

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANCISCO JUNIOR DE LIMA SANTOS

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
PÚBLICA: O TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS NA CIDADE DE SÃO
PAULO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**

CURITIBA

2023

FRANCISCO JUNIOR DE LIMA SANTOS

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO PÚBLICA: O TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS NA
CIDADE DE SÃO PAULO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

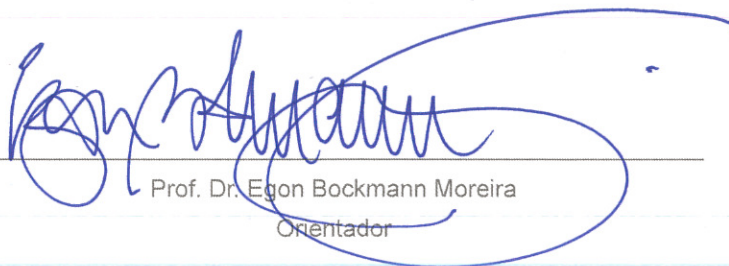
2023

TÉRMO DE APROVAÇÃO

Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão pública: o transporte coletivo de passageiros da cidade de São Paulo durante a pandemia de COVID-19

FRANCISCO JUNIOR DE LIMA SANTOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:




Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama
1º Membro



Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães
2º Membro

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo principal a análise de como os contratos de Concessão Pública referentes ao Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros do Município de São Paulo se comportaram durante a pandemia de COVID-19 ocorrida a partir do ano de 2020. Para tanto, inicialmente foi realizada breve apresentação acerca de algumas visões doutrinárias acerca da ideia de equilíbrio econômico-financeiro, abordando suas diferenças. Após, os contratos de concessão foram analisados, objetivando extrair deles suas políticas de remuneração, compartilhamento de riscos e equilíbrio econômico financeiro. Na sequência, apresentou-se breve painel das reações legislativas e contratuais a partir do surgimento da pandemia. Ainda, foram expostos os impactos financeiros ao erário municipal, bem como as ponderações do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, acerca do cabimento ou não das fórmulas de remuneração originais para um período excepcional, além de determinações acerca da necessidade de devida fiscalização do Poder Concedente sobre a operação concedida.

Palavras-chave: concessão pública; equilíbrio econômico financeiro; transporte coletivo; pandemia; Tribunal de Contas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	06
2	DAS DOUTRINAS DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	06
3	DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	11
3.1	DA REMUNERAÇÃO CONTRATUAL	12
3.2	DO COMPARTILHAMENTO DE RISCOS CONTRATUAL	13
3.3	DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL	14
4	DAS REAÇÕES LEGISLATIVAS E CONTRATUAIS À PANDEMIA NO SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL	17
5	DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS	22
5.1	DOS IMPACTOS FINANCEIROS AO ERÁRIO MUNICIPAL	22
5.2	DOS PROCESSOS DE TOMADAS DE CONTAS PELO TCM-SP	24
6	CONCLUSÕES	28
	REFERÊNCIAS	30

1. INTRODUÇÃO

A concessão de serviço público é importante instrumento à disposição da Administração a fim de conciliar as necessidades e oportunidades de investimento com as condições que efetivamente possui de realiza-los em tempo adequado. Assim, seja na modalidade comum, seja na parceria público-privada, as concessões tem sido método relevante para o Poder Público, em parceria com entes privados, oferecer serviços adequados à população.

Porém, com a ocorrência da pandemia de COVID-19 a partir de 2020, e seus profundos impactos na sociedade, os mecanismos próprios das concessões passaram por tensionamentos que testaram a higidez de seus mecanismos de alocação de riscos e seu equilíbrio econômico-financeiro.

Exemplos disso foram os contratos de concessão pública do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros do Município de São Paulo, que tiveram seus mecanismos testados frente à profunda queda de demanda de passageiros, aliada à necessidade de redução de aglomeração dos usuários que persistiam utilizando os serviços.

É necessário ressaltar que o presente artigo não possui qualquer pretensão de descrever uma teoria organizada acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ou ainda de buscar conciliar os diversos entendimentos acerca desse instituto. A doutrina administrativista se divide intensamente, cada corrente possuindo teses próprias, muitas vezes se observando a adoção de interpretações imediatamente opostas entre os diferentes autores.

