

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MIGUEL CARDENAS VIVEIROS DE PAULA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Possibilidades e Limites do Contrato de Concessão:

Estudo de Caso nas Rodovias Paulistas

*Reflexões sobre o Acordo Global entre o Governo do Estado de São Paulo e a
EcoRodovias*

São Paulo

2024

MIGUEL CARDENAS VIVEIROS DE PAULA

Possibilidades e Limites do Contrato de Concessão:

Estudo de Caso nas Rodovias Paulistas

*Reflexões sobre o Acordo Global entre o Governo do Estado de São Paulo e a
EcoRodovias*

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Dr. Jacintho
Silveira Dias de Arruda Câmara.

São Paulo

2024

Aos meus pais, Marcia e Ricardo, e ao meu irmão Felipe, melhores amigos e maiores exemplos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, referência e mestre na acepção da palavra, porque ensina como quem aprende: com respeito.

Às professoras e aos professores que, nestes cinco últimos anos, souberam confirmar o meu interesse e amor pelo Direito consolidando a certeza de que fiz a escolha certa.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, minha querida PUC, segunda casa nestes primeiros anos de vivência acadêmica.

Aos três escritórios de advocacia nos quais fui acolhido como estagiário e nos quais coloquei na prática os ensinamentos da faculdade: Trench Rossi Watanabe; Porto Lauand; e Vernalha Pereira, onde, neste último, tenho sido diariamente desafiado para o Direito Administrativo, em especial, pelos legítimos e queridos mentores, Drs. Rodrigo Campos; Aline Klein; Roberto Maluf Filho; e Stephanie Ribeiro.

À equipe da PUC-SP na IV Olimpíada Nacional de Direito Administrativo (2024), organizada pela UERJ-Reg., que integrei com orgulho: Catarina, Érico, Henrique, Isabel, Isabela, Marcelo e Marei-Louise. Classificada como a 4ª melhor do País, concorrendo com 26 faculdades de universidades públicas e privadas de diferentes estados. Uma experiência enriquecedora.

À Catarina Marshall, querida Cacá, minha companheira destes anos acadêmicos.

À minha amada família, aos meus pais, Marcia e Ricardo e ao meu irmão Felipe, que sempre estiveram ao meu lado no exemplo e no apoio de todas as horas, dando-me liberdade com responsabilidade.

“A metamorfose transforma a lagarta em borboleta, dando-lhe pela união de objetivos comuns uma nova existência capaz de – conscientemente – ser muito mais útil, porque na sua diversidade que alcança 25 mil espécies, esse inseto exerce um papel essencial à vida pela polinização dos ecossistemas, fonte de alimento e bem-estar. Um exemplo motivador para nós, humanos, do que seja *awakening*, o despertar.”

Ricardo Viveiros

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a mutabilidade nos contratos de concessão, com foco na possibilidade de celebração de acordos por meio de Termos Aditivos Modificativos (TAM). A pesquisa se concentra no estudo de caso do “Acordo Global” celebrado entre o Estado de São Paulo e a concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., responsável pelo Sistema Anchieta-Imigrantes. A partir da revisão da legislação e doutrina aplicáveis, bem como da análise detalhada dos TAMs nº 18/2021 e nº 19/2021, busca-se compreender como a renegociação e a adaptação dos termos contratuais são essenciais para assegurar a continuidade e a eficiência na prestação de serviços públicos. O estudo evidencia a importância da flexibilidade contratual e da capacidade de adaptação dos contratos de concessão às mudanças econômicas, tecnológicas e regulatórias ao longo de sua execução. Conclui-se que a celebração de acordos administrativos, formalizados por meio de TAMs, é um instrumento eficaz para resolver conflitos complexos e promover ajustes necessários, desde que conduzidos com rigor técnico, transparência e observância dos marcos legais. A experiência analisada demonstra que a mutabilidade e a negociação são instrumentos essenciais para a gestão de concessões complexas, equilibrando flexibilidade e segurança jurídica, e contribuindo para a continuidade e eficiência dos serviços públicos concedidos.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Concessão; Acordo; Rodovias.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ARTESP	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo
B3	Brasil, Bolsa, Balcão
CDHU	Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo
CC/2002	Código Civil de 2002
COVID-19	Doença do Coronavírus 2019
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FIPE	Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas
IGPM	Índice Geral de Preços do Mercado
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
Lei nº 14.133/2021	Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos
Lei nº 8.666/1993	Antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PPP	Parceria Público-Privada
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SLT	Secretaria de Logística e Transportes
TAM	Termo Aditivo Modificativo
TAM Definitivo	Termo Aditivo Modificativo Definitivo
TAM Preliminar	Termo Aditivo Modificativo Preliminar
TIR	Taxa Interna de Retorno

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	A MUTABILIDADE E A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS POR MEIO DE TAM.....	14
3.	O ACORDO DA ECORODOVIAS.....	23
3.1	Contextualização do Acordo	23
3.2	Objeto do Acordo.....	26
3.3	Contorno Jurídico do Acordo	28
3.3.1	Recálculo do desequilíbrio apurado nos TAMs de 2006	33
3.3.2	Ações judiciais de reajuste	36
3.3.3	Modificação do indexador tarifário.....	38
3.3.4	Amortização	40
3.3.5	Novos investimentos no Contrato.....	42
3.3.6	Desequilíbrios previstos no Anexo II	43
3.3.7	Anexo III do TAM Preliminar.....	44
3.3.8	Outras disposições do acordo	45
3.4	Celebração do Acordo.....	46
3.5	Conclusões	48
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

As concessões de serviços públicos, desde o final da década de 1980, têm sido amplamente celebradas como instrumento útil para promover investimentos em infraestrutura ao transferir a prestação de serviços públicos ao setor privado¹. O processo de licitação e a assinatura do contrato de concessão representam, nesse cenário, eventos altamente prestigiados, marcados por anúncios oficiais, entrevistas e manchetes de sucesso.

Esses momentos são apresentados como o ápice de uma parceria bem-sucedida, que simboliza o avanço na modernização de setores essenciais como o transporte rodoviário, ao mesmo tempo que conferem ao certame licitatório um destaque que nem sempre se traduz no sucesso efetivo da concessão.

Com frequência, o entusiasmo gerado em torno da licitação e da assinatura do contrato gera uma visão que parece confundir o êxito do empreendimento concessório com o simples fato de haver uma proposta vencedora e formalizada².

Embora o encerramento da licitação e a celebração de um contrato exequível sejam desejáveis e fundamentais, essa ênfase inicial muitas vezes obscurece a complexidade da etapa mais crítica: a execução do contrato. A celebração pública, alimentada pela mídia e pelos discursos oficiais, tende a diminuir a atenção para questões igualmente importantes, como a modelagem contratual, os mecanismos de governança e, em especial, as incertezas que surgirão ao longo dos anos, as quais exigirão constantes adaptações e renegociações.

Um exemplo que ilustra bem essa celebração desmedida é a cena ocorrida no leilão do trecho Norte do Rodoanel, em março de 2023. O governador de São Paulo, Tarcísio de Freitas (Republicanos), ao encerrar o certame, bateu o martelo com tanta

¹ Essa descrição histórica das concessões de serviço público é relatada por Odete Medauar em estudo do direito administrativo no tempo. (MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 217-218).

² Entendimento desenvolvido por Leticia Oliveira Lins de Alencar. (ALENCAR, Leticia Lins de. Mutações na concessão. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 30).

força que quase quebrou o símbolo da B3, onde o leilão foi realizado³. Ao todo, foram sete marteladas vigorosas, acompanhadas da explicação de que tal gesto já se tornara uma “tradição” para atrair boa sorte e “marcar um bom começo”. A cena, que se repetiu de modo semelhante em 2021, quando o hoje governador paulista, então Ministro da Infraestrutura, liderou o leilão da Rodovia Presidente Dutra, reflete o entusiasmo com que essas conquistas iniciais são tratadas. É como se a celebração do contrato representasse a garantia de sucesso de todo o empreendimento.

Essa ênfase inicial, porém, oculta a realidade de que o verdadeiro teste de uma concessão não se dá no momento do leilão, mas ao longo da execução do contrato. Problemas como atrasos, disputas judiciais e a necessidade de reequilibrar o contrato frente mudanças imprevistas são desafios recorrentes, que exigem atenção constante do Poder Concedente e da concessionária. No caso do próprio Rodoanel, as obras do trecho Norte deveriam ter sido concluídas em 2014, mas, em razão de sucessivos atrasos, falhas estruturais e disputas financeiras, continuaram pendentes, deixando claro que o êxito inicial do leilão não é, por si só, sinônimo de sucesso a longo prazo.

É como se a assinatura de um contrato fosse o ápice de um relacionamento bem-sucedido, cujo início festivo faz crer que tudo será próspero e duradouro. No entanto, tal como em um casamento, a verdadeira prova desse relacionamento surge com o tempo, no cotidiano da execução contratual, quando as promessas iniciais enfrentam as incertezas e os desafios práticos da realidade.

Assim como na união de um casal, onde a rotina e o desgaste revelam incompatibilidades antes ocultas, os contratos de concessão também enfrentam dificuldades ao longo de sua vigência, que exigem ajustes para manter o equilíbrio econômico-financeiro, previsto como fundamento basilar dessas avenças. O *frisson* da licitação pode levar à ilusão de que a vitória no leilão e a celebração do contrato são o ponto final do processo, mas, na prática, o êxito real da concessão só pode ser medido ao longo do tempo, conforme o concessionário e o Poder Concedente enfrentam os problemas imprevistos que surgem na execução do serviço. É nesse

³ g1. Tarcísio dá sete marteladas e derruba símbolo da B3 durante leilão do Rodoanel. *g1*, São Paulo, 15 mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/03/15/tarcisio-da-sete-marteladas-e-derruba-simbolo-da-b3-durante-leilao-do-rodoanel.ghtml>. Acesso em: 11 set. 2024.

momento que se manifesta a necessidade de reavaliações, renegociações e adaptações, refletindo a complexidade e a mutabilidade inerentes a contratos de longo prazo como os de concessão⁴.

Esse fenômeno pode ser observado com clareza nas rodovias paulistas, objeto deste estudo. Ao analisar o Contrato de Concessão nº 007/CR/98, firmado entre o Governo do Estado de São Paulo e a Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. (Concessionária pertencente ao grupo EcoRodovias) do sistema rodoviário Anchieta-Imigrantes⁵, conforme Decreto Estadual nº 41.371/1996 e Decreto Estadual nº 42.321/1997, nos deparamos com um cenário que exemplifica os desafios de um contrato que, inicialmente celebrado com manchetes⁶, precisou ser de modo contínuo ajustado ao longo de sua execução para manter-se viável⁷. A necessidade de alterar ou complementar cláusulas contratuais, seja por mudanças econômicas, seja por novas exigências sociais ou regulatórias, ilustra a natureza incompleta desses

⁴ Objeto de célebre estudo de Flávio Amaral Garcia em sua tese de Doutorado sobre “A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil”. (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil. 2019. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em 12 set. 2024).

⁵ Artigo 2º - O Sistema Rodoviário, objeto de concessão, é constituído pelo conjunto de pistas de rolamento, suas respectivas faixas de domínio e edificações, instalações e equipamentos neles contidos, compreendendo os seguintes trechos:

I - SP-150. Via Anchieta, do Km 9 + 700m, no Município de São Paulo, até o Km 65 + 600m, em Santos;
II - SP-160. Rodovia dos Imigrantes, do Km 11 + 460m. no Município de São Paulo, até o Km 70, no Município de Praia Grande;

III - SP-41, Interligação Planalto, do Km 0, entroncamento com a Rodovia dos Imigrantes, até o Km 8, entroncamento com a Via Anchieta;

IV - SP-59, Interligação Baixada, do Km 0, entroncamento com a Via Anchieta, até o Km I + 800m, entroncamento com a Rodovia dos Imigrantes;

V - SP-248/55. Rodovia Cônego Domênico Rangoni, do Km 0. em Santos, até o Km 8 + 400m. no Guarujá;

VI - SP-55, Rodovia Cônego Domênico Rangoni, do Km 248 + 50m, em Santos, até o Km 270 + 600m, em Cubatão;

VII - SP-55, Via Padre Manoel da Nóbrega, do Km 270 + 600m, em Cubatão, até o Km 292 + 200m, no Município de Praia Grande.

(Art. 2º do Decreto Estadual nº 41.371/1996).

⁶ FOLHA DE S. PAULO. Anchieta-Imigrantes: Sistema passa para a iniciativa privada. São Paulo, 29 de maio de 1998. Folha de S. Paulo, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff29059819.htm>. Acesso em: 11 set. 2024; e LAMBERT, Priscila. Primav leva concessão da Imigrantes. São Paulo, 11 de março de 1998. Folha de S. Paulo, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff11039822.htm>. Acesso em: 11 set. 2024.

⁷ O referido contrato de concessão foi objeto de 22 (vinte e dois) Termos Aditivos e Modificativos (TAM), dois Termos Aditivos Modificativos Coletivos (TAM Coletivo), um Termo de Cessão de Uso, um Termo de Entrega e um Termo de Retirratificação ao Termo Aditivo e Modificativo nº 15/2011. Ou seja, o seu objeto original passou por 27 alterações formais ao longo da execução contratual.

contratos, cujo sucesso depende diretamente de sua capacidade de adaptação às circunstâncias mutáveis do tempo⁸.

