dela decorrentes<sup>53</sup>. As obrigações não são anuladas no tempo, é o contrato de concessão que continua no tempo. É contratado novo em contrato antigo.

### 3.2. O QUE NÃO PRECISA E O QUE NÃO DEU PARA SER TROPICALIZADO

Esta seção tem o objetivo de exemplificar três<sup>54</sup> tipos de resistências mapeadas na tropicalização dos direitos dos Financiadores: (a) duas resistências superadas; (b) uma resistência não superada, mas com pouco impacto na finalidade do instrumento e (c) uma resistência parcialmente superada, que demandará mais reflexão futura, apesar do avanço já realizado.

A primeira resistência superada refere-se à existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 2946 (ADI 2946), que contesta o artigo 27 da lei 8.987 de 1995. A possibilidade de realizar a transferência da concessão<sup>55</sup> ou do controle da concessão seria inconstitucional, caso a ADI fosse julgada procedente. A ADI

<sup>50</sup> Segue cláusula do acordo tripartite paulista neste sentido: 14.13 "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."

<sup>51</sup> Ou incompatível ou dificilmente mensurável. É que passivos societários decorrentes da aplicação da lei anticorrupção ainda padecem de imprevisibilidade e/ou dificuldade de mensuração, a despeito da qualidade da eventual *due diligence* realizada. A grande possibilidade de variação nas penalidades aplicáveis é um dos fatores de incerteza. A multa, por exemplo, varia entre 0,1% e 20%, patamares extremamente distantes (art. 6º, I, Lei 12.846/13). Ainda que haja regulamento no âmbito do governo federal com parâmetros de aplicação proporcional da multa (Decreto 8.420/2015), muitos entes federativos ainda não regulamentaram a lei nos seus âmbitos internos, e especialistas continuam a apontar focos de incerteza mesmo na esfera federal ([http://jcrs.uol.com.br/\\_conteudo/2017/02/cadernos/jornal\\_da\\_lei/544869-apos-tres-anos-incertezas-permeiam-lei-anticorrupcao.html](http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/02/cadernos/jornal_da_lei/544869-apos-tres-anos-incertezas-permeiam-lei-anticorrupcao.html)). Ainda, para Fábio Medina Osório a lei federal outorga "imensos poderes" às autoridades, como da CGU, que não gozam de fortes prerrogativas de autonomia funcional, tornando a possibilidade de intervenções políticas mais um foco de incertezas (OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção. Carta Capital. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/ha-risco-de-politizacao-na-nova-lei-anticorrupcao-diz-advogado-1781.html>. Acesso em 22.05.2017).

<sup>52</sup> Notadamente passivos trabalhistas ou fiscais.

<sup>53</sup> Em exemplos de *direct agreement*, constatamos inclusive prazo para o substituto sanar as pendências. No caso paulista, optou-se pela flexibilidade, com o intuito de agir em conformidade com o contexto e circunstâncias de cada situação. O plano de reestruturação do substituto, que será submetido à aprovação do Poder Concedente, definirá prazos para pagamentos e saneamento de vícios contratuais pendentes, a fim de garantir a contínua viabilidade do contrato de concessão.

<sup>54</sup> Não se tratam das únicas resistências possíveis na discussão sobre o tema. A seleção das resistências se baseia no objetivo de comunicar uma tipologia de resistências enfrentadas no processo de estruturação.

<sup>55</sup> Trata-se do terceiro direito do financiador discutido acima, equivalente ao "substitution" nos *direct agreements* mundo afora.

foi ajuizada em 23 de junho de 2003 pelo Ministério Público Federal<sup>56</sup>, com base em promoção elaborada pela mesma instituição em 10 de dezembro de 1998. O principal argumento do MPF era a violação do artigo 175 da Constituição Federal<sup>57</sup> (dever de licitar), cujo conteúdo requeriria, segundo alega o MPF, que o aplicador do direito (o gestor público, no caso) conferisse "a máxima efetividade" à norma constitucional. Esta máxima efetividade, parece querer explicar o MPF, implicaria a seguinte assertiva: "o aplicador do direito deve buscar a interpretação que confira maior força à norma interpretada". O MPF conclui, então, que esta máxima efetividade atribuiria o seguinte escopo ao dever de licitar do poder público: "garantir o pleno acesso à possibilidade de prestação de serviço público a todos quantos quiserem" (grifo nosso). Máxima efetividade do dever de licitar corresponderia a um máximo direito de participar de licitações. Mais licitação significaria a satisfação deste direito.

Em 04 de novembro de 2003, o Advogado Geral da União se manifestou sobre a ADI 2946. Sua análise recorreu ao histórico do projeto de lei que resultou na lei 8.987, cujas emendas lograram suprimir a vedação à transferência da concessão e do controle societário da concessionária. Ou seja, a discussão já ocorreu e foi resolvida em favor dos institutos no âmbito do Congresso. Os argumentos foram dois.