Assim, o que se pretende aqui é apenas uma brevíssima exposição de alguns dos clássicos institutos relevantes para a discussão, sopesando-os com as especificidades dos contratos de concessão de longo prazo, para que se possibilite uma posterior leitura do caso concreto.

2. DAS DOCTRINAS DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A concessão de serviço público, conforme conceituada por Celso Antônio Bandeira de Mello é “o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um

serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco [...] mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro”.¹

Em que pese a expressão “por sua conta e risco” estar positivada no art. 2º da Lei nº 8.987/95, não se pode lê-la sem uma interpretação global da natureza da concessão pública. Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho que essa assunção de risco pelo privado não pode ser integral, sob pena de que a concessão transformasse o serviço em particular, desconstituindo sua natureza pública. Ressalta ainda que manter a operação economicamente viável é do interesse de toda a sociedade, vez que sua frustração poderá interromper a continuidade do serviço.²

Objeto de relevante divergência doutrinária é a origem da ideia de equilíbrio econômico-financeiro no ordenamento jurídico brasileiro. Parte ainda majoritária da doutrina identifica no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a gênese dessa garantia, ao condicionar as obrigações das partes à manutenção das “condições efetivas da proposta”.

Acerca desse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello talvez seja o que maior força visualiza nessa disposição. Esse autor vê no citado trecho uma intenção do constituinte de dar maior proteção ao concessionário, chegando a afirmar que no Direito Brasileiro “os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados pelo concedente”.³

Licínio Lopes Martins é outro autor que reconhece a existência de lastro constitucional para o equilíbrio econômico-financeiro, mas com algumas ponderações adicionais. Acerca do instituto do equilíbrio, afirma que possui um duplo significado: a) garantia ao privado de que fatos supervenientes não desfigurem o contrato e b) garantia do interesse público, vez que os particulares deixariam de inflar os valores das propostas como forma de se protegerem de riscos imprevistos.⁴

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 725-726.

² FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 444.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 765-766.

⁴ MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268>. Acesso em: 17 nov. de 2023. p. 20.

O mesmo autor trata ainda da Teoria da Imprevisão, que consiste, em suma, no reconhecimento de que eventos imprevistos pelas partes, capazes de provocar impactos econômicos na execução da concessão, autorizam uma revisão das equações inicialmente pactuadas, de forma a adequá-las à nova realidade.⁵ Esses eventos imprevistos são normalmente classificados entre caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, este último com alguma especificidade, vez que guarda relação com uma das partes - o Poder Concedente.

A existência de fundamento constitucional para o equilíbrio econômico financeiros dos contratos foi longamente contraditada em recente obra de Gustavo Kaercher Loureiro, que não apenas discorda da proteção excepcional ao concessionário, como afirma não haver qualquer lastro constitucional para uma proteção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão.⁶ Entre os diversos argumentos está a ideia de a disposição do artigo 37 se dirigiria apenas à contratos comutativos simples, de modo que sua aplicação à contratos de delegação, tratados no art. 175 da Constituição, não possuiria qualquer base jurídica.⁷

Afirma ainda, que mesmo que se compreendesse que a Constituição impõe um dever de manutenção da proposta, isso não significaria a manutenção eterna da equação econômico-financeira original, sem qualquer alteração.⁸

Assim, propõe que nos contratos de concessão, o Direito estabelece que haja uma determinada partilha dos prejuízos ocorridos, mas que não tem por fundamento uma não frustração de expectativas do privado, mas sim a necessidade da manutenção de uma contínua e adequada prestação do serviço público.⁹

A partilha de riscos a ser pactuada entre Concedente e Concessionário pode assumir diferentes formatos. Um arranjo mais simples costuma alocar nas próprias cláusulas contratuais alguns riscos à alguma das partes. Outra possibilidade, mais bem equipada, é a matriz de risco, instrumento que aloca objetivamente uma série

⁵ Ibid. p. 21.

⁶ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão. Londres: Laccademia Publishing, 2020. p. 71.

⁷ Ibid. p. 113.

⁸ Ibid. p. 105.