Partindo dessa premissa, o presente estudo tem por objetivo explorar essas “mutabilidades” no contrato de concessão, enfocando as possibilidades e os limites legais de tais adaptações. Para isso, optou-se aqui por realizar um estudo de caso do Termo Aditivo Modificativo nº 19/2021 (TAM nº 19/2021), o primeiro “acordo global”⁹ que o governo paulista firmou com uma concessionária para “equacionar passivos regulatórios do Programa de Concessões Rodoviárias Paulista”¹⁰, celebrado na concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes à EcoRodovias.

Na análise, será demonstrado como as modificações contratuais, muitas vezes invisíveis ao grande público, são fundamentais para garantir a continuidade do serviço e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pactuado entre as partes. A concessão de rodovias, em especial, se revela um campo fértil para essa análise, dado o longo período de duração dos contratos e os vultuosos investimentos exigidos das concessionárias, que, por sua vez, dependem de tarifas pagas pelos usuários e de regras regulatórias definidas pelo poder público.

A analogia com o casamento ajuda a visualizar o que está em jogo. Quando um contrato de concessão é assinado, o momento inicial é de celebração e expectativa. Contudo, a relação entre poder público e concessionária, assim como

⁸ Nessa linha, defende Aline Lícia Klein: “As soluções no curso do contrato são adotadas em ambiente de cooperação e confiança mútua, em contínua interação das partes. Tal forma de relação contratual é o que se pode esperar naturalmente em tais contratos e não algo patológico, que revelaria eventual falha ou defeito da avença”. (KLEIN, Aline Lícia. Consensualidade da execução dos contratos de concessão rodoviária. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19-20).

⁹ Assim chamaremos o acordo celebrado entre o Estado de São Paulo e a Concessionária Ecovias S/A, considerando que foram equacionados todos os passivos regulatórios existentes no âmbito da concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes, algo até então inédito no Programa Paulista de Concessões Rodoviárias, como apresentado pela equipe da Subsecretaria de Parcerias do Estado de São Paulo em artigo narrando o ensejo do acordo. (REIS, Tarcila; RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal; BENOZATTI, Edgard; MENDONÇA, Roberto Longman. iNFRA Debate: Passivos rodoviários – equacionar o passado para viabilizar o futuro. Agência iNFRA, 10 maio 2021. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/infradebate-passivos-rodoviarios-equacionar-o-passado-para-viabilizar-o-futuro/>. Acesso em: 15 set. 2024).

¹⁰ NAKAGAWA, Fernando. Ecovias investirá R\$ 1,1 bi em troca de 9 anos extras de concessão na Imigrantes. São Paulo, 1 de maio de 2021. CNN Brasil, Macroeconomia. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/ecovias-investira-r-1-1-bi-em-troca-de-9-anos-extras-de-concessao-na-imigrantes/>. Acesso em: 12 set. 2024.

entre cônjuges, passa por tensões e divergências ao longo do tempo. O sucesso desse “relacionamento” não depende apenas do compromisso assumido no início, mas também da capacidade de as partes se ajustarem e encontrarem soluções para os imprevistos que surgem durante a execução do contrato. No caso das concessões rodoviárias, essas soluções com frequência envolvem a necessidade de renegociar termos contratuais, reequilibrar obrigações financeiras e revisar expectativas de desempenho, como veremos adiante.

Partimos do pressuposto de que, para que as concessões cumpram seu papel de promover o desenvolvimento de infraestrutura e garantir a prestação contínua de serviços, é imprescindível que esses contratos sejam flexíveis o suficiente para adaptarem-se às necessidades que emergem com o tempo, mas sem que tal flexibilidade comprometa a segurança jurídica e o interesse público que fundamentam sua celebração¹¹.

Com base na análise do contrato de concessão da EcoRodovias, discutiremos as principais modificações que foram implementadas e os fatores que motivaram tais mudanças. Investigaremos, ainda, os limites dessas alterações, considerando as alterações contratuais promovidas pelo acordo.

Sendo assim, neste estudo, buscaremos compreender: (i) em linhas breves, a mutabilidade nas concessões, com foco na possibilidade de celebração de acordos; (ii) todos os passivos regulatórios equacionados no “acordo global” realizado pela EcoRodovias na concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes; e (iii) as considerações gerais sobre a análise do “acordo global”.

¹¹ Como leciona Flávio Amaral Garcia: “Com um importante aporte da Análise Econômica do Direito, (...) os contratos de concessão apresentam elementos de incompletude e, conseqüentemente, devem ser dúcteis e flexíveis para se adaptarem às inexoráveis modificações inerentes à sua própria essência. Tudo isso confere uma nova e abrangente perspectiva da mutabilidade que requer, necessariamente, o manejo de estruturas contratuais-regulatórias capazes de absorver a complexidade intrínseca desses arranjos na atual quadra do século XXI.” (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em 12 set. 2024, p. 18).

2. A MUTABILIDADE E A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS POR MEIO DE TAM

Desde a origem das concessões públicas, a ideia de mutabilidade se apresenta como um traço essencial¹². A capacidade de adaptação, intrínseca a esses contratos, reflete a necessidade de lidar com as incertezas e a imprevisibilidade que surgem ao longo de sua execução. É justamente esse aspecto de transformação contínua que diferencia as concessões de outros contratos administrativos, permitindo ajustes periódicos em busca do equilíbrio entre as expectativas das partes e a manutenção do interesse público.

Na origem das teorizações a respeito das concessões de serviços públicos¹³, a administração pública detinha a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos, o que justificava a classificação desses ajustes como “exorbitantes” em relação ao direito privado. No entanto, o desenvolvimento prático das concessões e as demandas cada vez mais complexas do mercado fizeram com que essa prerrogativa passasse a dividir espaço com modelos mais consensuais de gestão contratual.

Como isso ocorreu? Para responder a essa pergunta, cabe resumir as abordagens doutrinárias sobre a mutabilidade das concessões.

Em princípio, a discussão sobre a mutabilidade era tratada sob a ótica da alteração unilateral por parte da administração pública¹⁴. Entretanto, percebeu-se que essa prerrogativa do Poder Concedente de modificar unilateralmente os termos do

¹² Flávio Amaral Garcia traça o histórico da adaptabilidade do interesse público e, por conseguinte, da necessidade de alteração do contrato para se adequar às novas contingências, o qual se originou na França, por ocasião de uma decisão do Conselho de Estado, “que determinou, em contrato de concessão de serviço público de transporte, sobre o dever de o concessionário utilizar mais veículos na exploração do serviço em razão do crescimento populacional”. (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil. 2019. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em 12 set. 2024, pp. 138-143).

¹³ Recorda Flávio Amaral Garcia: “na compreensão oitocentista, o contrato de concessão pressupunha uma relação de índole bilateral entre o contraente público e o cocontratante, sem uma proteção ou mesmo consideração explícita de outros interesses ligados direta ou indiretamente ao seu objeto. Era unilateralmente imposto pelo ente público, sem canais dialógicos que pudessem influenciar a formação da vontade da administração e não operava com a noção de risco como um elemento central da sua regulação.” (Ibid., pp. 87).

¹⁴ Ibid., p. 55-58.

contrato, visando o interesse público¹⁵ e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, destacava a assimetria própria desses ajustes em relação ao direito privado. Com o tempo, no entanto, essa abordagem se mostrou insuficiente para lidar com a complexidade das concessões modernas, que envolvem relações de longo prazo e altos investimentos.

Em resposta a essas limitações, a mutabilidade passou a ser compreendida de forma mais ampla, incorporando não apenas a alteração unilateral, mas também na busca pela definição de limites materiais ao objeto de alteração¹⁶. Entretanto, como verifica Letícia Lins de Alencar, os limites apontados pela doutrina para a alteração de contratos de concessão em geral não impedem as alterações ou só se aplicam em casos específicos.

Ou seja, qualquer cláusula contratual pode ser alterada ou complementada, independente de sua natureza regulamentar ou econômica, exceto nos casos em que existir um impeditivo legal específico na legislação especial aplicável.

Além disso, a autora identifica que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regras gerais que restrinjam as alterações desses contratos. Ainda, observa que a Lei Geral de Concessões estabelece limites claros apenas em situações específicas, e

¹⁵ Cabe fazer ressalva sobre a noção de interesse público, conceito hoje entendido pela doutrina relevante como multipolar, existindo vários diferentes interesses públicos legítimos a serem articulados e mediados pelo Estado, sendo difícil delimitar o que seria um único interesse público, em sentido amplo, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 165 e ss. Assim, aplica-se aqui o entendimento de Gustavo Binbenbojm acerca da aferição do conceito de interesse público e a inexistência de uma prevalência deste sobre outros interesses: “Veja-se que não se nega, de forma alguma, o *conceito de interesse público*, mas tão-somente a existência de um *princípio da supremacia do interesse público*. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer”. (BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 14 set. 2024).

¹⁶ ALENCAR, Letícia Lins de. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 58-65.

fora desses casos, a Lei nº 8.987/1995 ou outras leis setoriais não trazem restrições genéricas¹⁷.

Por outro lado, é preciso destacar o permissivo genérico¹⁸ para celebração de acordos criado pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu, no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), dentre outras disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, o art. 26¹⁹, que permite a celebração de compromisso pela Administração com os interessados para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”.

A partir disso, optou-se nesse estudo por compreender a mutabilidade nas concessões em sua tendência mais atual, na qual reconhece-se com naturalidade a mutação das concessões, sendo pertinente preocupar-se com os mecanismos capazes de permitir que a mutação seja introduzida de modo adequado²⁰.

Essa tendência foi influenciada por diversos fatores²¹, sendo um dos mais importantes a evolução das teorias dos contratos incompletos e relacionais, que

¹⁷ Ibid., p. 64.

¹⁸ Assim categorizam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma o art. 26 da LINDB em estudo sobre o dispositivo. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Em: Revista de Direito Administrativo – RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77653>. Acesso em: 21 jun. 2024).

¹⁹ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

²⁰ Ibid., p. 65-73.

²¹ Letícia Lins de Alencar resume a evolução no tratamento doutrinário dispensado ao tema da mutabilidade das concessões através de cinco fatores principais: “O *primeiro* é a influência produzida pelas *teorias dos custos de transação*, dos *contratos incompletos* e dos *contratos relacionais* em relação aos contratos de concessão. O *segundo* é a significativa *experiência acumulada com projetos concessórios* desde a edição da Lei Geral de Concessões, que tornou evidentes as fragilidades das concepções originais e a necessidade de evolução em relação a certos temas. O *terceiro* é o fato de que os termos relativamente abertos da *Lei Geral de Concessões permitem evolução na interpretação* em relação às suas normas. Um *quarto* elemento a ser considerado é o fato de que, com o tempo, foram editadas novas leis que consolidam um *modelo de atuação consensual da administração pública*, que passa a permear a etapa de elaboração e de execução dos contratos de concessão. Por fim, o *quinto* fator decorre da atuação, em certos setores, de *agências reguladoras*, dotadas de maior tecnicidade e atentas à realidade de cada setor, e que, por meio do exercício de suas atribuições, trazem *novos elementos à dinâmica de modificação de contratos de concessão*. (ALENCAR, Letícia Lins de. Mutação na concessão. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 241).

reconhecem que é impossível prever todas as contingências que podem surgir ao longo da vigência de um contrato de concessão. Em contratos dessa natureza, a necessidade de renegociar termos não é uma exceção, mas uma consequência natural da incerteza que permeia sua execução²².

As concessões, além de demandarem investimentos vultosos e assumirem riscos elevados, operam em um ambiente passível de mudanças significativas, como novas exigências regulatórias, oscilações econômicas e pressões sociais. Assim, a mutabilidade do contrato é necessária para assegurar que ele continue cumprindo seu propósito, sobretudo quanto a finalidade constitucionalmente assegurada da *prestação de serviço adequado*²³, evitando situações em que a rigidez das obrigações em princípio pactuadas inviabilize tal adequada prestação do serviço.

Nessa perspectiva, dentre os diferentes tipos de mecanismos que introduzem uma adequada mutação – que podem ser desde cláusulas prevendo renegociação ou revisão, passando por integração ou complementação de contrato via normativa de agência reguladora, até mecanismos alternativos de resolução de controvérsias (conciliação, mediação, *dispute boards*, arbitragem etc.)²⁴ –, passa-se a abordar o termo aditivo modificativo (TAM), uma das formas mais recorrentes de implementar essas alterações nos contratos de concessão, sobretudo no setor rodoviário, como anteriormente é possível verificar na quantidade de TAMs celebrados em um único contrato (Ecovias), o qual será posteriormente analisado.

Diferente de mecanismos como atos administrativos unilaterais ou normativos, o TAM pode ser instrumento bilateral²⁵, fruto de uma negociação entre o Poder

²² Neste sentido, cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral), 2010, p. 37.

²³ Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

²⁴ Cf. ALENCAR, Letícia Lins de. Mutação na concessão. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 243.

²⁵ A natureza bilateral pode ser evidenciada nos próprios TAMs, a exemplo da cláusula 1.1. do TAM 19/2021 Ecovias: “1.1. O presente Termo Aditivo Modificativo tem natureza de acordo bilateral (...)”.

Concedente e o concessionário, que visa adaptar o contrato às novas realidades surgidas durante sua execução.

O termo aditivo, quando um negócio jurídico bilateral, formaliza o consenso entre as partes sobre as modificações necessárias, garantindo que essas alterações respeitem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem comprometer a continuidade do serviço público concedido. É um instrumento que permite modificar, suprimir ou acrescentar condições específicas ao contrato original, garantindo que a prestação do serviço público se mantenha adequada, mesmo diante de mudanças nas circunstâncias econômicas, sociais ou regulatórias.