Primeiro, a impossibilidade de transferir controle societário da concessionária colocaria em risco a continuidade da prestação de serviço público. Afinal, a SPE pode passar por dificuldades societárias/disputas entre sócios, cuja transferência de controle pode ser solução óbvia. Mais importante, a concessão é também um projeto de longo prazo, cuja possibilidade de transferência de controle será incluída na análise de riscos e avaliação de negócios dos potenciais investidores, incrementando o ganho público decorrente de uma processo licitatório.

Segundo, a própria Constituição Federal no seu art. 176 afirma a possibilidade de exploração de recursos por meio de concessões (minerais e de energia hidráulica) serem objeto de transferência, desde que com prévia anuência do Poder Concedente. Assim, tratam-se de institutos em conformidade com os ditames constitucionais, o que foi, lembra a AGU, igualmente sustentado na ocasião pela doutrina majoritária<sup>58</sup>. Em síntese, o argumento da AGU afirma que o princípio constitucional da licitação pública coexiste com o também constitucional princípio da continuidade do serviço público.

Finalmente, a AGU refutou o pedido de concessão da medida liminar que suspenderia a eficácia do dispositivo legal até que a decisão final fosse tomada. A AGU defendeu que o pedido não satisfazia a um dos requisitos para acolhimento de pedido de liminar, qual seja, a irreparabilidade dos danos emergentes ao ato impugnado. Não haveria o acolhimento deste requisito na medida em que a transferência da concessão e do controle societário do concessionário já vêm sendo pra-

<sup>56</sup> Foi requerida a suspensão cautelar *ad nunc* do artigo para, em seguida, a Advocacia Geral da União prover informações e o Procurador Geral da República se manifestar quanto ao mérito da violação constitucional.

<sup>57</sup> Artigo 175 da CF: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

<sup>58</sup> Marçal Justen Filho, Marcos Jurruena Villela Souto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (manifestação da Advocacia Geral da União, fl. 65 do processo 142204, Supremo Tribunal Federal).

ticado nos diversos entes federativos<sup>59</sup>. Por outro lado, em 11 de fevereiro de 2004, o Procurador Geral da República proferiu seu parecer, confirmando a necessidade de a inconstitucionalidade ser declarada pela Suprema Corte. Entretanto, fato é que não houve discussão ulterior sobre o tema e há quase quatro anos não há qualquer tramitação relativa à ação direta de inconstitucionalidade<sup>60</sup>, nem mesmo de natureza meramente administrativa.

Diante da negativa ao pedido liminar da ADI e dos seus quinze anos sem julgamento, a ADI representa resistência superada para a incorporação do acordo tripartite no Brasil. É que não há qualquer obstáculo à aplicação do artigo 27 em análise, que continua plenamente eficaz no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, o tempo transcorrido e a negativa da liminar demonstram a pouca plausibilidade da ADI. Além disso, o argumento que a embasou, notadamente violação ao dever de licitar, parece de difícil sustentação pelas seguintes razões.

Primeiro, a avaliação do dever de licitar em subconcessão é distinto da avaliação do dever de licitar em transferência da concessão. A utilização de regra análoga, além de não gozar de fundamento jurídico, não faz sentido lógico. Na subconcessão, é necessário realizar uma nova licitação porque novo negócio emergirá por meio de delegação específica de prestação de serviço público. É novo contrato que nascerá de pedaço de contrato anterior. Já na transferência da concessão, o contrato é o mesmo, que já foi objeto de licitação. Desde a primeira licitação, será prevista a possibilidade de transferir a concessão em certas hipóteses, a pedido do Financiador e com a anuência do Poder Concedente. A necessidade de o Poder Concedente anuir se dá justamente para ensejar a continuidade da prestação do serviço público nestas hipóteses. Ora, o que o acordo tripartite faz é justamente prever quais hipóteses são estas, diminuindo o receio decorrente da discricionariedade.

Segundo, entender o dever de licitar *pela segunda vez* o mesmo contrato como reflexo mais acertado do artigo 175 da Constituição Federal em nome de um direito a mais licitação significa conferir primazia ao princípio da isonomia, em detrimento do princípio da maior vantagem à administração pública. O desafio é que ambos os princípios norteiam as licitações públicas. Mas não se trata de desafio incomum. Incomum é ambiental institucional que favoreça o seu real enfrentamento propositivo.

No caso em análise, este enfrentamento ocorreu. Restou claro que difícil é demonstrar vantagem em *parar* uma concessão (e conseqüentemente a continuidade da prestação do serviço público) para realizar uma segunda licitação, em detrimento de uma cessão contratual prevista legal e contratualmente, cujas hipóteses são detalhadas em acordo tripartite. O suposto obstáculo *sub judice* (ADI-2946), cuja inspiração é limitada a um único princípio jurídico, não foi capaz de afastar uma solução legal para evitar solução de continuidade em contratos de longo prazo. Resultado: optou-se por aplicar o direito e avançar no instrumento que o regule, a despeito de questão *não decidida* sobre o próprio direito, cujo pedido liminar foi negado. É que a questão soa precária e sua eventual decisão remota.