⁹ Ibid. p. 126.

da riscos entre as partes de acordo com quem possui melhores condições de suportá-los ou mitigá-los, sendo essa mais comum em contratos de PPP.¹⁰

Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano apresentam grandes contribuições para a compreensão da especificidade dos contratos de concessão de longo prazo. Afirmam inicialmente a existência de uma reserva de discricionariedade da autoridade responsável pelo contrato de dispor sobre direitos e deveres das partes, o que efetivamente atribui uma personalidade àquela concessão específica.¹¹

Ressaltam, porém, a natureza necessariamente incompleta desses contratos, de modo que é impossível a completa previsão, seja legal, seja contratual, de todos os eventos da vida.¹² Defendem ainda que a divisão genérica entre áleas ordinárias e extraordinárias são pouco úteis, vez que nesse tipo de contratos as variáveis são mais complexas, devendo abarcar também considerações econômicas, além dos cânones jurídicos.¹³

Egon Bockmann Moreira defende ainda que diante da incapacidade de previsão de eventos dentro de um longo período, um método para garantir algum equilíbrio, preservando a flexibilidade necessária para demandas que sempre se impõe, é a adoção da Taxa Interna de Retorno (TIR) e Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC).¹⁴ Tais métricas propiciariam uma referência objetiva para averiguar a execução contratual, o que confere segurança jurídica, sem a necessidade de fixar especificamente cada obrigação devida.

Com a ocorrência da pandemia no ano de 2020, diversos doutrinadores e operadores do direito participaram de eventos promovidos por entidades como o Tribunal de Contas da União, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Fundação Getúlio Vargas, com o objetivo de discutir a execução dos contratos diante das condições impostas pela crise sanitária.

¹⁰ O Instituto do Reequilíbrio econômico-financeiro: uma análise doutrinária e jurisprudencial. TCE-MG. Disponível em <<https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2023/Estudo-tecnico-Reequilíbrio-Economico-Financeiro-Paginas-Individuais.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 32

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 5.

¹² Ibid. p. 6.

¹³ Ibid. p. 8.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84.

Nessa oportunidade, Gustavo Kaercher Loureiro afirmou entender que a Teoria da Imprevisão, abarcando caso fortuito e força maior, é mais útil para o enfrentamento dos desafios da pandemia. Porém, afirma que algumas outras construções doutrinárias, como a frustração do fim do contrato e da exceção da onerosidade, proveniente do Direito Civil, também podem se mostrar úteis.

Justificando o cabimento da Teoria da Imprevisão para o tratamento dos impactos da pandemia, citou cinco características da teoria, as quais entende serem cabíveis e úteis para lidar com a pandemia e suas consequências, sendo: a) preocupação com fatos externos e não previstos; b) ocorrência de desarranjo de intensidade relevante; c) interesse na continuidade da prestação do serviço público; d) recomposição que deve compartilhar razoavelmente os prejuízos; e) consideração das necessidades de todas as partes envolvidas no contrato.¹⁵

Já Flávio Amaral Garcia afirma que os contratos de concessão de longo prazo devem ser entendidos como incompletos e relacionais, vez que por melhor que seja a partilha de risco, ela jamais preverá todas as circunstâncias. Assim, esses contratos possuem lacunas que deverão ser preenchidas pelas partes, conforme as necessidades surjam.

Considera que as categorias clássicas de fato do príncipe, caso fortuito e força maior, apesar de suas validades, tem sido cada vez menos úteis para a resolução de problemas complexos. Diante disso, entende ser adequado inserir no direito brasileiro uma melhor procedimentalização acerca do tratamento das mudanças, já que as mudanças elas mesmas não podem ser totalmente previstas.¹⁶

Relevante também referenciar Parecer elaborado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura, que em resposta à demanda interna elaborou documento que, dentre diversas outras ponderações, afirma que:

“A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de

¹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Desajustes econômico-financeiros e possíveis soluções. Youtube, 14 mai. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=k1dObkyn_a0&t=8741s>. Acesso em: 17 nov. 2023.

¹⁶ BRUNO NAVEGA. Os Impactos do COVID19 no Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão - OAB/RJ. Youtube, 03 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-5ZfbCpKxjA>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes”.¹⁷

3. DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Na data de 05 de dezembro de 2018, a Prefeitura de São Paulo, através da Secretaria de Mobilidade e Trânsito, publicou três Editais de Licitação, na modalidade de Concorrência, para a concessão da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, nos termos da Lei Municipal nº 13.241/2001 e dos Decretos nº 57.320/2018, 58.200/2018 e 58.541/2018.