Quando ocorre um desequilíbrio — seja por fatores imprevistos, como alterações regulatórias, crises econômicas ou mudanças nas condições de mercado²⁶ —, a celebração de um acordo administrativo que precede o termo aditivo torna-se um mecanismo eficaz para ajustar as obrigações contratuais e restaurar o equilíbrio, ainda que esse restabelecimento não seja idêntico ao originalmente pactuado.

Nessa perspectiva, o acordo administrativo que dá origem ao termo aditivo pode ser utilizado para introduzir mutações substanciais no contrato, ajustando não apenas o equilíbrio financeiro, como também aspectos operacionais e prazos. Por exemplo, o acordo pode prever a prorrogação do prazo de concessão²⁷, para diluir os efeitos de um investimento adicional necessário, ou a redução temporária de tarifas, como forma de compensar os usuários em um período de reequilíbrio financeiro. Essas alterações, formalizadas por meio do termo aditivo, passam a integrar o

²⁶ Como explica Flávio Amaral Garcia: “considerando as potenciais variações de impacto que as medidas governamentais poderão causar em cada contrato de concessão, será necessária uma operação hermenêutica para reconhecer a sua incidência na relação contratualizada, a ser posteriormente formalizada em ato próprio (termo aditivo), que presentifique as novas condições do contrato.” (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese [Doutorado em Direito] — Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em 12 set. 2024, p. 196).

²⁷ Felipe Montenegro Viviani Guimarães, em estudo sobre a prorrogação nas concessões, afirma que a prorrogação por interesse público da concessão somente pode ser realizada a partir de acordo entre as partes: “De fato, (...) a prorrogação por interesse público tem natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir de um acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim, ela não pode ser imposta, unilateralmente, pelo Poder Concedente, nem exigida pela concessionária”. (GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público*. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 282, n. 2, p. 101-132, maio/ago. 2023, p. 123).

contrato de concessão, adequando-o às novas circunstâncias e preservando o objetivo central da prestação do serviço público de forma contínua e eficiente²⁸.

Um aspecto importante a ser destacado é que o termo aditivo, quando fruto de um acordo bilateral, não se restringe apenas à correção de desequilíbrios financeiros. Ele pode também abranger novas obrigações ou modificações de escopo²⁹, como a inclusão de novos investimentos ou a redefinição de metas de desempenho que não estavam previstas originalmente. Essas alterações, por vezes, são fundamentais para garantir a modernização ou a adequação do serviço concedido a novas demandas, em especial em setores onde a inovação tecnológica ou as mudanças regulatórias são frequentes.

A celebração de acordos administrativos para a formalização de termos aditivos também se mostra, em particular, relevante nas situações em que há incertezas jurídicas ou controvérsias sobre o cumprimento de obrigações contratuais, condição na qual o art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de celebrar compromisso com a Administração Pública para saná-las. Em vez de recorrer ao litígio, que pode resultar em atrasos ou até mesmo na suspensão dos serviços, o Poder Concedente e o concessionário podem optar por negociar um ajuste consensual, que será então formalizado no termo aditivo. Isso permite que as partes resolvam suas controvérsias de forma célere e eficiente, garantindo a continuidade da prestação dos serviços e a manutenção da confiança mútua.

O TAM, portanto, não é apenas um mecanismo de ajuste técnico, mas um reflexo da flexibilidade necessária para que as concessões possam se adaptar ao longo do tempo. Ele permite que os contratos, firmados em condições econômicas e sociais específicas, sejam atualizados para refletir a realidade atual, garantindo que tanto o Poder Concedente quanto o concessionário possam continuar cumprindo suas obrigações sem comprometer a qualidade do serviço público.

²⁸ Cf. ALENCAR, Leticia Lins de. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 213.

²⁹ *Ibid.*, p. 243.

Ademais, ao introduzir essas alterações de maneira consensual, o termo aditivo reforça a segurança jurídica³⁰ nas concessões. Ele assegura que as mudanças sejam devidamente registradas e aceitas por ambas as partes, evitando futuros litígios e garantindo que as obrigações contratuais sejam claras e exequíveis.

Dessa forma, o TAM se destaca como um dos instrumentos mais importantes na gestão contratual de concessões, promovendo ajustes necessários para que o contrato continue a atingir seus objetivos, mesmo diante de mudanças significativas nas condições inicialmente pactuadas.

Diante da relevância do TAM como instrumento para garantir a adaptabilidade dos contratos de concessão, sua utilização vai além de meras correções pontuais. Conforme observado, o TAM possibilita ajustes substanciais, preservando o equilíbrio econômico-financeiro e adequando o contrato às novas exigências impostas pelas circunstâncias. Nesse contexto, os acordos administrativos que precedem a formalização do TAM desempenham papel crucial na construção de soluções consensuais para desafios complexos.

É dentro dessa lógica que se insere o “Acordo Global”, celebrado entre o Poder Concedente e a concessionária, objeto de análise no capítulo a seguir. Esse acordo exemplifica a capacidade do TAM de atuar como um mecanismo integrador, abrangendo múltiplas questões que impactam diretamente a execução da concessão, sendo o ponto de partida para uma reestruturação mais ampla e profunda.

No próximo capítulo, será analisado um exemplo concreto e de grande relevância na concessão rodoviária do Estado de São Paulo: o TAM realizado na concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes. Esse termo aditivo, no entanto, não pode ser classificado como um ajuste pontual ou rotineiro, voltado apenas à recomposição

³⁰ Sobre a segurança jurídica decorrente da mutabilidade contratual, vale expor o entendimento de Egon Bockmann Moreira: “Em tempos de Pós-Modernidade, nada mais adequado que falar em segurança advinda da certeza da mudança. Pois este aparente contrassenso é o que se passa nas concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforçam a segurança jurídica na prestação adequada do serviço. Ou melhor: a segurança contratual presta-se a garantir a mutabilidade do negócio jurídico firmado”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos* (Inteligência da Lei n.º 8.987/1994 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37).

do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em resposta a uma situação isolada. Trata-se de um ajuste profundo e abrangente, aqui apelidado de “Acordo Global”, que envolveu a solução de uma série de questões regulatórias e financeiras acumuladas ao longo de anos.

Tal acordo foi resultado de uma negociação complexa que visava equacionar os passivos regulatórios que haviam se consolidado no âmbito dessa concessão específica. O processo de negociação envolveu uma reavaliação completa dos passivos herdados de termos aditivos anteriores, que, ao longo do tempo, resultaram em múltiplas disputas administrativas e judiciais entre as partes. Essas disputas não só impactavam a gestão contratual, mas também inviabilizavam a previsibilidade necessária para o avanço do Programa de Concessões Rodoviárias do estado.

O que torna esse TAM, de modo particular, relevante para o estudo é a sua abordagem sistêmica. Diferente dos ajustes tradicionais que tratam de questões pontuais, como o reequilíbrio tarifário ou a revisão de cronogramas de investimentos, o “Acordo Global” foi concebido para resolver de modo integrado um conjunto de problemas regulatórios, fiscais e operacionais que vinham se acumulando já há alguns anos. Além disso, essa solução inovadora também levou em consideração a necessidade de modernização e atualização regulatória do contrato, alinhando-o com as práticas mais recentes de gestão pública.

O ponto central desse acordo foi a reestruturação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. O “Acordo Global” não apenas ajustou o contrato às novas realidades econômicas e operacionais, mas também corrigiu discrepâncias históricas, como a inadequada projeção de tráfego e os impactos fiscais que não haviam sido devidamente contabilizados nos aditivos anteriores. Entre as soluções adotadas, destaca-se a prorrogação do prazo contratual, que permitiu diluir o impacto dos investimentos adicionais e dos passivos acumulados ao longo dos anos. Essa prorrogação também assegurou que a concessionária continuasse a operar o sistema com viabilidade financeira, sem comprometer a qualidade do serviço prestado aos usuários.

Esse “Acordo Global” também trouxe à tona a importância de um diálogo entre o poder público e as concessionárias, destacando o papel fundamental da mediação e da negociação na resolução de conflitos complexos no âmbito das concessões. A solução consensual, formalizada por meio de um termo aditivo, evitou o prolongamento das disputas judiciais e proporcionou a segurança jurídica necessária para a continuidade do Programa de Concessões Rodoviárias de São Paulo. Com o encerramento das ações judiciais e a reestruturação do contrato, o estado garantiu previsibilidade para seus próximos projetos de concessão, enquanto a concessionária obteve um contrato saneado e ajustado às suas condições financeiras e operacionais.

Tal acordo, celebrado após anos de disputa e negociações intensas, representa um marco para o setor de concessões rodoviárias em São Paulo. Ele demonstra como um termo aditivo pode ir além de simples ajustes pontuais, desempenhando um papel fundamental na reestruturação e modernização de contratos complexos, assegurando tanto a viabilidade econômica para a concessionária quanto a continuidade e qualidade do serviço público concedido.

No capítulo que segue, será detalhado o processo de negociação e as principais cláusulas desse “Acordo Global”, destacando a importância desse tipo de ajuste no contexto da mutabilidade dos contratos de concessão. A análise se concentrará em como o TAM, longe de ser uma solução técnica isolada, foi a ferramenta estratégica que permitiu não apenas a correção de distorções passadas, mas também o estabelecimento de uma nova base de relacionamento entre o poder concedente e a concessionária, assegurando a continuidade e a expansão do Programa de Concessões Rodoviárias no Estado de São Paulo.

3. O ACORDO DA ECORODOVIAS

3.1 Contextualização do Acordo

O acordo a ser analisado é o celebrado pela companhia de infraestrutura “EcoRodovias”, instrumentalizado pelos “Termos Aditivos e Modificativos nº 18/2021 e nº 19/2021” (TAM nº 18/2021 e TAM nº 19/2021), firmados, respectivamente, em 30 de abril de 2021 e em 24 de novembro de 2021 entre (i) o Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Logística e Transportes; (ii) a Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., que pertence à EcoRodovias; e (iii) a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP, autarquia estadual, na qualidade de interveniente-anuente.

A renegociação do contrato de concessão³¹ rodoviária com a concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., responsável por uma das mais importantes vias de acesso ao litoral de São Paulo, é um caso relevante para o estudo de como os desafios regulatórios podem ser administrados através de acordos estruturados. Iniciado pela própria concessionária, esse processo buscava resolver acumulados passivos regulatórios e disputas, tanto em âmbitos administrativos quanto judiciais.

A proposta da Ecovias foi inicialmente apresentada ao Poder Concedente, representado pela Secretaria Estadual de Logística e Transportes (SLT), delineando um plano de ação para solucionar os passivos existentes. A concessionária propôs um método bifaseado, iniciando com a elaboração de um Termo Aditivo Modificativo Preliminar (TAM Preliminar) seguido por um Termo Aditivo Modificativo Definitivo (TAM Definitivo), cada um cumprindo etapas distintas do acordo. O TAM Preliminar serviria como uma fase preparatória, estabelecendo as premissas fundamentais do acordo, enquanto o TAM Definitivo seria responsável pela formalização final dos termos acordados.

³¹ Contrato de Concessão nº 007/CR/98, cujo objeto é a exploração e manutenção do sistema rodoviário de 176,8 km de extensão, de responsabilidade da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. Os trechos administrados são: (i) Rodovia Anchieta (SP-150) - Do km 9+700 ao km 65+600; (ii) Rodovia dos Imigrantes (SP-160) - Do km 11+460 ao km 70; (iii) Interligação Planalto (SP-041) - Do km 0 ao km 8; (iv) Interligação Baixada (SP-059) - Do km 0 ao km 1+800; (v) Rodovia Cônego Domênico Rangoni (SP-248/55) - Do km 0 ao km 8+400; e (vi) Rodovia Padre Manoel da Nóbrega (SP-055) - Do km 248+500 ao km 270+600 e do km 270+600 ao 292+200.

Para apoiar a proposta, a “UNA Partners” (empresa de consultoria econômica e estruturação financeira) elaborou uma nota técnica detalhada, utilizando modelos próprios de reequilíbrio econômico-financeiro para fundamentar suas recomendações. A análise comparativa entre diferentes cenários – o Plano de Negócios proposto pela concessionária, a Metodologia da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), e o proposto – indicou que o acordo alcançaria a recomposição do equilíbrio contratual no menor prazo possível, estendendo-se até março de 2033. Adicionalmente, o acordo previa significativas contribuições financeiras por parte da concessionária ao Poder Concedente, incluindo o pagamento de R\$ 613 milhões e um desconto de R\$ 278,4 milhões nos custos de conservação especial, com o índice de reajuste tarifário sendo alterado para o IPCA.

O processo de análise e aprovação da proposta prosseguiu com a intervenção da Subsecretaria de Parcerias, parte da Secretaria Estadual de Projetos, Orçamento e Gestão, que preparou a Nota Técnica nº 002/2021. Esta nota técnica delineou o histórico dos passivos e explicou a estruturação proposta para o acordo em duas fases distintas: a definição de premissas conceituais no TAM Preliminar e a formalização dos cálculos definitivos no TAM Definitivo.