Portanto, não há atualmente fundamento hábil a frear a transferência da concessão. Ela existe plenamente no ordenamento jurídico brasileiro e foi regulada no acordo tripartite em análise.

Finalmente, quando a ADI for julgada, e se for julgada procedente, provavelmente sua decisão não terá efeitos retroativos (*ex nunc*). Ou seja, ainda que os sólidos argumentos contrários à ADI sejam refutados, a declaração de inconstitucionalidade provavelmente não valeria para os contratos firmados agora, mas tão somente para aqueles firmados a partir da data da declaração de inconstitucionalidade<sup>61</sup>.

A segunda resistência superável é o descabimento de indenização ao concessionário antigo na hipótese de transferência da concessão. Nos acordos tripartites internacionais, há normalmente previsão expressa de inexistência de qualquer direito a indenização do concessionário substituído. Ou seja, se o Financiador decidir acionar seu direito à transferência da concessão (*substitution*), o concessionário cedente é obrigado a sair da relação jurídica contratual (ceder sua posição contratual) sem direito a qualquer indenização.

Analisada provisão neste sentido, a expectativa é que haja a seguinte ponderação: se, mesmo no caso de extinção antecipada do contrato por descumprimento contratual do concessionário (caducidade), a legislação brasileira (art. 36) garante o direito à indenização dos bens não amortizados e não remunerados, não é possível negar este direito na transferência da concessão. Não haveria razão para o concessionário substituído deixar de receber sua indenização quando sair do contrato, já que o Financiador simplesmente decidiu exercer um dos seus direitos (transferência da concessão). Não faria sentido negar a indenização numa hipótese cujo comportamento do concessionário foi *“menos grave”* (transferência da concessão), ao passo que a legislação garante expressamente tal indenização na *“mais grave”* (caducidade) das hipóteses. Em resumo, o concessionário não poderia sair da concessão em situação pior na cessão (sem indenização) do que na caducidade (com indenização).

Ocorre que este raciocínio peca por negligenciar três pontos interrelacionados. Primeiro, a diferença crucial entre caducidade e transferência da concessão não é o comportamento do concessionário, mas o fato de o contrato extinguir na primeira hipótese e continuar na segunda. Não há extinção antecipada do contrato na transferência da concessão. Segundo, a razão subjacente à indenização no caso da caducidade é impedir o enriquecimento sem causa do Poder Concedente, o que não acontece no caso de transferência da concessão justamente porque o contrato de concessão continua. O concessionário (cessionário) terá o prazo contratual para

61 Ainda que, via de regra, os efeitos da decisão em uma ADI seja *ex tunc*, é comum que o Supremo Tribunal Federal module esses efeitos e determine efeitos *ex nunc* a fim de garantir a segurança jurídica e o interesse social, conforme é expressamente permitido pela Lei 9.868/99, cujo artigo 27 assim dispõe: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Um caso paradigmático é o da ADI 2.240/BA, que declarou a inconstitucionalidade da criação de Municípios antes que a Lei Complementar de que fala o art. 18, § 4º da Constituição seja editada. O Supremo deu efeitos *ex nunc* para a decisão, convalidando a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, devido aos problemas que decorreriam caso os efeitos fossem *ex tunc* - a ADI só foi julgada 7 anos depois da criação do Município.

amortizar e remunerar os investimentos realizados. O Poder Concedente continua a delegar a exploração dos bens e serviços, de modo que não se beneficiará indevidamente de qualquer investimento realizado. Terceiro, os valores investidos e não amortizados pelo concessionário fazem parte do contrato de financiamento que o concessionário tem com o Financiador. Com a transferência da concessão, estes valores serão negociados no âmbito do contrato de financiamento. O substituto não apenas vai assumir o contrato de concessão, mas vai também negociar com o Financiador sua tomada de posição nos documentos de financiamento. Ou seja, em âmbito privado, o cedente poderá negociar sua saída, nos termos do contrato de financiamento, quando a expectativa de amortizar e remunerar investimentos no contrato de concessão será negociada<sup>62</sup>. Aliás, é por isso que os passivos societários não podem ser absorvidos pelo concessionário, sob pena de o negócio se tornar impossível. O concessionário apenas absorve o que está relacionado com a concessão, pois este capital estará também contemplado nos documentos de financiamento. A resistência, então, é superada na medida em que a lógica de continuidade se aplica ao negócio da concessão, não às partes a ela atreladas<sup>63</sup>. O Concessionário e o Financiador saberão desde o início do contrato de concessão os riscos financeiros envolvidos no caso de caducidade e de transferência da concessão.