Os três editais, denominados “Grupo Estrutural”, “Grupo Local de Articulação Regional” e “Grupo Local de Distribuição”, cada qual com suas especificidades, se dividiam ainda em um total de 32 lotes, os quais agrupavam determinada quantidade de linhas operacionais.

Após o devido procedimento licitatório, entre os dias 28 de março e 04 de abril de 2019, foram julgadas e homologadas as propostas apresentadas pelas diversas concessionárias. Por derradeiro, foram assinados os 32 contratos, numerados de 020/19 a 051/19, na data de 24 de maio de 2019.¹⁸

Fato imediatamente observável da leitura do contrato foi a escolha do Poder Concedente de firmá-lo a partir da Lei Federal nº 8.987/95, que trata do modelo de concessões públicas comuns, em lugar da Lei Federal nº 11.079/04, que institui as Parcerias Público Privadas. Convém breve explicitação acerca da diferença dos dois modelos.

Conforme a compreensão de Marçal Justen Filho, a concessão comum é aquela em que um particular assume os encargos relativos à prestação de um serviço público, objetivando uma remuneração que se dá, basicamente, através da cobrança de tarifas dos usuários. É o modelo de concessão mais simples.¹⁹

¹⁷Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

¹⁸ Contratos de Concessão – Concorrência 001/2015, 002/2015 e 003/2015. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/mobilidade/aceso_a_informacao/index.php?p=284142>. Acesso em: 17 nov. 2023.

¹⁹ FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 17 nov. 2023, p. 444.

Já a parceria público-privada, ao passo que também trata da assunção por um particular da prestação de um serviço público, possui normalmente uma natureza mais complexa, cuja remuneração se dá total ou parcialmente a partir dos cofres públicos.²⁰

Não há na legislação um expresse impeditivo a que as concessões comuns recebessem remuneração parcial advinda de verbas públicas, mas existem interpretações que negam essa possibilidade, o que pode provocar insegurança jurídica.²¹

Nesse sentido, conforme apontado por André Almeida da Vila, ainda que enquadrados como concessão comum, os contratos de concessão do transporte coletivo de passageiros incorporaram elementos próprios das PPPs, principalmente quanto ao método de remuneração e o estabelecimento de variados indicadores de desempenho. Obtêm-se, assim, um conjunto de contratos que são formalmente concessões comuns, mas que materialmente possuem um arranjo entre concessões comuns e Parcerias Público Privadas.²²

3.1. DA REMUNERAÇÃO CONTRATUAL

Ao passo que concessões comuns possuem remuneração basicamente calcada sob a lógica da cobrança dos usuários, os contratos aqui analisados apresentam fórmulas complexas para a obtenção da remuneração devida à concessionária.

As fórmulas, cujas transcrições não convém ao presente artigo, mas que se localizam na cláusula sétima dos contratos, relacionam variáveis relativas a: custeio de pessoal, combustível; investimentos; tarifa – nominal, e não o total arrecadado -; desempenho; emissão de poluentes; acidentes com vítimas; entre diversos outros.

Da citação das variáveis, necessário ressaltar a marcante ausência dos valores arrecadas com bilhetagem cobrada dos usuários do sistema como elemento

²⁰ Ibid., p. 481.

²¹ Ibid., p. 482.

²² VILA, André Almeida da. Lidando com o inesperado: os mecanismos de compartilhamento de riscos nos contratos de concessão de ônibus em São Paulo no contexto da Covid-19. Agência Infra. 2023. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-lidando-com-o-inesperado-os-mecanismos-de-compartilhamento-de-riscos-nos-contratos-de-concessoes-de-onibus-em-sao-paulo-no-contexto-da-covid-19>>. Acesso: 17 nov. 2023.

da remuneração dos operadores, como se esperaria, em abstrato, de um modelo de concessão pública comum.

Nota-se que o concessionário será remunerado, em verdade, através do pagamento regular de transferências financeiras arcadas pelo tesouro municipal. Ainda, tal remuneração se dá por um conjunto de variáveis que envolvem, em grande medida, os custos das empresas na operação dos veículos, bem como indicadores de desempenho e qualidade, fatores estes não imediatamente condicionados à demanda de passageiros, ou à outras eventuais métricas que se pudessem eleger, como a distância total percorrida pela frota.