O processo de negociação e aprovação do TAM Preliminar envolveu várias etapas complexas, típicas na gestão de contratos de longa duração como os de concessões rodoviárias. A Ecovias e o Poder Concedente adotaram uma abordagem jurídica detalhada e colaborativa para a estruturação do acordo. O TAM Preliminar funcionou como um protocolo de intenções, regido pelo direito de arrependimento previsto no art. 463³² do Código Civil, estabelecendo as bases iniciais e alinhando as expectativas para o desenvolvimento subsequente do TAM Definitivo.

Na sequência, a Nota Técnica nº 002/2021, elaborada pela Subsecretaria de Parcerias, destacou uma série de vantagens para o Estado de São Paulo resultantes

³² Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.
Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

do acordo proposto com a Ecovias, sendo elas: (i) saneamento do contrato, já que “*haverá extinção de pendências administrativas e judiciais envolvendo o Contrato*”, “*o que reduz todos os custos de transação associados à condução dessas demandas*” (fl. 150); (ii) viabilização do planejamento de parcerias rodoviárias futuras, pois, ao “*sanear o Contrato, tanto ESP quanto Concessionária poderão ter clareza acerca do prazo remanescente de execução contratual, permitindo-lhes organizar e planejar os próximos passos*” (fl. 152); (iii) vantagem das premissas econômico-financeiras; e (iv) vantagens regulatórias, visto que o acordo proporcionaria “*a atualização e adequação das cláusulas atinentes ao procedimento e metodologia de cálculo de eventuais futuros desequilíbrios econômico-financeiros*” e “*a adoção de um programa de compliance*” (fls. 155/156).

O saneamento do contrato permitiria tanto ao Estado quanto à concessionária uma clareza acerca do prazo remanescente de execução contratual. Isso possibilitaria à ambas as partes planejar e organizar os próximos passos com maior precisão e eficácia, viabilizando assim o planejamento de futuras parcerias rodoviárias e outros projetos de infraestrutura críticos para o desenvolvimento regional.

Quanto às vantagens econômico-financeiras e regulatórias, a atualização e a adequação das cláusulas – relacionadas aos procedimentos e às metodologias de cálculo para futuros desequilíbrios econômico-financeiros – iriam alinhar o contrato com práticas contemporâneas e eficientes. A adoção de um programa de *compliance*, conforme mencionado nos documentos, aduziria as necessidades de transparência e governança, importantes para a manutenção da confiança pública e dos investidores nas parcerias público-privadas.

A nota técnica, portanto, confirmando inequivocamente que o acordo era vantajoso para o Estado, destacou que a celebração do acordo fortaleceria a posição do Estado como um parceiro confiável e comprometido com a gestão eficiente de suas concessões rodoviárias. Esse parecer favorável da Subsecretaria de Parcerias foi um passo determinante para avançar com a formalização do acordo, retornando os autos à Secretaria de Logística e Transportes para as providências subsequentes.

Os autos do procedimento seguiram para a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), que conduziu uma revisão detalhada das propostas e dos termos, garantindo que todos os aspectos técnicos, econômicos e regulatórios fossem considerados e adequadamente avaliados. Em Relatório Técnico Preliminar, a ARTESP também reconheceu ser vantajosa a celebração do acordo.

Por último, a Consultoria Jurídica da ARTESP elaborou o Parecer nº 236/2021, analisando a minuta do aditivo ao contrato de concessão e entendendo pela viabilidade jurídica do acordo, desde que observadas determinadas recomendações, as quais serão posteriormente abordadas.

3.2 Objeto do Acordo

O objeto do acordo³³ entre a concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. e o Estado de São Paulo era resolver uma série de litígios complexos, muitos dos quais estavam em processo judicial. Estes litígios envolviam aspectos fundamentais do contrato de concessão e desequilíbrios econômico-financeiros que surgiram ao longo dos anos³⁴ devido a diversas alterações e eventos.

Entre as principais discussões abordados estava a questão da nulidade do TAM nº 10/2006, que tinha sido objeto de uma ação anulatória³⁵ pelo Estado de São Paulo. Este termo era crucial porque envolvia o recálculo dos fatores de desequilíbrio que haviam sido previamente equacionados por esse aditivo contratual.

Outras questões significativas incluíam o impacto da não consideração dos novos prazos de depreciação de investimentos após a prorrogação dos contratos de concessão em 2006, a suficiência das medidas de compensação adotadas pela ARTESP em face da ausência de repasse do reajuste tarifário aos usuários em 2013 e 2014 – em especial, a autorização para consideração de eixos suspensos no cálculo

³³ “Cláusula Primeira” do TAM Definitivo.

³⁴ Como se observa no item “i” das considerações do TAM nº 18/2021, o Contrato de Concessão nº 007/CR/98, foi celebrado em 27 de maio de 1998, com prazo de vigência de 20 (vinte) anos.

³⁵ Processo nº 1045799-02.2014.8.26.0053.

tarifário –, e a modificação do indexador tarifário utilizado para o repasse do reajuste tarifário aos usuários na ocasião da celebração do TAM nº 15/2011, nos termos de sua retificação.

Com isso, foi elaborado o TAM nº 18/2021 (TAM Preliminar), instrumento contratual que representa a primeira fase do acordo, com natureza de um contrato preliminar, destinado a estabelecer diretrizes e balizas obrigatórias para ambas as partes, caso decidissem prosseguir para a celebração do TAM Definitivo (o posterior TAM nº 19/2021).

Esse procedimento bifásico foi adotado com fundamento na Lei Federal nº 8.666/1993³⁶, que, em seu art. 54³⁷, permite que o direito contratual privado seja aplicado subsidiariamente aos contratos administrativos, desde que compatível com o regime geral de direito público.

Desse modo, assimilando boas práticas de negociação do âmbito cível na celebração de acordos com o Poder Público, as partes utilizaram as regras dos arts. 462 a 466, do Código Civil de 2002, para a estruturação dos TAMs.

Um exemplo disso foi a previsão do direito de arrependimento, disposto nas cláusulas 1.2 e 6.2, I, do TAM Preliminar. Consiste em importante prerrogativa que permite, a qualquer uma das partes, desistir do acordo antes da assinatura do contrato definitivo. Isso está alinhado com o já citado art. 463 do Código Civil, que oferece a possibilidade de rescindir o contrato preliminar se ambas as partes ou uma delas assim decidir. Este aspecto do acordo é fundamental, pois reflete a natureza cautelosa e estratégica da negociação, permitindo uma saída se as circunstâncias ou as vontades das partes mudarem significativamente durante as negociações.

³⁶ Como o contrato de concessão aqui discutido foi celebrado antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, ele e seus aditivos continuarão a ser regidos pela revogada Lei nº 8.666/1993, nos termos do art. 190 do novo diploma.

³⁷ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O contrato preliminar é, portanto, um mecanismo para consolidar as conclusões pactuadas durante as negociações, evitando retrocessos ou a reabertura de discussões sobre aspectos já definidos. Essa abordagem oferece segurança jurídica nos estágios iniciais das negociações, que são com frequência marcados por complexidade e potenciais conflitos entre as partes envolvidas³⁸.

Assim, dada a complexidade dos temas envolvidos e a necessidade de resoluções detalhadas e técnicas, foi considerado pertinente fasear a conclusão do acordo definitivo. A celebração de um aditivo que consubstanciava as premissas e diretrizes essenciais ao TAM Definitivo foi vista como uma medida necessária para garantir essa segurança jurídica.

3.3 Contorno Jurídico do Acordo

Apresentado o objeto do acordo, cabe agora evidenciar os seus contornos jurídicos, verificando a sua legalidade, em sentido *lato*, do modelo proposto pelo Poder Concedente.

Como já explicado, a necessidade de conferir segurança jurídica ao Contrato de Concessão e de promover a adequada prestação do serviço público foram as principais diretrizes da negociação. A proposta buscava resolver as pendências jurídicas existentes, proporcionando uma base sólida para futuras operações e a continuidade do serviço público eficiente.

A partir disso, é preciso sistematizar quais foram as vantagens reconhecidas pelo Estado de São Paulo e pela ARTESP para a celebração do acordo. Para isso, com base no Relatório Técnico Preliminar da Diretoria Geral da ARTESP (fls. 183/200

³⁸ Destaca-se o entendimento conjunto de Gustavo Tepedino, Carlos Konder e Paula Bandeira: “O contrato preliminar constitui, portanto, o negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a celebrar, no futuro, o contrato principal ou definitivo. Justifica-se a sua celebração quando as partes ainda não têm definido todo o conteúdo do contrato definitivo, tendo já alcançado consenso quanto a elementos suficientes para decidirem pela celebração do contrato futuro. Vinculam-se, assim, a compromisso preliminar e irretratável, para resguardarem-se contra a desistência ou o arrependimento da outra parte. A função prático-social do contrato preliminar consiste, portanto, em obrigar as partes a celebrar o contrato definitivo posteriormente, conferindo segurança aos contratantes.” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos N.; BANDEIRA, Paula G. Fundamentos do Direito Civil - Vol. III - Contratos. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994518. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994518/>. Acesso em: 17 mar. 2024).

dos autos da ação anulatória nº 1045799-02.2014.8.26.0053), e na Nota Técnica nº 02/2021 da Subsecretaria de Parcerias, unidade integrante da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Estado de São Paulo (fls. 150/155 do mesmo referido processo), entendeu-se que as vantagens do acordo são:

I. Vantagens Econômico-Financeiras

- ***Redução dos Passivos Regulatórios de 2006:*** O acordo prevê uma significativa redução do potencial passivo regulatório que o Estado possui em favor da Concessionária, resultando em economia substancial. A revisão dos cálculos dos passivos, de R\$ 5,23 bilhões para R\$ 4,34 bilhões com base no tráfego real, representa uma economia direta de R\$ 891 milhões para o Estado.
- ***Manutenção de Prazo Contratual:*** Ao invés de estender o prazo até 2038 ou 2037 (como indicado pelos estudos anteriores), o prazo contratual é mantido apenas até 2033, evitando prolongamentos que poderiam prejudicar o planejamento e a gestão financeira.
- ***Pagamento à Vista:*** Pagamento de R\$ 613 milhões da Concessionária ao Estado, aliviando o impacto fiscal atual e gerando liquidez.
- ***Abatimento de Débitos:*** Reconhecimento de um saldo de R\$ 278 milhões para abatimento em favor da Concessionária relacionado à conservação especial.
- ***Sem Custo Adicional para Intervenções:*** Inclusão das intervenções em São Vicente (SP) sem custos adicionais ou desequilíbrio, favorecendo a infraestrutura local sem impactar financeiramente o Estado.
- ***Taxas de Desconto Repactuadas:*** Ajuste nas taxas de desconto para cálculo de desequilíbrios, beneficiando o Estado com taxas mais favoráveis que as pactuadas em Contrato ou mesmo dos patamares da Portaria ARTESP 35/2020, que regulamenta os contratos mais recentes.
- ***Redução da Taxa Interna de Retorno (TIR) para Eventos Futuros:*** A negociação incluiu a redução da TIR usada para calcular futuros desequilíbrios econômico-financeiros. Isso é benéfico para o Poder Concedente pois reduz os

custos futuros associados ao reequilíbrio do contrato. Eventos específicos que se beneficiam desta redução incluem:

- **Efeitos do Aumento do Prazo sobre a Depreciação:** O prazo estendido determinado no TAM nº 10/2006 impacta a depreciação, mas a redução da TIR significa que o custo efetivo deste aumento de prazo será menor do que previsto, minimizando o impacto financeiro no Estado.
- **Reajuste Parcial e Resolução SLT-4/2018:** Esses eventos, que poderiam resultar em passivos adicionais, agora serão recalculados com uma TIR mais baixa, favorecendo condições financeiras menos onerosas para o Poder Concedente.
- **Economia em Taxas de Correção:** As negociações reduziram a taxa de correção de um passivo de depreciação de 20,60% para 16,58%, resultando numa economia de R\$ 429 milhões até 2020 e ainda mais significativa até 2024, quando o valor de depreciação seria reduzido de R\$ 2,815 bilhões para R\$ 1,708 bilhões.
- **Redução de Prazo para Quitação de Dívidas:** A renegociação do passivo associado à proibição de cobrança de eixo suspenso resultou na redução do prazo de quitação dessa dívida de 384 para 308 dias, representando uma economia adicional significativa em termos de dias adicionais de vigência contratual.
- **Vantagens Estratégicas na Gestão da Concessão:** A redução da carga financeira permite ao Estado e à concessionária uma operação menos onerosa e mais eficiente do sistema rodoviário. Isto não só reduz o custo imediato, mas também amplia o espaço para futuros investimentos na malha rodoviária.
- **Maior Previsibilidade com a Nova Cláusula de Reequilíbrio:** A inclusão de uma cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro atualizada no contrato aumenta a previsibilidade e moderniza a regulação da concessão. Isso é vantajoso, pois alinha o contrato com as práticas regulatórias contemporâneas e garante que ambos os lados — Estado e concessionária — possam planejar suas finanças e operações de maneira mais eficaz.