A terceira resistência não é completamente superada, mas não esvazia o cumprimento da finalidade do acordo tripartite. Trata-se da utilização do silêncio positivo ou eloquente da administração pública quando esta é instada a decidir e não o faz. Nos acordos tripartites, são recorrentes cláusulas que prescrevem a aprovação do Poder Concedente a respeito da qualificação do substituto, caso a administração não se manifeste em determinado prazo. São provisões consideradas “*deemed approval*”, ou seja, implicam aprovação da administração pública em caso de omissão em decidir.

Esta implicação não foi ainda adotada em acordo tripartite no Brasil, apesar dos esforços doutrinários a respeito do silêncio positivo<sup>64</sup> e da credibilidade que tal

cláusula conferiria aos Financiadores, já que a eventual falta de diligência da administração pública passaria a gerar consequência contratual. O argumento contrário ao silêncio positivo é a inexistência de lei específica como condição à previsão contratual de silêncio positivo. Segundo este raciocínio, o silêncio da administração pública somente surtiria efeitos quando expressamente assim fosse estabelecido por lei. Em outras palavras, nenhum efeito poderia ser atribuído ao silêncio administrativo na ausência de previsão legal. O fundamento jurídico da necessidade de previsão legal a respeito do silêncio estaria no artigo 48 da Lei 9.784 de 1999, que regula o processo administrativo federal: “*A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência*”.

Em contrapartida, entendemos que o silêncio positivo é possível por duas razões. Primeiro, justamente porque a administração tem o *dever* de explicitamente emitir decisão, sua inércia não pode servir como justificativa apta a desvinculá-la deste dever. A rigor, o silêncio positivo representaria mais um *reconhecimento* deste dever do que sua violação. Além disso, o direito a um razoável período do processo administrativo e o princípio da eficiência administrativa vêm impulsionando a noção de silêncio eloquente, de modo que contratos de concessão e PPP estão recheados de cláusulas que o prevêm<sup>65</sup>. Segundo, a lei 8987 previu que “*nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará (...)*”. Isto significa que a lei expressamente conferiu ao contrato a regulação dos critérios/procedimentos que impliquem efeitos na autorização do Poder Concedente. Como o prazo para se manifestar é uma condição da autorização, não há razão para não considerá-lo na decisão.

De toda sorte, entendemos que a falta de silêncio positivo não macula os motivos que explicam a necessidade do acordo tripartite<sup>66</sup>. A tropicalização do *direct agreement* encontrou este limite, mas continua tendo razão de ser. E, se apontamos argumentos para descaracterizar este limite como um limite jurídico, entendemos

62 Num exemplo simplório, imaginemos um contrato de financiamento de R\$70M para contrato de concessão que preveja R\$ 100M de investimentos. Se a transferência ocorre quando R\$50M já foram dispendidos em ambos os contratos, o cedente sairá com a possibilidade de negociar a entrada do concessionário que reflita alguma amortização e remuneração dos investimentos dos R\$50M.

63 Os contratos administrativos não têm natureza personalíssima. Isto porque o direito brasileiro prevê critérios puramente objetivos para a seleção de contratantes, conforme o estudo da Lei 8.666/93 deixa evidente. Com efeito, a contratação não é baseada em atributos subjetivos do particular, mas em qualificações objetivamente verificáveis. E não poderia ser de outro jeito, dado que o artigo 37 da Constituição comanda que a impessoalidade deve reger a atuação administrativa. O interesse da Administração, portanto, limita-se à continuidade do contrato e à sua prestação na forma da proposta vencedora da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “*o contrato administrativo não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha). Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora (...) não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada*” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 841/842). Em outras palavras, se a licitação tem como base critérios objetivos, qualquer um que preencha estes critérios deve ser considerado apto a realizar o contrato. Por isso, a confiança não pode ser usada como argumento contrário à alteração subjetiva do contrato, mas apenas para contratações por inexigibilidade em hipóteses bastante específicas.

64 No direito privado, a regra geral é de que o silêncio implica a anuência (art. 111 do Código Civil). Já no direito administrativo é diametralmente oposta: deve haver consentimento expresso da Administração.

Porém, a previsão de silêncio positivo pode estar prevista em norma. Segundo Paulo Modesto: “*Não se trata de uma simples omissão, mas de omissão qualificada pelo incumprimento de um dever concreto de atuação e, por consequente, caracterizada objetivamente em norma como fato antijurídico e ensejador de precisos efeitos de direito*” (MODESTO, Paulo. “Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo”. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-criese->). Trata-se de uma forma de dar segurança e previsibilidade aos administrados: “*para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo ao fato, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendentes a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados*” (SADDY, André. “Efeitos Positivos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro”. *Rev. Eletrônica de Direito do Estado*, n. 20, 2009, p. 10).