Nesse sentido, tem-se que o sistema de transporte público do município de São Paulo é remunerado através da soma do faturamento da bilhetagem com recursos do próprio erário, este último denominado “compensação tarifária”, que opera como um subsídio.

O concessionário não se vincula diretamente à arrecadação dos usuários, de modo que caso tal valor se reduza, cabe ao Poder Concedente suportar a perda e manter os repasses conforme estabelecidos nas fórmulas de remuneração.

Essa composição de remuneração, conforme ainda se explicitará, foi essencial para a resiliência dos contratos durante o período pandêmico.

3.2. DO COMPARTILHAMENTO DE RISCOS CONTRATUAL

Em contratos firmados formalmente como Parcerias Público Privadas, e, portanto, reguladas pela Lei Federal nº 11.079/04, há um conjunto de instrumentos de garantias e divisão de riscos mais completo.²³ Parte disso decorre do art. 5º, inciso III, que impõe a previsão da repartição de riscos entre as partes.

Exemplo disso é a Concorrência nº 01/2020, também da Município de São Paulo, e igualmente referente ao sistema de transporte público, mas com foco específico na administração dos terminais de ônibus.²⁴

Enquanto ausente nos contratos das operadoras de ônibus, o contrato das PPPs dos terminais apresenta como anexo um instrumento da maior relevância

²³ Idem.

²⁴ Edital de Licitação – PPP Terminais. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/projetos/desestatizacao/terminais_de_o_nibus_urbano/index.php?p=291069>. Acesso em: 17 nov. 2023.

acerca do compartilhamento de riscos entre concessionária e poder concedente: a matriz de riscos.

O documento de 32 páginas dispõe sobre diversos acontecimentos potenciais durante a execução do contrato, como gestão de pessoas, riscos geológicos e de demanda, alocando qual é a parte mais capaz de gerir cada risco, além de citar mecanismos de mitigação para cada um deles.

Nessa matriz de risco, facilmente pode-se localizar o campo denominado “Receitas”, em que se afirma que a não efetivação das demandas projetadas é alocada à concessionária. Porém, faz a ressalva: “a remuneração da CONCESSÃO não guarda relação direta com a quantidade de PASSAGEIROS que embarcam nos TERMINAIS”.²⁵

Já nos contratos de concessão comum dos ônibus, conforme citado, não há matriz de risco. Porém, em que pese uma divisão de riscos menos clara, tal ausência não impede que alguns deles tenham sido tratados nas próprias cláusulas do contrato.²⁶

No presente caso, a escolha das partes foi realizar a alocação dos riscos dentro da categoria de reequilíbrio econômico financeiro e das hipóteses em que é cabível, como se verá em seguida.

3.3. DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL

Ao iniciar o tratamento do equilíbrio econômico-financeiro, o contrato repete o disposto no art. 10 da Lei Federal nº 8.987/95: “Sempre que forem atendidas as *condições do contrato*, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro”.²⁷

Na sequência, afirma como pré-requisitos essenciais para a ocorrência de um reequilíbrio, as categorias já consagradas em lei, tratando dos fatos

²⁵Anexo VII do Contrato – Matriz de Risco. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/arquivos/desestatizacao/terminais_de_onibus/10_Anexo-VII-do-Contrato-Matriz_de_Risco.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

²⁶PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 23 (março-abril 2016). Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.23.09.PDF>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 7.

²⁷ Cláusula 9.7.

imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, inevitáveis e causadores de significativo e irreversível desequilíbrio econômico-financeiro.²⁸

Acerca dessas disposições, convém trazer a ponderação apresentada por Egon Bockmann Moreira. Para essa perspectiva, pode-se entender que o termo “condições do contrato”, além de repartições de riscos ou outras disposições expressas, também se refere “a sua base objetiva (o conjunto de circunstâncias fáticas que, consciente ou inconscientemente, foram levadas em consideração no contrato)”.