II. Vantagens Regulatórias e Institucionais

- **Saneamento de Pendências Contratuais:** O acordo resolve pendências e impasses contratuais antigos, melhorando a atração de novos investimentos e parceiros, reduzindo a percepção de risco pelos investidores.
- **Eficiência e Economicidade Administrativa:** Resolução de demandas complexas libera recursos humanos e financeiros dentro da Agência, permitindo um foco maior em outras áreas críticas.
- **Segurança Jurídica:** O acordo proporciona maior segurança jurídica para ambas as partes, estabelecendo um compromisso firme para a resolução de questões pendentes.
- **Melhoria da Relação Contratual:** Promove uma comunicação mais fluida e cooperativa, essencial para contratos de longo prazo e de grande importância pública.
- **Planejamento Adequado para Futuras Concessões:** Com as pendências resolvidas, há maior clareza para o planejamento de futuras concessões, contribuindo para a continuidade e expansão da malha rodoviária através do Programa Estadual de Concessões Rodoviárias.
- **Atualização do Contrato com Práticas Modernas:** Inclusão de cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro mais moderna e precisa, alinhando o contrato com as melhores práticas regulatórias.
- **Inclusão de Práticas de Compliance:** O acordo prevê a adesão da Concessionária a práticas de compliance, reforçando a governança e a transparência, e alinhando as operações com normas de conduta ética e legal.

III. Vantagens Operacionais e Estratégicas

- **Continuidade do Programa de Concessões Rodoviárias:** O acordo possibilita o planejamento claro do término e subsequente nova licitação do contrato, mantendo a gestão eficaz das rodovias estaduais.
- **Redução dos Valores Devidos pelo Estado:** Além de equacionar os passivos existentes, o acordo reduz de modo significativo os valores que o Estado

deveria à concessionária, graças à revisão dos cálculos baseados em tráfego real versus projetado.

- ***Condições Financeiras Mais Vantajosas:*** *Estabelece taxas de retorno interna e reajustes tarifários (como a substituição do IGPM pelo IPCA) mais favoráveis ao Estado, moderando os custos futuros e evitando escalonamento de dívidas.*
- ***Impacto na Percepção do Mercado:*** *A resolução de pendências e a melhoria da segurança jurídica e regulatória podem melhorar a percepção do mercado sobre o ambiente de negócios no setor de concessões rodoviárias em São Paulo, atraindo mais investidores e parceiros potenciais.*
- ***Gestão Responsável de Recursos Públicos:*** *A eficiente resolução dos passivos e a mais eficiente utilização dos recursos financeiros públicos destacam a gestão responsável e diligente por parte do Estado, o que é fundamental em períodos de restrição fiscal.*

Tendo isso em vista, salienta-se que todos os desequilíbrios econômico-financeiros³⁹ do contrato favoráveis ao Poder Concedente permanecerão devidos e reconhecidos pela EcoRodovias, sem nenhum desconto, com cálculo de acordo com a TIR original do contrato e compensados com os desequilíbrios econômico-financeiros favoráveis à empresa. Todas as concessões ofertadas no acordo são da parte da Concessionária, o que também corrobora com a declarada “vantajosidade” na celebração do acordo pelo Poder Concedente.

Isso revela que, ao firmar o acordo, o Poder Concedente não está, de fato, abdicando de nenhum de seus direitos. Pelo contrário, está possibilitando a efetiva realização de todos os ajustes econômico-financeiros previstos no aditivo que requerem reequilíbrio a seu favor, incluindo aqueles que ainda estão sendo discutidos em prolongados e contenciosos processos judiciais.

³⁹ Os desequilíbrios econômico-financeiros são (i) efeitos econômicos decorrentes do recálculo do desequilíbrio apurado no TAM nº 10/2006, na forma do processo judicial nº 1045799-02.2014.8.26.0053, e (ii) alguns dos desequilíbrios econômico-financeiros previstos no Anexo II ao TAM Preliminar.

Na sequência, serão realizadas considerações acerca dos eventos objeto do acordo.

3.3.1 Recálculo do desequilíbrio apurado nos TAMs de 2006

Em 2011, um estudo conduzido pela FIPE, a pedido da ARTESP, identificou erros significativos na metodologia empregada para calcular o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conforme ajustado pelo TAM nº 10/2006. Este estudo teria revelado duas falhas principais: (i) a ausência de deflacionamento dos valores atribuídos à compensação ambiental para a data de 1997 (ano-base do contrato); e (ii) a utilização da demanda projetada, ao invés da real, para o cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro, o que ocorreu durante a celebração do TAM nº 09/2006.

Essas imprecisões metodológicas teriam levado a uma superestimação do desequilíbrio econômico-financeiro, resultando em uma extensão indevida do prazo de vigência contratual, que teria beneficiado desproporcionalmente a concessionária. Em resposta a essas constatações, a ARTESP iniciou um processo administrativo para avaliar a potencial nulidade do TAM nº 10/2006. O resultado desse processo corroborou as conclusões da FIPE e culminou na abertura de ação anulatória nº 1045799-02.2014.8.26.0053 pelo Estado de São Paulo, buscando o reconhecimento judicial da nulidade do referido termo aditivo.

O pedido inicial na ação incluiu a recalibração do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, baseando-se na receita efetiva e aplicando o deflacionamento correto aos valores de compensação ambiental incluídos no cronograma físico-financeiro da concessão. Apesar de uma decisão de 1º grau que negou esses pedidos, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em instância de apelação, reconheceu a procedência da ação, invalidando o TAM nº 10/2006, embora uma decisão subsequente tenha em parte acolhido os embargos da concessionária, excluindo a necessidade de deflacionamento dos valores de compensação ambiental do título judicial.

Diante da complexidade e das consequências significativas dessas disputas judiciais, as partes envolvidas decidiram buscar uma solução negociada, resultando na proposta do TAM nº 18/2021. Este termo aditivo propõe estabelecer diretrizes para uma solução consensual que, caso bem-sucedida, garantiria a execução integral do reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pelo Estado na ação anulatória. Em específico, o TAM nº 18/2021 visa a incorporar o deflacionamento dos valores de compensação ambiental, conforme solicitado na origem, além de recalibrar outros eventos de desequilíbrio identificados.

O TAM nº 18/2021 delineia que os efeitos econômicos da decisão seriam implementados mediante a restituição de parte dos valores pela concessionária e o ajuste de desequilíbrios futuros, com compensações que refletem a diferença entre o passivo recalculado e os valores iniciais estabelecidos. Observa-se que a solução negociada preserva o prazo de vigência estabelecido no TAM nº 10/2006, evitando uma extensão adicional que seria necessária para equilibrar as contas sem o acordo.

A Subsecretaria de Parcerias justificou a adequação da medida proposta no TAM nº 18/2021, destacando a significativa melhoria das condições fiscais que a celebração do acordo traria ao Estado de São Paulo. A manutenção do prazo de vigência estipulado no TAM nº 10/2006, combinada com o reconhecimento da incorreção dos cálculos baseados em tráfego projetado, resultaria em um ajuste substancial no valor do passivo. Na origem estimado em R\$ 5,23 bilhões, o valor correto com base no tráfego real seria de R\$ 4,34 bilhões, resultando em um crédito de cerca de R\$ 891 milhões devido ao Estado. Desta quantia, R\$ 613 milhões seriam pagos à vista, com o restante sendo complementado por outros passivos devidos à concessionária.

Esta estratégia financeira não só resolve a questão do desequilíbrio como também evita uma extensão de 12 anos no prazo de concessão, que seria necessária para ajustar o contrato sem um acordo. Esses pagamentos e ajustes são delineados de modo a refletir os compromissos firmados e a garantir a estabilidade e continuidade dos serviços oferecidos, além de representar uma solução fiscal responsável para o estado em um período de restrições orçamentárias.

O TAM nº 18/2021 também estabelece que, na hipótese de êxito nas negociações entre o Poder Concedente e a Concessionária, o TAM Definitivo deverá disciplinar os instrumentos jurídicos necessários para o encerramento das ações judiciais em curso. Esta cláusula garante que qualquer litígio existente relacionado a esses desequilíbrios econômico-financeiros seja em definitivo resolvido, assegurando que não haja futuras controvérsias ou incertezas.

Também, para garantir a execução financeira estabelecida na cláusula 3.2.4, I, do TAM Preliminar, a concessionária comprometeu-se a depositar, em até 30 dias após a celebração do TAM nº 18/2021, o montante de R\$ 613 milhões em uma conta *Escrow*. Esta espécie de conta garantia, operada sob condições específicas e com supervisão do Poder Concedente, assegura que os recursos estarão disponíveis conforme necessário, sem risco para as finanças públicas.

O contrato de caução, como detalhado no Anexo I do TAM nº 18/2021, será celebrado com a intervenção da Secretaria de Logística e Transportes e administrado pelo Banco BTG Pactual S.A. A participação do Poder Concedente neste contrato não gera riscos adicionais de responsabilização, dada a clara delimitação de responsabilidades e a supervisão restrita ao acompanhamento dos valores e das aplicações financeiras. A decisão de permitir que os fundos sejam geridos por uma instituição financeira privada, e não uma oficial⁴⁰, está justificada pela natureza não patrimonial dos valores para o Estado até a efetivação do TAM Definitivo.

A participação do Estado como interveniente-anuente não apenas facilita a supervisão do uso dos recursos, mas também proporciona uma camada adicional de segurança jurídica e financeira. Isso é confirmado pela cláusula 3.3.5 do TAM Preliminar, que estabelece que, na hipótese de qualquer redução do valor depositado na conta *Escrow* devido a atos do banco depositário, a Concessionária é obrigada a

⁴⁰ Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

(...)

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

recompor de pronto o montante afetado. Isso inclui situações de penhora, arresto ou outras formas de constrição patrimonial que possam afetar o valor.

Importante notar que a presença do Estado no contrato de caução também serve para mitigar qualquer risco potencial que possa surgir da gestão dos recursos pelo banco depositário. Essa interveniência assegura que o Poder Concedente possa atuar com proatividade caso surjam problemas que impactem o valor da caução, garantindo que os interesses públicos sejam salvaguardados.

O contrato prevê, ainda, que quaisquer danos sofridos pelo Poder Concedente em razão de atos do banco depositário serão de responsabilidade da Concessionária, que assumirá as consequências financeiras de tais eventos.

Quanto à escolha da instituição financeira privada para o gerenciamento da conta *Escrow*, a cláusula 3.3.1 do TAM Preliminar esclarece que a propriedade dos valores depositados permanece com a Concessionária até que as condições para a efetivação do TAM Definitivo sejam atendidas. Isso justifica a exceção ao requisito de que os valores públicos sejam depositados em instituições financeiras oficiais, conforme estabelecido no artigo 164, § 3º, da Constituição Federal. A Concessionária é, portanto, a responsável direta pelos valores até que sejam transferidos ao Estado, reduzindo preocupações sobre a gestão desses recursos dentro dos parâmetros legais e regulatórios.

Por fim, a cláusula 3.1 do TAM Preliminar destaca que o sucesso das tratativas entre o Poder Concedente e a Concessionária, culminando na celebração do TAM Definitivo, resultará no encerramento definitivo das ações judiciais em curso. Este encerramento não só resolve as disputas existentes, mas também estabelece um marco para futuras interações entre as partes, garantindo que o acordo alcançado seja implementado de forma eficaz e conforme o estipulado legalmente.

3.3.2 Ações judiciais de reajuste

As ações judiciais de reajuste tarifário constituem um ponto central no contexto dos contratos de concessão de rodovias, refletindo no equilíbrio econômico-financeiro

entre as partes envolvidas. A proposta ora analisada visa abarcar, conforme previsto na Cláusula Segunda (2.1, I, “b”) do TAM Preliminar, o encerramento das ações judiciais nº 1031187-59.2014.8.26.0053 e nº 1012600-47.2018.8.26.0053. Tais ações foram instauradas pela Concessionária com o objetivo de assegurar a aplicação de reajustes tarifários previstos nos contratos, mas que não foram repassados de maneira integral aos usuários.

A primeira ação objetivava que o reajuste tarifário no ano de 2014 fosse aplicado de modo automático. Embora julgada procedente em primeira instância, a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo a improcedência do pleito. Recursos apresentados pela Concessionária ainda estão pendentes de julgamento nos Tribunais Superiores.

A segunda ação pretendia a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, devido à alegada insuficiência das medidas compensatórias determinadas pela ARTESP em contrapartida pela não aplicação do reajuste tarifário relativo ao período de maio de 2012 a maio de 2013. A demanda foi julgada procedente, e aguardava julgamento do recurso de apelação interposta pelo Estado de São Paulo e pela ARTESP.

O litígio teve início com a ausência de repasse, aos usuários, do reajuste tarifário de 2013. Como contrapartida, o Estado optou pela redução do percentual de ônus variável devido pela Concessionária, de 3% para 1,5%, e, adicionalmente, por meio da Resolução nº 04/2013, autorizou a incorporação no cálculo das tarifas de pedágio dos eixos suspensos de veículos de transporte de carga, mitigando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em 2014, apenas uma parcela do reajuste foi repassada ao usuário. Em 2018, no entanto, o Poder Concedente proibiu a cobrança dos eixos suspensos com a edição da Resolução SLT nº 04/2018, alterando as condições de compensação anteriormente adotadas.

A Consultoria Jurídica da ARTESP, no Parecer Referencial nº 07/2018, analisou a edição da Resolução SLT nº 04/2018, reconhecendo que a publicação da referida Resolução havia representado um evento de desequilíbrio nos contratos de concessão. Ao alterar as condições econômicas do contrato, materializou um risco

relativo à modificação unilateral do contrato imposto pelo Poder Concedente. Essa alteração normativa resultou na necessidade de recomposição do equilíbrio financeiro conforme estipulado pela legislação aplicável, como previsto no art. 3º da Resolução ST nº 2, de 11 de março de 2005.