65 Na minuta do contrato de concessão da Rodovia Tamoios, havia a seguinte previsão:

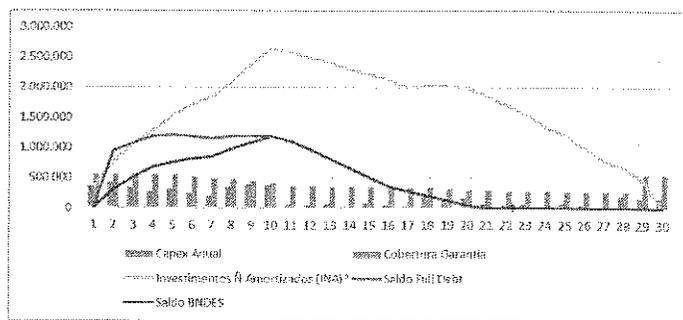
“23.9 Para fins de autorização para o início da cobrança da Tarifa de Pedágio, o Parceiro Privado deverá notificar o Poder Concedente acerca do cumprimento das condições necessárias ao início da cobrança, seja referente às Praças de Pedágio relacionadas com o Programa Intensivo Inicial e início das obras de implantação da Ampliação Principal ou outra Praça de Pedágio cujo início da cobrança de tarifa esteja condicionado a outro evento contratual. Recebida a notificação, o Poder Concedente terá até 30 (trinta) dias para se manifestar acerca da autorização ao início da cobrança pelo Parceiro Privado. Havendo autorização formal ou no caso de silêncio do Poder Concedente, o Parceiro Privado poderá iniciar a cobrança, nos termos deste Contrato; caso o Poder Concedente encontre alguma inconformidade, deverá responder a notificação ao Parceiro Privado para que tome as medidas cabíveis, submetendo novo pedido de autorização ao Poder Concedente assim que pertinente” (Concorrência Internacional nº 01/2014 da Secretaria Estadual de Logística e Transporte de São Paulo).

66 A análise sobre o porquê de o acordo tripartite ser necessário se encontra na seção 2.1 deste artigo.

plenamente plausível a administração não poder assumir o ônus do silêncio administrativo em qualquer circunstância. As dificuldades em contar com pessoal em número e qualificação suficientes para gerir tantos atos e contratos tornam a administração refém de uma postura menos consequencialista. É um problema real do gestor asoberbado, que não pode se submeter a uma regra geral de silêncios positivos. Assumir silêncios positivos em qualquer hipótese é atribuir responsabilidade ilimitada com suporte de recursos limitados. Assim, não somos favoráveis ao silêncio positivo em qualquer hipótese, apenas entendemos que não se trata de um obstáculo jurídico, mas uma questão a ser regulada em cada caso. No caso do acordo tripartite, a ausência de silêncio positivo não é crítica para a finalidade do instrumento.

Finalmente, há resistência ainda parcialmente insuperável na financiabilidade dos projetos, embora tenha obtido importante avanço. Trata-se do montante da indenização decorrente da extinção antecipada do contrato de concessão por falha do concessionário (*concessionaire default*). A provisão contratual que garante que o montante desta indenização será equivalente, no mínimo, ao montante da dívida principal (*senior debt*) confere segurança aos Financiadores em projetos fora do Brasil. Nestes casos, independentemente do sucesso no exercício dos direitos dos Financiadores, a dívida principal estará garantida. Ou seja, ainda que o exercício dos seus direitos não logre reestabelecer financeiramente a concessão e, finalmente, o contrato se extinga por caducidade, o montante devido ao concessionário será apto a saldar sua dívida com os Financiadores.

Em estruturação de projetos no Brasil, a cobertura da dívida principal pode ser empiricamente demonstrada, em razão dos conceitos e metodologia utilizados nas cláusulas de indenização<sup>67</sup>. Mesmo no caso de caducidade, que está limitada ao quanto prescreve o artigo 36 da lei 8987 de 1995, simulações realizadas durante o projeto podem demonstrar que o montante correspondente aos "investimentos não amortizados e remunerados" seria sempre superior à dívida principal. Veja abaixo projeção do exemplo paulista em milhões de reais. Note que a curva que representa os investimentos não amortizados e remunerados é maior do que o saldo da dívida em praticamente todo o projeto, restando diferença irrisória no segundo ano da concessão.



67 Agradeço especialmente a Rafael Maia pelas discussões, simulações e proposições sobre o tema. Nos projetos citados, esta proteção da dívida restou demonstrada. O gráfico abaixo foi por ele elaborado durante a estruturação. Agradeço ainda a Isadora Cohen, que revisou este artigo e se disponibilizou a discuti-lo. Toda a responsabilidade por eventuais falhas e erros é exclusivamente da autora.

O problema é que o convencimento empírico não pode ser traduzido expressamente em cláusula. O § 5º, art. 38, da lei 8.987 de 1995<sup>68</sup> figura como obstáculo legal para redigir cláusula que afirme que a indenização devida pelo Poder Concedente será sempre apta a cobrir o saldo da dívida principal. Esta norma prevê que, do montante considerado "investimentos não amortizados e remunerados", deverão ser descontados as multas e danos causados pela concessionária. Isto significa que a lei requer uma compensação no caso de caducidade: do montante devido pelo Poder Concedente ao Concessionário, será necessário descontar o montante devido pelo Concessionário ao Poder Concedente. Nos parece lógico.

O problema desta compensação é que não há limites para o montante de multas e danos à ocasião da caducidade. A previsão legal não menciona o quanto será descontado. Desta forma, a norma faz entender que a compensação será completa: todo o montante devido pelo concessionário ao Poder Concedente será descontado da indenização. A lógica normativa parece afirmar que o Poder Concedente não pagará a quem lhe deve. Em consequência, há risco de que todo o montante da indenização decorrente de investimentos não amortizados e remunerados seja esvaziado pelo valor agregado de multas e danos.

O problema da falta de limitação às multas foi resolvido com o acordo tripartite: inseriu-se como "evento de alerta"<sup>69</sup> o acúmulo de multas cujos valores somassem um dado percentual do valor do contrato<sup>70</sup>. Este percentual, se deduzido do valor da indenização, deixaria de prover cobertura ao saldo da dívida principal com os Financiadores. Assim, uma vez que o concessionário atingisse este percentual, independentemente da evolução do processo administrativo de caducidade, o evento de alerta restaria configurado, possibilitando aos Financiadores o exercício dos seus direitos. É claro, não se trata de solução que permita a redação de cláusula que garanta uma indenização equivalente ao saldo da dívida, mas os Financiadores poderão agir antes que o acúmulo de multas desidrate totalmente a indenização decorrente de caducidade. Caberá aos Financiadores, então, fazer sua parte no alinhamento de interesses, desempenhando seu poder de barganha para evitar que os concessionários pratiquem condutas passíveis de multas.

Mais difícil, e em boa medida ainda insuperado, é o problema da falta de limitação para os danos causados pelo Concessionário. Embora a instauração de processo administrativo ou judicial relativo a dano cujo montante seja igual ou superior a um dado percentual do valor do contrato também tenha sido considerado *evento de alerta*, há dúvidas sobre o sujeito passivo e o tipo de dano causado pelo concessionário. Diante da assertividade normativa, não propusemos superação da compensação. Compensar nos parece indispensável. O avanço não está em negligenciar a compensação, mas em (i) delinear o dano e o sujeito passivo do dano apto a gerar desconto e (ii) prescrever ordem de preferência de pagamento da indenização.

68 § 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

69 Causa de caducidade.

70 Cláusula 43.2, xvi, do projeto Centro Oeste Paulista, prevê como causa de caducidade: Incidência de autuações administrativas que ensejem a aplicação de multas contratuais que somem, em seu valor agregado, 4,5% (quatro vírgula cinco por cento) do valor do Contrato;

Entendemos que (i) o sujeito passivo dos danos causados pelo concessionário deve ser necessariamente o Poder Concedente para que seja aplicável a compensação. Ou seja, não deve haver descontos decorrentes de danos causados pelo concessionário a terceiros ou usuários<sup>71</sup>. Isto tem razão de ser: a Constituição Federal estabelece que é do concessionário a responsabilidade em relação a danos causados a terceiros quando presta serviço público. Além de ser do concessionário, a responsabilidade é objetiva. Ou seja, o concessionário deverá pagar, independentemente de ter culpa, os danos causados a terceiros e usuários. Uma vez que a concessão foi realizada, é atribuída ao concessionário esta responsabilidade objetiva. O concessionário poderá apurar a culpa, cobrando regressivamente, por exemplo, do empregado que agiu sem diligência, mas terá que assumir o dano diante do terceiro ou usuário. Por esta razão, não faria sentido jurídico colocar na conta da compensação dano que não é de responsabilidade do Poder Concedente<sup>72</sup>, bem como não faria sentido econômico compensar o que não será objeto de desconto.

O Poder Concedente detém, porém, a responsabilidade subsidiária em relação a danos causados pela Concessionária a terceiros. Isto significa que o terceiro ou usuário apenas poderá cobrar do Poder Concedente se a Concessionária não tiver condições de pagar o montante apurado do dano. Ou seja, primeiro deve restar demonstrado que a Concessionária não conseguiu cumprir sua responsabilidade para depois o Estado ser considerado como responsável. Assim, entendemos que caberá compensação apenas se esta demonstração for realizada, o que parece remoto antes da extinção do contrato, ou seja, antes de a Concessionária haver sido destinatária da indenização que lhe cabia. A rigor, faria mais sentido que apenas após a utilização completa da indenização e dos ativos da concessionária esta responsabilidade subsidiária pudesse ser atribuída ao Poder Concedente. Afinal, apenas nesta fase será possível exaurir a capacidade financeira da Concessionária com a indenização, justificando a responsabilidade do Poder Concedente.