A análise dos efeitos das Resoluções SLT nº 04/2013 e nº 04/2018 demonstra a complexidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em face de mudanças regulatórias. A permissão para a cobrança dos eixos suspensos representou um ganho de receita para a concessionária, enquanto a proibição posterior dessa cobrança causou um novo desequilíbrio. A necessidade de captar todo o ganho de receita oriundo da cobrança dos eixos suspensos foi destacada pela ARTESP, considerando que a alteração das condições de cobrança influenciou o comportamento dos motoristas e, por consequência, a receita da concessionária.

A renegociação e a readequação das taxas de desconto aplicadas ao desequilíbrio econômico-financeiro a partir de 2018 foram discutidas no inciso IV da cláusula 4.1 do TAM nº 18/2021. Para o período de maio de 2013 a maio de 2018, foi previsto um cálculo com base na taxa de desconto de 20,59867% ao ano. Já a partir de maio de 2018, foi estabelecida uma taxa interna de retorno de 8,2% ao ano, refletindo um desconto oferecido pela concessionária.

Em síntese, as ações judiciais de reajuste analisadas refletem os desafios de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária frente às mudanças regulatórias e às decisões administrativas. A renegociação dos termos contratuais, bem como a revisão das taxas de desconto e dos mecanismos de compensação, são aspectos essenciais para garantir a continuidade e a viabilidade dos serviços concedidos, ao mesmo tempo que se busca atender às exigências legais e aos interesses públicos.

3.3.3 Modificação do indexador tarifário

O contrato de concessão previa o Índice Geral de Preços do Mercado (IGPM) como índice inflacionário utilizado para o reajuste das tarifas de pedágio. No entanto,

o TAM nº 15/2011, conforme sua retratificação, alterou essa previsão, determinando que o reajuste se daria pela variação do menor índice entre o IGPM e o IPCA.

A cláusula 3.1 do TAM nº 15/2011 estipula que o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será caracterizado a favor da concessionária caso haja diferença entre o montante anual da receita de pedágio auferida, e o que teria sido recebido caso as tarifas tivessem sido reajustadas exclusivamente pela variação do IGPM. Para recompor esse equilíbrio, a cláusula 3.2 estabelece que a compensação será implementada por meio da prorrogação do prazo da concessão, a ser formalizada em aditivo próprio.

Os desequilíbrios resultantes da adoção do IPCA para o reajuste tarifário foram apurados e reconhecidos pela ARTESP nos Protocolos nº 329.196/2016 e nº 271.784/2014, referentes aos períodos de 01/07/2013 a 30/06/2015 e de 01/07/2015 a 30/06/2017, respectivamente. Esses desequilíbrios foram discutidos nas 786ª e 789ª Reuniões do Conselho Diretor da ARTESP. Para promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme estipulado no TAM nº 15/2011, foi proposta a prorrogação do prazo de vigência contratual, conforme orientações detalhadas no Parecer CJ/ARTESP nº 600/2019.

O TAM Preliminar estabeleceu que, caso o TAM Definitivo fosse celebrado, o índice de reajuste das tarifas de pedágio seria alterado para utilizar com exclusividade o IPCA a partir de 1º de julho de 2021. A alteração do indexador, contudo, não ensejaria novos desequilíbrios econômico-financeiros, cessando a mensuração do desequilíbrio decorrente dessa modificação contratual a partir dessa data.

A Subsecretaria de Parcerias justificou a alteração do IGPM para o IPCA destacando que o IGPM apresentou variações expressivas, acumulando alta de 25,71% nos últimos 12 meses, enquanto o IPCA apresentou uma variação de 4,23% no mesmo período. A adoção do IPCA, portanto, representaria a aplicação do princípio da modicidade tarifária, justificando a celebração do acordo pelo Estado de São Paulo.

A possibilidade de alteração do índice de reajuste estabelecido no contrato foi analisada pela Consultoria Jurídica da ARTESP, conforme o Parecer CJ/ARTESP nº

316/2020. O TAM analisado prevê que o desequilíbrio econômico-financeiro resultante da diferença entre os índices IGPM e IPCA, entre julho de 2014 e julho de 2020, que representa 10,9367%, permanecerá devido à concessionária e será calculado conforme a disciplina do TAM nº 15/2011, considerando o tráfego real mensurado até 28/03/2024.

Apesar das inevitáveis incertezas quanto às projeções dos índices inflacionários, uma avaliação técnica prévia da “vantajosidade” da alteração do indexador para o interesse público é indispensável antes da celebração do TAM Definitivo. Essa avaliação deve considerar tanto a perspectiva de menor oneração ao usuário devido à alteração do parâmetro contratual de reajuste tarifário quanto a adequação técnica do IPCA para refletir a variação dos custos envolvidos na prestação dos serviços.

Assim, a modificação do indexador tarifário no contrato de concessão visa equilibrar os interesses econômicos entre a concessionária e o Poder Concedente, assegurando uma tarifa mais previsível e acessível aos usuários, ao mesmo tempo que se mantém a sustentabilidade financeira da concessão.

3.3.4 Amortização

Outro passivo importante do contrato de concessão nº 007/CR/98, em especial no que tange à amortização, surgiu devido à falta de consideração dos impactos que a mudança do prazo de vigência traria sobre a amortização do ativo intangível da concessionária, composto pelos investimentos realizados.

A análise deste ponto foi feita no Parecer CJ/ARTESP nº 222/2019, aprovado pela Subprocuradoria Geral do Estado, e em um parecer específico para a Concessionária Ecovias (Parecer CJ/ARTESP nº 247/2019). Concluiu-se que a revisão dos valores de amortização, devido à prorrogação do prazo de concessão, deve seguir as orientações da Receita Federal. A prorrogação acarreta a necessidade de amortização dos investimentos até o final do novo prazo vigente, incluindo a prorrogação.

O TAM nº 18/2021, em sua cláusula 4.1, estipulou que, caso o TAM Definitivo seja celebrado, o desequilíbrio decorrente do recálculo dos efeitos fiscais no resultado operacional bruto, causado pela orientação da Receita Federal na Solução de Consulta nº 63, será apurado no ano 23 do contrato. A taxa de desconto será de 16,58% + IGP-M ao ano, substituindo a taxa de 20,59867% prevista no plano de negócios da concessionária, como desconto aplicado por liberalidade da concessionária.

Embora o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessionária seja inquestionável, é essencial avaliar se a metodologia de amortização definida pela Receita Federal foi seguida desde a assinatura do TAM nº 10/2006. O desequilíbrio deve ser calculado com as melhores informações disponíveis, mensurando o impacto real sobre o fluxo de caixa da concessão, conforme o Parecer CJ/ARTESP nº 247/2019.

A taxa de desconto definida no TAM Preliminar será aplicada para o cálculo do valor atual do desequilíbrio econômico-financeiro. A mensuração do desequilíbrio deve considerar as práticas contábeis adotadas pela concessionária, sobretudo no período entre o TAM nº 10/2006 e a confirmação da Receita Federal. Durante esse tempo, práticas distintas das corretas podem ter sido aplicadas, alterando o montante do desequilíbrio contratual.

Além disso, a concessionária concedeu um desconto na taxa utilizada para o cálculo do desequilíbrio, como destacado pela Diretoria Geral da ARTESP. A repactuação das taxas de desconto na apuração dos desequilíbrios foi vantajosa para o Poder Concedente, resultando em patamares mais favoráveis do que os inicialmente pactuados ou definidos pela Portaria 35/2020. A taxa dos itens incluídos por fluxo de caixa marginal no contrato foi fixada em 7,65%, enquanto a taxa pela Portaria ARTESP 35/2020 seria de 7,89%.

Essa repactuação aumenta a previsibilidade para ambas as partes do contrato e reduz o custo do projeto para o Poder Concedente, reforçando a “vantajosidade” da celebração do acordo.

Assim, a modificação nos cálculos de amortização e a revisão das taxas de desconto são essenciais para garantir a sustentabilidade financeira do contrato de concessão, assegurando que os ajustes necessários sejam realizados de maneira equitativa, beneficiando tanto o Poder Concedente quanto a concessionária.

3.3.5 Novos investimentos no Contrato

O TAM nº 18/2021 estabelece parâmetros para a apuração do desequilíbrio decorrente da inclusão de novos investimentos no Contrato de Concessão nº 007/CR/98, a serem formalizados na celebração do TAM Definitivo.

Os incisos VII e VIII da cláusula 4.1 do TAM determinam a inclusão das obras de conservação especial do sistema rodoviário durante todo o prazo de prorrogação contratual, conforme estipulado nos TAMs nº 10/2006, nº 16/2012 e nº 17/2018, além do próprio TAM Preliminar. Incluem-se os investimentos para as obras de melhorias entre os km 59 e 65 da SP 150 – Conexão Porto/Cidade – Santos, 2ª fase do Sistema Binário.

O acordo prevê que o impacto no equilíbrio econômico-financeiro decorrente desses investimentos seja reconhecido no TAM Definitivo, devendo ser reequilibrado a favor da Concessionária, conforme a Portaria ARTESP nº 35/2020, com exceção da taxa interna de retorno, que será de 7,65% + IGP-M.

A Consultoria Jurídica da ARTESP já se manifestou sobre a inclusão da 2ª Fase do Sistema Binário, conforme o Parecer CJ/ARTESP nº 125/2021. Quanto às obras de conservação especial, a análise técnica e jurídica deverá ser objeto de processo específico, pois tais investimentos não foram considerados no cálculo do reequilíbrio durante a prorrogação de 70 meses estabelecida pelo TAM nº 10/2006.

O Relatório de Controle Econômico e Financeiro do Processo nº 006.007/06, que culminou no TAM nº 10/2006, indicou que novos investimentos em conservação especial não foram considerados para o cálculo do reequilíbrio contratual. Assim, a execução dessas obras pela Concessionária deve ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme previsto nos TAMs nº 16/2012 e nº 17/2018, que

também condicionaram a execução de investimentos durante a extensão do prazo contratual à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Sob tal perspectiva, não há impedimentos jurídicos para serem incluídas obras de conservação especial no contrato de concessão. A cláusula 4.2 do TAM nº 18/2021 ainda prevê que a Concessionária executará as obras de melhorias no trecho urbano de São Vicente, estimadas em R\$ 44.000.000,00, sem reequilíbrio contratual, como um ato de liberalidade.

Embora essas obras não impactem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sua inclusão deve seguir o procedimento previsto pela Portaria ARTESP nº 02/2012. A análise específica deve abordar as obrigações acessórias, manutenção, conservação e fiscalização pelas áreas técnicas competentes da ARTESP.

Assim, a inclusão de novos investimentos e a correta mensuração dos desequilíbrios decorrentes são essenciais para manter a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, garantindo que os ajustes necessários sejam realizados de maneira justa e transparente, beneficiando tanto o Poder Concedente quanto a Concessionária.

3.3.6 Desequilíbrios previstos no Anexo II

O TAM nº 18/2021 estabelece, em seu inciso II da cláusula 4.1, que os desequilíbrios econômico-financeiros dos processos listados no Anexo II, tanto os já reconhecidos pela ARTESP quanto os que eventualmente venham a ser reconhecidos, serão apurados com base no ano 23 do contrato, aplicando-se uma taxa de desconto de 20,59867% + IGP-M. O inciso III determina que o somatório desses desequilíbrios deverá ser corrigido a partir do ano 23 do contrato e reequilibrado a partir de 29 de março de 2024, utilizando-se uma taxa de desconto de 16,58% + IGP-M, em substituição à taxa interna de retorno de 20,59867%, como um desconto concedido pela concessionária.

Os desequilíbrios listados no Anexo II incluem uma variedade de fatores, desde a adequação de cronogramas de investimentos até cancelamentos de obras e

aplicação de critérios diferenciados para cálculos de tarifas de pedágio. A ARTESP reconhece a existência de processos destinados à apuração desses eventos de desequilíbrio, que, se reconhecidos, serão calculados com a taxa de desconto original do contrato.

Um dos principais desequilíbrios destacados é o referente ao reajuste de 2013/2014 e a compensação relacionada aos eixos suspensos, abrangendo o período de julho de 2013 a julho de 2018. Outro fator relevante é o desequilíbrio decorrente das obrigações do convênio firmado em 2006 com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU), a Secretaria do Meio Ambiente, o município de Cubatão (SP) e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), reconhecido em reunião do Conselho Diretor da ARTESP em 2002 devido à majoração dos custos de compensação ambiental.

A correta mensuração dos desequilíbrios, considerando os valores efetivamente desembolsados e as suas respectivas datas, é essencial para garantir um reequilíbrio econômico-financeiro justo. A consultoria jurídica da ARTESP já se manifestou sobre vários desses desequilíbrios, destacando a necessidade de considerar o impacto real dos eventos causadores do desequilíbrio.

Para os demais passivos em análise citados no Anexo II, alguns eventos já foram reconhecidos pela ARTESP, enquanto outros ainda aguardam avaliação. O aditivo em estudo não compromete o reconhecimento automático desses eventos, permitindo à Agência deliberar conforme a análise dos respectivos processos administrativos.

A análise dos temas indicados no Anexo II, ainda não reconhecidos, exige uma avaliação detalhada nos processos administrativos pertinentes. O aditivo em estudo não implica um reconhecimento automático desses eventos, permitindo à Agência deliberar pelo não reconhecimento do desequilíbrio contratual.

3.3.7 Anexo III do TAM Preliminar

O Anexo III do TAM nº 18/2021, conforme a cláusula sétima, prevê que, na hipótese de celebração do TAM Definitivo, serão incluídas novas cláusulas no contrato de concessão. Estas cláusulas abordam a disciplina de equilíbrio econômico-financeiro, conforme regras mais recentes adotadas em concessões rodoviárias do Estado, e a implementação de um programa de conformidade (*compliance*).

A cláusula 4.3 do TAM nº 18/2021 estipula que, para futuros desequilíbrios – bem como para desequilíbrios com fatos geradores até 10/03/2021 não incluídos na cláusula 4.1 –, aplicar-se-á o disposto no Anexo III, substituindo as disposições contratuais anteriores sobre reequilíbrio econômico-financeiro.

Estas inclusões visam atualizar o contrato de concessão, reconhecendo a necessidade de mutabilidade para a adequação do serviço e segurança jurídica da relação contratual, conforme a doutrina. A atualização segue modelos de equilíbrio econômico-financeiro empregados nos recentes editais de concessão rodoviária do Estado de São Paulo.

As modificações, sendo acordadas entre as partes para aprimorar a eficiência do contrato, não encontram impedimentos jurídicos para sua efetivação. A incorporação de um programa de conformidade também é proposta, alinhando-se às práticas previstas nos contratos de concessão mais recentes do Estado, cujos méritos dispensam maiores considerações.

Assim, a atualização contratual proposta pelo Anexo III do TAM nº 18/2021 é essencial para garantir a modernização e eficácia contínua do contrato de concessão, assegurando que ele reflita as melhores práticas e exigências atuais de conformidade e equilíbrio econômico-financeiro.

3.3.8 Outras disposições do acordo

A cláusula oitava do TAM nº 18/2021 traz outras disposições aplicáveis ao aditivo, destacando-se em especial a cláusula 8.3. Esta cláusula estabelece que o TAM Preliminar tem efeitos restritos apenas aos assuntos expressamente mencionados nele. Isso significa que:

I. O TAM Preliminar não implica renúncia, quitação, transação ou autocomposição quanto a assuntos estranhos ao seu objeto, que não poderão ser usados para interpretar ou disciplinar qualquer de suas disposições;

II. O TAM Preliminar não prejudica, condiciona, nem implica renúncia a qualquer providência administrativa, disciplinar, cível ou criminal relacionada à tutela da probidade administrativa. Isso inclui a identificação de violações à legislação vigente, como as Leis Federais nº 8.666/1993, nº 8.429/1992, nº 12.529/2011 e nº 12.846/2013, e a celebração de acordos de leniência ou instrumentos congêneres indicando atos ilícitos relacionados ao contrato.

Portanto, fica claro que o aditivo não representa um saneamento geral dos litígios e pendências regulatórias do contrato de concessão, sendo restrito aos assuntos nele mencionados. Demais controvérsias, litígios e processos administrativos ou judiciais continuarão seu curso regular.

Do ponto de vista jurídico, essa previsão é necessária e conveniente, pois assegura que o aditivo trata apenas dos eventos que causaram desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, sem renunciar a outras medidas conferidas ao poder público, especialmente aquelas relacionadas à probidade administrativa.

3.4 Celebração do Acordo

A celebração do acordo envolveu o cumprimento de todos os requisitos procedimentais essenciais, garantindo sua validade e legalidade.

A minuta final do TAM foi aprovada pelo Conselho Diretor da ARTESP, conforme a competência prevista no art. 4º, VIII do Regimento Interno da agência. Esta aprovação assegurou que o acordo estivesse em conformidade com as diretrizes regulatórias e operacionais estabelecidas pela ARTESP.

Além disso, foi obtida a concordância expressa da concessionária em relação aos termos da minuta antes da deliberação do Conselho Diretor, garantindo que todas as partes envolvidas estavam de acordo com os termos estabelecidos.

Com a promulgação da Lei Estadual nº 17.293/2020, que alterou o artigo 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 914/2002, a atribuição da ARTESP para celebrar contratos de prestação de serviços públicos de transportes foi excluída. Dessa forma, a representação do Estado de São Paulo, enquanto Poder Concedente, passou a ser realizada pela Secretaria de Logística e Transportes (SLT), conforme o Decreto Estadual nº 65.662/2021. Este decreto especifica que cabe à SLT representar o Estado de São Paulo nos atos reservados ao Poder Concedente, incluindo a celebração de contratos de concessão e seus termos aditivos.

Em 30 de abril de 2021, a Secretaria de Logística e Transportes e a concessionária celebraram, com a interveniência e anuência da ARTESP, o TAM nº 18/2021. Este termo, de natureza bilateral e contrato preliminar, estabeleceu diretrizes para a celebração do TAM nº 19/2021, o TAM Definitivo. Em 27 de outubro de 2021, e novamente em 12 de novembro de 2021, as partes celebraram termos de rerratificação ao TAM nº 18/2021, postergando o prazo para a celebração do TAM Definitivo até 24 de novembro de 2021.

O Ofício Subsecretária de Parcerias nº 20/2021 motivou a substituição temporária do índice de atualização monetária do contrato, evidenciando um elemento adicional de “vantajosidade” para o Poder Concedente. Em conjunto com o TAM nº 18/2021, a concessionária firmou um contrato de caução, depositando R\$ 613.000.000,00 em conta *Escrow*, a ser transferido ao Poder Concedente conforme os requisitos do contrato de caução e do TAM nº 18/2021.

As partes não exerceram o direito de desistência do TAM nº 18/2021, e os estudos técnicos ratificaram a “vantajosidade” para o Poder Concedente, identificada preliminarmente na instrução técnica do TAM nº 18/2021. O Parecer CJ/ARTESP nº 708/2021 opinou pela viabilidade jurídica da celebração do TAM nº 19/2021. Em 24 de novembro de 2021, o Conselho Diretor da ARTESP ratificou a instrução técnica e

jurídica, autorizando a submissão do processo à Secretaria de Logística e Transportes para a celebração do TAM nº 19/2021.

Assim, a ARTESP subscreveu os TAMs na qualidade de interveniente-anuente, enquanto a SLT representou, sob caráter formal, o Estado de São Paulo na prática dos atos reservados ao Poder Concedente.

3.5 Conclusões

O acordo celebrado entre o Estado de São Paulo e a concessionária EcoRodovias, representado pelos TAMs nº 18/2021 e nº 19/2021, emerge como um caso paradigmático da aplicação prática de acordos nos contratos de concessão. A análise deste acordo revela uma abordagem sofisticada e criteriosa, voltada à resolução de conflitos regulatórios complexos e à adaptação do contrato para mudanças econômicas e financeiras inevitáveis ao longo de sua execução.

O TAM nº 18/2021, enquanto contrato preliminar, estabeleceu diretrizes essenciais e a possibilidade de arrependimento conforme o artigo 463 do Código Civil. Essa característica demonstra uma aplicação prática da reponderação do interesse público⁴¹, permitindo que as partes ajustem suas expectativas e obrigações antes da formalização do contrato definitivo, garantindo maior flexibilidade e adaptação às mudanças.

O acordo contempla a execução integral do pedido formulado pelo Estado na ação anulatória nº 1045799-02.2014.8.26.0053. Esta ação e sua resolução dentro do acordo ilustram a capacidade do contrato de concessão de se adaptar às decisões

⁴¹ Como apontado por Flávio Amaral Garcia, de modo a evidenciar que a reavaliação das bases contratuais deve contar com a aquiescência mútua, evitando imposições unilaterais e assegurando a adaptação do contrato às novas realidades: “Nada obsta que eventual reponderação do interesse público ou das circunstâncias existentes resulte em modificação do contrato, mas desde que seja bilateral e consensual. Inexiste óbice para que os contratantes, de comum acordo, reavaliem as bases do contrato a partir de uma provocação do contraente público que resulte de uma nova valoração discricionária sobre decisões anteriormente tomadas. Entretanto, uma vez contratualizado o conjunto de recíprocos direitos e deveres pactuados à luz de determinada realidade, essa reponderação não pode ser unilateralmente imposta, senão que contar com a necessária aquiescência do cocontratante”. (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese [Doutorado em Direito] – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em 12 set. 2024, p. 149).

judiciais, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro e ajustando-se às realidades legais e regulatórias. Os descontos oferecidos pela concessionária e a inclusão de eventos já reconhecidos pela ARTESP refletem a materialização de riscos contratuais previstos, um ponto central na alteração dos contratos. Ao permitir a inclusão de eventos formalmente reconhecidos, o acordo garante que os desequilíbrios econômicos sejam tratados de maneira justa e equitativa⁴².

A aprovação pelo Conselho Diretor da ARTESP e a concordância expressa da concessionária antes da deliberação final reforçam a importância de um processo regulatório seguro e transparente. Essas etapas asseguram que o contrato pode se adaptar às novas circunstâncias e manter sua viabilidade ao longo do tempo.

A mudança na atribuição da ARTESP, conforme a Lei Estadual nº 17.293/2020 e o Decreto Estadual nº 65.662/2021, e a subsequente representação pelo SLT, demonstram a capacidade do contrato de se ajustar a novas estruturas de governança e representação estatal⁴³. Este aspecto é fundamental para a mutabilidade, pois permite que o contrato continue sendo executado de maneira eficaz, mesmo diante de mudanças institucionais significativas.

⁴² Conforme observado por Fernando Vernalha Guimarães: “Em razão disso, um expediente desejável são as revisões periódicas, com a função de propiciar um retrospecto histórico da execução do contrato e confrontá-lo com as perspectivas das partes para os próximos períodos. Por meio dessas revisões (geralmente quinquenais) – que devem estar previstas em contrato –, são avaliados o advento de novas tecnologias capazes de otimizar a prestação do serviço e a execução do contrato; a conveniência de manutenção dos indicadores de serviços e a forma e a tecnologia para sua aferição; assim como a adequação da própria matriz de riscos. Como a aptidão e a capacidade das partes pode se alterar ao longo dos anos, inclusive pelo advento de mutações do mercado securitário, é perfeitamente adequado que as possam visitar a matriz de riscos originariamente contratada com vistas a rediscuti-la e, eventualmente, modificá-la. É claro que a modificação dessa matriz dependerá de uma renegociação, fruto de um acordo entre as partes, sendo inviável ao Poder Concedente pretender alterá-la unilateralmente após a formalização do contrato, uma vez que sua formação coincide com a própria equação econômico-financeira do contrato de concessão.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann [Coord.]. Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 105).

⁴³ A perspectiva de Egon Bockmann Moreira reforça a importância de ajustes consensuais que garantem a continuidade e a eficácia do contrato, mesmo diante de novas circunstâncias: “A mutação contratual aqui defendida é via de mão dupla, objetivamente instalada a favor do contrato. Ou, melhor: a mutabilidade consensual é aquela que deve ser prestigiada, com foco no projeto concessionário, que permita ao contrato se adaptar às novas circunstâncias e permanecer no tempo”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos [Inteligência da Lei n.º 8.987/1995 – Parte Geral]. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44).

A inclusão de novos compromissos de investimento e a implementação de um programa de *compliance* no TAM nº 19/2021 refletem uma atualização contínua do contrato, alinhando-o com as melhores práticas e garantindo que ele se mantenha relevante e eficaz.

A previsão de revisões periódicas e de reequilíbrio econômico-financeiro motivado e justificado no contrato assegura que ele possa se adaptar às mudanças econômicas, financeiras e técnicas ao longo do tempo. Este mecanismo é essencial, pois garante que o contrato possa responder a novas condições e continuar a cumprir seus objetivos⁴⁴.

A celebração do acordo envolveu múltiplos procedimentos administrativos e jurídicos, incluindo a anuência da ARTESP e a participação ativa da Secretaria de Logística e Transportes, que juntos garantiram a conformidade do termo aditivo com as diretrizes regulatórias vigentes. O processo refletiu uma atenção meticulosa aos detalhes técnicos e jurídicos, assegurando a legalidade e a viabilidade do acordo.

Do ponto de vista jurídico, o acordo demonstra um compromisso firme com a segurança jurídica e a eficiência administrativa.

Para o Poder Concedente, o acordo trouxe várias vantagens econômicas, incluindo a redução significativa dos passivos regulatórios e a manutenção de um prazo contratual que evita extensões onerosas. A renegociação das taxas de desconto e a modificação do indexador tarifário, substituindo o IGPM pelo IPCA, resultaram em

⁴⁴ Egon Bockmann Moreira ressalta que, embora a fórmula do reajuste deva permanecer íntegra durante a execução do contrato, sua modificação devido a fatos supervenientes é válida, desde que não seja uma tentativa de alteração desmotivada e unilateral. Isso sublinha a importância de um processo de revisão justificado e consensual, garantindo a adaptabilidade e a continuidade do contrato: “Apesar de os índices de reajuste serem percentuais cuja forma de cálculo deve manter-se estável no tempo (com o que se visa a preservar o poder de compra tal como definido no ano zero), é de todo viável que se deem alterações significativas na forma de sua composição. Isso poderá gerar impacto relevante nos processos de reajuste e de revisão – esvaziando ou superdimensionando seus resultados. (...) também as fórmulas e os índices podem flutuar no tempo, exigindo revisões (e termos aditivos) que estabilizem tais mutações. Assim, e muito embora a fórmula do reajuste tenha de se manter íntegra em toda a execução contratual, não é impossível ou inválida sua modificação devido a fato superveniente. Porém, o que jamais será válido é a tentativa de alteração desmotivada e unilateral”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos* [Inteligência da Lei n.º 8.987/1995 – Parte Geral]. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 366-368).

condições mais favoráveis para o Estado, refletindo uma gestão prudente e estratégica dos recursos públicos.