Da mesma forma, não deve haver descontos decorrentes de danos metaindividuais causados pelo Concessionário, a exemplo dos danos ao meio ambiente. É que, nesta hipótese, o Poder Concedente é igualmente responsável (responsabilidade solidária). Como ambos (Poder Concedente e Concessionário) são solidariamente responsáveis pelos danos metaindividuais, não haveria justificativa jurídica para colocar na conta da compensação. Afinal, o montante também é devido pelo Poder Concedente, então não há uma obrigação correlata a ser objeto de desconto. É obrigação do Poder Concedente também. Da mesma forma, não faria sentido econômico compensar o que em última análise não será objeto de desconto.

Finalmente, entendemos que (ii) o dever de o Poder Concedente pagar diretamente ao Financiador a parcela em aberto da dívida de financiamento incrementa a segurança dos Financiadores. Desta forma, já está originalmente previsto no contrato de concessão que a ordem de pagamento da indenização decorrente de caducidade priorizará o saldo da dívida com os Financiadores, após, naturalmente, descontados

as multas e os danos, como vimos acima. Esta ordem, como vimos, não poderá superar a exigência legal concernente à compensação com multas e danos. Por isso, entendemos que houve um avanço significativo quanto a adequação das necessidades de financiabilidade às regras brasileiras, enfrentando a falta de limitação de multas e danos que em tese poderia esvaziar a cobertura indenizatória necessária para garantir a dívida principal do concessionário. As delimitações que configuram evento de alerta no acordo tripartite e a discussão sobre o sujeito passivo dos danos constituem o passo ao mesmo tempo ousado e possível no contexto regulatório atual.

#### 4. CONCLUSÃO

Os contratos de Concessão e PPP são representativos dos desafios e benefícios das políticas públicas que propõem convergências entre os setores público e privado. Este artigo se concentrou em instrumento recentemente inaugurado no Brasil, o acordo tripartite, cuja finalidade é amenizar as dificuldades de financiabilidade vivenciadas pelo setor de infraestrutura, acentuadas pelas crises econômica e política.

O enfrentamento do problema passa por conferir um papel protagonista ao Financiador nos contratos de Concessão e PPP, por meio de diálogo institucionalizado com o Poder Público, e por regular o exercício dos seus direitos, por meio da superação das incertezas tradicionalmente refletidas pela administração pública. Para tanto, discutimos o porquê de o acordo tripartite ser importante para impulsionar a bancabilidade de projetos brasileiros, focando notadamente na autorização prévia, exequibilidade dos direitos do financiador e sistema de notificações, que depende do alinhamento de interesses em tese uma série de obrigações recíprocas em concreto.

Mas não há avanço sem adequações, resistências e limitações. A segunda parte do artigo discute estas adequações, resistências e limitações, argumentando o porquê de o acordo tripartite, além de necessário (primeira parte), não ser problemático do ponto de vista jurídico. A tipologia de resistências jurídicas confirma o argumento, sem nos desvencilhar da necessidade de continuar em busca de institutos, instrumentos e desenhos institucionais que encarem os desafios de financiabilidade de projetos de Concessão e PPP. O problema continua maior do que os avanços realizados.

#### BIBLIOGRAFIA

##### LIVROS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27. ed., 2014, p. 146.  
 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 841/842.  
 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013, p. 444.  
 OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017.  
 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Forense, 7. ed., 2017, p. 303.

##### ARTIGOS

- JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade. In: Di Pietro, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo*. Atos

<sup>71</sup> Não há mais discussão sobre se o dano tem que ser sobre usuário para que a obrigação de pagar exista ou se pode ser sobre terceiro (não usuário)? O terceiro poderá ser qualquer um, usuário ou não. O STF já consolidou este entendimento: (RE 591.874/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26.08.2009, DJ 17.09.2009).

Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, nº 8, 2004, p. 189.

MODESTO, Paulo. “Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo”. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo-a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise->>.

OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção. Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/ha-risco-de-politizacao-na-nova-lei-anticorruptao-diz-advogado-1781.html>>. Acesso em 22.05.2017.

Reis, Tarcila (2016) *Avanços e Problemas do Novo Decreto de PMI da Bahia*, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 177-190, jan/mar.

SADDY, André. “Efeitos Positivos do Silêncio Positivo no Direito Administrativo Brasileiro”. *Rev. Eletrônica de Direito do Estado*, n. 20, 2009, p. 10.

SALOMÃO NETO, Eduardo; RODARTE, Fábio. “Step-in rights”: uma solução para investimentos no setor elétrico? Boletim Levy & Salomão Advogados, disponível em <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/step-in-rights-uma-solucao-para-investimentos-no-setor-eletrico>.

## DISSERTAÇÕES E TESES

TEIXEIRA, FAUSTO. *Análise do step-in rights no project finance no Brasil*. Trabalho apresentado ao Insuper para obtenção do grau de LL.M., 2016.

## PEÇAS PROCESSUAIS

Manifestação da Advocacia Geral da União, fl. 65 do processo 142204, Supremo Tribunal Federal). RE 591.874/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26.08.2009, DJ 17.09.2009.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

“Com dois anos de recessão, PIB brasileiro encolhe 7,2%”, O Estado de S. Paulo, disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-cai-3-6-em-2016-e-confirma-pior-recessao-desde-1930,70001689773>>, acesso em 24.05.2017).

“Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012”, Valor Econômico, disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>>, acesso em 24.05.2017).

Pesquisa CNT/2016, divulgada no sítio eletrônico da Artesp <<http://www.artesp.sp.gov.br>>.

<<http://opinião.estadao.com.br/noticias/geral>>, acessado em 16 de março de 2017.

<<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2017/03/1867262-vitoria-da-inovacao-em-sao-paulo.shtml>>, acessado em 22 de março de 2017.

<<http://exame.abril.com.br/revista-exame/rodovias-paulistas-viram-rota-de-investimentos-ja-as-federais/>>, acessado em 23 de março de 2017.

<[http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA\\_0.pdf](http://dea.gov.in/sites/default/files/Notification-for-Port-Sector-MTA_0.pdf)>, acessado em 23 de março de 2017.

<[http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp\\_report/reports\\_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf](http://planningcommission.gov.in/sectors/ppp_report/reports_guidelines/Model%20Tripartite%20Agreement%20between%20Project%20Authority,%20Concessionaire%20and%20Infrastructure%20Debt%20Fund.pdf)>, acessado em 23 de março de 2017.

<<http://www.pwc.com.au/legal/assets/investing-in-infrastructure/iif-11-construction-operation-regulatory-feb16-4.pdf>>, acessado em 22 de março de 2017.

<[http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodclagreement\\_biser102012.pdf](http://www.mccarter.com/files/uploads/documents/website/abamodclagreement_biser102012.pdf)>, acessado em 25 de março de 2017.

Allen & Overy, European Expertise Centre, “Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts”, p. 51, disponível em [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination\\_Report.pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Termination_Report.pdf).

<[http://jcrs.uol.com.br/\\_conteudo/2017/02/cadernos/jornal\\_da\\_lci/544869-apos-tres-anos-incertezas-permeiam-lei-anticorruptao.html](http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/02/cadernos/jornal_da_lci/544869-apos-tres-anos-incertezas-permeiam-lei-anticorruptao.html)>, acessado em 23 de março de 2017.

# OS DEVERES ÉTICOS E JURÍDICOS DO AGENTE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES AOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E AOS CIDADÃOS

Juliana Cristina Luvizotto<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a análise da conformação ético jurídica da atuação dos agentes públicos ao divulgarem informações, especialmente quando se está diante de “informações sensíveis”, entendidas como aquelas que se referem ao cometimento de ilícitos por pessoas de grande popularidade e/ou reconhecimento público ou que possam gerar grande impacto social ou econômico.

Apresenta-se uma análise normativa do princípio da publicidade da Administração Pública, do direito à informação, do direito à informação pública, das hipóteses ético normativas que restringem tais deveres e asseguram garantias aos cidadãos, como o dever de discrição e de sigilo na atuação dos agentes públicos, bem como se estuda a tendência jurisprudencial da Corte Suprema no exame das hipóteses que exigem sigilo.

Justifica-se a análise do referido tema, hodiernamente, em razão da crescente atenção conferida pela mídia aos efeitos da atuação dos agentes públicos, especialmente nas denúncias envolvendo atos de corrupção daqueles que ocupam – ou ocuparam – os mais altos cargos dos Poderes do Estado, ou, ainda, de agentes cuja atuação fiscalizatória, no exercício do poder de polícia, é imprescindível para garantir a qualidade dos produtos brasileiros e possibilitar o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas no país.

Em passado recente, foram apresentados à mídia tanto o conteúdo de delações premiadas, quanto conversas decorrentes de escutas telefônicas e dados sobre as investigações feitas pela Polícia Federal. São fatos que não apenas tiveram reflexos sobre outros agentes públicos, mas também afetaram empresas e, inclusive, atingiram a imagem do País no exterior de forma negativa, seja no âmbito político ou econômico, como no caso da exportação de carne brasileira<sup>2</sup>.

1 Doutora e Mestre em Direito do Estado pela USP. Assessora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

2 Estima-se que a divulgação da Operação Carne Fraca pela Polícia Federal atingiu a imagem de um dos principais produtos brasileiros. Em nove dias, 22 países e blocos econômicos suspenderam total ou parcialmente a compra da carne brasileira. Entre eles está Hong Kong, o maior importador em 2016 (responsável pela entrada de US\$ 718 milhões no país). A Associação de Comércio Exterior do Brasil (AEB) estimou que poderia haver perda de R\$ 1 bilhão nas exportações do produto em dois meses. Um dos principais pilares da economia brasileira seria afetado: o agronegócio. “Entenda os possíveis impactos da Operação Carne Fraca na economia”. Bianca Bion. Publicado em 26/03/2017. Disponível em: <http://jonline.neto.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/03/26/entenda-os-possiveis-impactos-da-operacao-carne-frac-na-economia-275732.php>. Acesso em 11/06/2017.