A análise do acordo destaca a importância de um planejamento estratégico e de uma abordagem negociada para a resolução de litígios regulatórios. No entanto, é essencial continuar monitorando a implementação das medidas acordadas e garantir que as revisões periódicas do contrato sejam realizadas com transparência e rigor técnico.

A experiência com o acordo da EcoRodovias pode servir de modelo para futuras negociações em outras concessões, promovendo um ambiente regulatório mais maduro e resiliente.

Em suma, o acordo entre o Estado de São Paulo e a EcoRodovias ilustra a aplicação eficaz da possibilidade de acordo nos contratos de concessão, proporcionando um exemplo robusto de como a adaptação e a renegociação podem ser utilizadas para superar desafios regulatórios e garantir a continuidade e a eficiência dos serviços públicos. Este estudo de caso reafirma a importância da flexibilidade contratual e da capacidade de adaptação como pilares essenciais para a gestão de concessões de infraestrutura no Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do acordo celebrado entre o Estado de São Paulo e a concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., permite uma reflexão aprofundada sobre a mutabilidade dos contratos de concessão e a importância desse instrumento de gestão contratual. O estudo de caso evidenciou como a renegociação e a adaptação dos termos contratuais são essenciais para assegurar a continuidade e a eficiência na prestação de serviços públicos, em especial em contratos de longa duração e alta complexidade, como os de concessão rodoviária.

Como foi observado, é fundamental reconhecer que os contratos de concessão são, por natureza, incompletos e sujeitos às incertezas que emergem ao longo de sua execução. A mutabilidade, portanto, não é apenas uma característica desejável, mas uma necessidade intrínseca para que tais contratos possam responder, com a necessária adequação, às mudanças econômicas, tecnológicas e regulatórias.

No caso analisado, a celebração do “Acordo Global” representou uma solução abrangente para equacionar passivos regulatórios acumulados, demonstrando a eficácia dos TAMs como instrumentos bilaterais de ajuste contratual.

A abordagem bifásica adotada, com a celebração inicial de um TAM Preliminar seguido do TAM Definitivo, destacou a importância de um processo negociado, que permitiu às partes alinhar expectativas e definir premissas essenciais antes da formalização final. Tal estratégia mitigou riscos e proporcionou maior segurança jurídica, enquadrando-se no permissivo art. 26 da LINDB, que incentiva a celebração de compromissos para eliminar incertezas jurídicas e situações contenciosas.

Ao adotar tal abordagem, as partes puderam estabelecer premissas e diretrizes fundamentais antes de formalizar ajustes mais complexos. Esse método, inspirado em práticas do direito privado, como previsto no artigo 462 do Código Civil, demonstra a capacidade de assimilação de boas práticas negociais pelo setor público, promovendo maior segurança jurídica e eficiência administrativa.

Um aspecto central desse processo foi a busca por reduzir a assimetria informacional entre a concessionária e o Poder Concedente. Ao permitir o acesso a informações relevantes sobre a exploração do objeto concedido, criou-se um ambiente mais propício para negociações equilibradas. Isso mostrou-se essencial para que o Poder Concedente possa exercer, em plenitude, sua competência discricionária na análise de pleitos apresentados pela concessionária. E podendo filtrar demandas possivelmente oportunistas⁴⁵, ao se ater à resolução de questões que de fato impactam a execução contratual.

A experiência analisada também evidencia que a negociação não é apenas um mecanismo para corrigir desequilíbrios econômico-financeiros, mas uma ferramenta estratégica para aprimorar a execução do contrato como um todo. Os acordos celebrados visaram não só resolver passivos regulatórios acumulados, como também atualizar o contrato com práticas modernas de governança, como a inclusão de cláusulas de *compliance* e a revisão de metodologias de cálculo de desequilíbrios futuros.

Os benefícios econômicos e financeiros alcançados com o acordo foram significativos. A redução dos passivos regulatórios, a manutenção do prazo contratual sem extensões onerosas e a renegociação de taxas de desconto mais favoráveis ao Poder Concedente evidenciaram uma gestão estratégica e eficiente dos recursos públicos. A modificação do indexador tarifário, substituindo o IGPM pelo IPCA, também reforçou o compromisso com a modicidade tarifária, beneficiando os usuários sem comprometer a sustentabilidade financeira da concessão.

⁴⁵ Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, ao discutirem sobre alterações em contratos de concessão e PPPs, especialmente no contexto de renegociações para reequilibrar o contrato devido à expansão ou modificação do seu escopo, defendem que a prática ideal seria minimizar as renegociações ao longo da vigência contratual. Eles destacam que, ao longo do contrato, o parceiro privado tende a adquirir uma posição vantajosa em relação à administração pública, uma vez que possui maior domínio técnico sobre o objeto contratual. Além disso, a estabilidade na prestação dos serviços é favorecida, já que iniciar um novo processo de contratação, que inclui a realização de estudos e licitação, acarreta custos elevados. (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”. Em: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/download/alteracao-de-contratos-de-concessao-e-ppp-por-interesse-da-administracao-publica-problemas-economicos-limites-teoricos-e-dificuldades-reais/>. Acesso em: 15 out 2024).

Do ponto de vista regulatório e institucional, o acordo contribuiu para o saneamento do contrato, eliminando pendências judiciais e administrativas que comprometiam a previsibilidade e a estabilidade da relação contratual. A inclusão de novas cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro e a implementação de um programa de *compliance* atualizaram o contrato, alinhando-o às melhores práticas regulatórias e fortalecendo a governança e a transparência.

A experiência demonstrou que a negociação e a celebração de acordos administrativos podem ser ferramentas eficazes para resolver conflitos complexos e promover ajustes necessários, desde que conduzidas com rigor técnico, transparência e observância da legislação específica. A participação ativa das partes, o suporte de análises técnicas especializadas e o respeito aos procedimentos formais foram fundamentais para o sucesso do acordo.

Ademais, a prática de celebrar acordos preliminares reflete uma maturidade na relação público-privada, permitindo que as partes testem a viabilidade de soluções propostas sem comprometer imediatamente o contrato principal. Isso proporciona flexibilidade e agilidade na gestão contratual, possibilitando que ajustes sejam feitos de maneira mais eficiente e menos onerosa para ambas as partes.

Entretanto, é importante reconhecer que tais processos também apresentam desafios. A complexidade técnica dos cálculos de reequilíbrio, a necessidade de conciliar interesses divergentes e a atenção aos limites legais exigem competências especializadas e uma postura colaborativa das partes envolvidas. Além disso, a ausência de diretrizes claras e padronizadas para a negociação de acordos via termo aditivo em contratos de concessão pode gerar inseguranças e dificultar a replicação de boas práticas⁴⁶.

⁴⁶ É preciso considerar sugestão de Guilherme Jardim Jurksaitis para a criação de regulamentos administrativos que estabeleçam critérios e procedimentos específicos para a realização de aditivos contratuais, aplicáveis tanto a contratos públicos simples quanto a contratos mais complexos. Esses regulamentos seriam emitidos pela autoridade competente, impondo sua observância aos órgãos e entidades sob sua jurisdição. (JURKASAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKASAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294).

Nesse sentido, percebe-se a necessidade de aprimoramento dos marcos regulatórios e institucionais, promovendo maior clareza sobre os procedimentos e limites para a mutabilidade contratual. A criação de normativas específicas que estabeleçam critérios objetivos para a renegociação e a celebração de acordos poderia contribuir para reduzir assimetrias de informação, aumentar a segurança jurídica e incentivar soluções consensuais.

Por outro lado, pode-se dizer que a evolução dos TAMs ao longo do tempo demonstra um aprendizado institucional por parte da agência reguladora e do Poder Concedente. As experiências passadas têm servido como base para inovações regulatórias e aprimoramento das práticas de gestão contratual. A ARTESP, ao participar ativamente das negociações e celebrar os acordos, mostrou-se capaz de reassumir o protagonismo na interpretação e aplicação dos contratos, fortalecendo a governança e a transparência no setor⁴⁷.

Outro ponto relevante é a percepção de que a negociação público-privada é uma tendência contemporânea que deve ser valorizada e incentivada. Através dela, é possível alcançar soluções que beneficiam não apenas as partes envolvidas, mas também a sociedade em geral, ao garantir a continuidade e a qualidade dos serviços públicos prestados.

De modo complementar, a experiência da EcoRodovias ressalta a importância da construção de uma cultura de diálogo e cooperação entre o Poder Concedente e as concessionárias. A manutenção de canais abertos de comunicação e a disposição para a negociação podem prevenir conflitos e facilitar a adaptação contratual, beneficiando não apenas as partes diretamente envolvidas, mas também a sociedade, que depende da prestação eficiente e contínua dos serviços públicos.

⁴⁷ Essa amadurecimento da boa prática de celebração de “Acordo Global” pode ser percebido ao constatar que a ARTESP, após celebrar esse tipo de acordo na concessão do Sistema Anchieta-Imigrantes, celebrou, na sequência, outros acordos desse tipo, como por exemplo, o TAM Coletivo Preliminar nº 01/2021 e o TAM Coletivo Definitivo nº 01/2022, nas concessões da ViaOeste, SPVias e AutoBan, pertencentes ao mesmo grupo da CCR S.A., em conjunto; e o TAM Coletivo Preliminar nº 03/2022 e o TAM Definitivo Coletivo nº 01/2024, nas concessões da Vianorte, Centrovias, Autovias e Intervias, pertencentes ao mesmo grupo da ARTERIS S.A., em conjunto.

Por fim, este estudo de caso reforça a relevância da flexibilidade e da capacidade de adaptação nos contratos de concessão. Retomando a analogia do casamento utilizada na introdução, o “Acordo Global” pode ser comparado a uma renovação de votos entre o poder concedente e a concessionária. Desta vez, a celebração não se limita ao entusiasmo inicial, mas reflete um compromisso amadurecido, aprendendo com os desafios e problemas que surgiram ao longo do tempo. Assim como casais que renovam seus votos reforçam sua união ao reconhecerem e superarem dificuldades, o acordo, também comemorado com entusiasmos na mídia⁴⁸, simboliza uma reafirmação dos objetivos comuns, com ajustes necessários para uma convivência mais eficiente.

Em síntese, a celebração do “Acordo Global” entre o Estado de São Paulo e a EcoRodovias demonstra que a mutabilidade e a negociação são instrumentos essenciais para a gestão de concessões complexas. Ao conciliar flexibilidade e segurança jurídica, o acordo promoveu a resolução de conflitos, a atualização contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, contribuindo para a continuidade e a eficiência dos serviços rodoviários no estado. Tal como em um casamento que se fortalece ao enfrentar e superar desafios, o acordo simboliza uma relação contratual que se renova e se adapta à realidade, assegurando que os interesses públicos e privados continuem alinhados em prol do bem comum.

⁴⁸ Cf. HIRATA, Taís. Ecorodovias fecha acordo com governo de SP, acerta passivos e prorroga concessão da Imigrantes até 2033. Valor Econômico, São Paulo, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/11/24/ecorodovias-fecha-acordo-com-governo-de-sp-acerta-passivos-e-prorroga-concessao-da-imigrantes-ate-2033.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2024.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>.

FOLHA DE S.PAULO. Anchieta-Imigrantes: Sistema passa para a iniciativa privada. São Paulo, 29 de maio de 1998. *Folha de S.Paulo, Cotidiano*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff29059819.htm>.

g1. Tarcísio dá sete marteladas e derruba símbolo da B3 durante leilão do Rodoanel. *g1*, São Paulo, 15 mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/03/15/tarcisio-da-sete-marteladas-e-derruba-simbolo-da-b3-durante-leilao-do-rodoanel.ghtml>.

GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/90629>.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77653>.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Dos pressupostos de validade para a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 282, n. 2, p. 101-132, maio/ago. 2023.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann

(Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HIRATA, Taís. Ecorodovias fecha acordo com governo de SP, acerta passivos e prorroga concessão da Imigrantes até 2033. Valor Econômico, São Paulo, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/11/24/ecorodovias-fecha-acordo-com-governo-de-sp-acerta-passivos-e-prorroga-concessao-da-imigrantes-ate-2033.ghtml>.

JURKASAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKASAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

KLEIN, Aline Lícia. Consensualidade da execução dos contratos de concessão rodoviária. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LAMBERT, Priscila. Primav leva concessão da Imigrantes. São Paulo, 11 de março de 1998. Folha de S.Paulo, Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff11039822.htm>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo, Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviços Públicos (Inteligência da Lei n.º 8.987/1995 – Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

NAKAGAWA, Fernando. Ecovias investirá R\$ 1,1 bi em troca de 9 anos extras de concessão na Imigrantes. São Paulo, 1 de maio de 2021. CNN Brasil, Macroeconomia.

Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/ecovias-investira-r-1-1-bi-em-troca-de-9-anos-extras-de-concessao-na-imigrantes/>.

REIS, Tarcila; RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal; BENOZATTI, Edgard; MENDONÇA, Roberto Longman. iNFRA Debate: Passivos rodoviários – equacionar o passado para viabilizar o futuro. Agência iNFRA, 10 maio 2021. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/infradebate-passivos-rodoviaros-equacionar-o-passado-para-viabilizar-o-futuro/>.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”. Em: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/download/alteracao-de-contratos-de-concessao-e-ppp-por-interesse-da-administracao-publica-problemas-economicos-limites-teoricos-e-dificuldades-reais/>.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos N.; BANDEIRA, Paula G. Fundamentos do Direito Civil - Vol. III - Contratos. Rio de Janeiro, RJ: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994518. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994518/>.