Ainda, acerca da ideia de vinculação do reequilíbrio a um fato imprevisível, afirma:

“não existe algo que posse ser chamado de “previsibilidade” em contratos com 35 anos de duração – os quais são naturalmente incompletos. O binômio previsto/imprevisto traz consigo uma carga extraordinária de subjetividade (ausente no mundo dos fatos)”²⁹

Ao tratar das maneiras através das quais será realizado eventual reequilíbrio, o contrato também adota os já consagrados instrumentos: revisão dos parâmetros de remuneração; alteração do prazo do contrato; indenização; alteração da forma de prestação do serviço; além da associação das formas anteriores.³⁰ Ainda, atribui ao Poder Concedente a escolha de qual procedimento será adotado.

Conforme anteriormente citado, a redação do contrato se deu de forma a incluir a divisão dos riscos de modo conjunto com as hipóteses de admissibilidade de reequilíbrio econômico financeiro. Trata-se de escolha legítima, mas que pode não ser a mais adequada, vez que uns assuntos que poderiam ser tratados de maneira mais clara e eficiente se fossem tratados separadamente.

Ao enumerar as hipóteses em que não é admissível reequilíbrio, o contrato vincula claramente a não admissibilidade com a qualificação de que se tratam de riscos assumidos alocados aos operadores: “são fatos não admissíveis para a concessionária obter reequilíbrio econômico-financeiro deste contrato de concessão, *por serem riscos assumidos pela concessionária*”.

²⁸ Cláusula 9.8.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 86.

³⁰ Cláusula que cita formas de reequilíbrio

Dentro desses riscos alocados à concessionária, o contrato cita: impactos que puderem ser neutralizados com a melhoria do serviço; greves de empregados do operador; variações no mercado financeiro; perdas econômicas decorrentes de falhas organizacionais da concessionária; e a que talvez seja a hipótese mais significativa: “a não obtenção do retorno econômico previsto na proposto por força de fatores distintos dos previstos, considerando a forma de remuneração prevista neste contrato”.³¹

A leitura desta última hipótese demonstra a declaração da vontade do poder concedente de reduzir ao máximo as hipóteses de reequilíbrio, limitando-as ao que foi previsto em contrato. Parece haver um entendimento de que as fórmulas de remuneração, por incluírem uma grande quantidade de indicadores, seriam capazes de lidar com a maior parte das eventualidades que se apresentem.

O contrato também prevê hipóteses em que ocorrerá reequilíbrio econômico-financeiro, apresentando-os também como hipóteses em que o risco seria alocado ao Poder Concedente. Em suma, as hipóteses seriam: modificação unilateral imposta pelo Poder Concedente que importe variação de custos (exceto as contempladas nas fórmulas de remuneração); variação de proporções incalculáveis de insumos; alteração acentuada de custos decorrentes de alterações na execução do serviço, como mudança de idade máxima dos veículos; além de mudanças legislativas que alterem significativamente os custos da prestação dos serviços.³²

Além dessas hipóteses de reequilíbrio extraordinário, o contrato prevê ainda uma revisão ordinária quadrienal “visando adequar preços, índices, plano de investimentos, e quaisquer condições previstas, às modificações que tenham sido percebidas neste período, a fim de recompor o seu equilíbrio econômico-financeiro.”³³

Dentre os fatores a serem considerados no momento da revisão quadrienal, enquadram-se os impactos de alteração da demanda transportada, bem como reprogramação da oferta frente à demanda realizada. Tais fatores serão relevantes, como se verá adiante.

Nos contratos de longo prazo, além de instrumentos como a matriz de risco, existem duas outras formas de disciplinar o equilíbrio dos contratos: através dos

³¹ Cláusula 9.19.

³² Cláusula 9.18.

³³ Cláusula 9.1.

custos e através dos preços. Os contratos aqui analisados optaram pelo caminho do equilíbrio através dos custos, além de outras disposições anteriormente citadas.

De acordo com a cláusula 9.5, “durante a vigência contratual, a Taxa Interna de Retorno (TIR) não poderá ser superior à TIR de referência vigente à época, que no início da operação dos serviços é de 9,85% a.a.”.

Acerca da Taxa Interna de Retorno, ou *Rate of Return*:

“o que se dá é a predefinição de uma taxa sobre os ativos e, a partir dela, são autorizados ganhos destinados a cobrir o custo de exploração do serviço e a remuneração do capital investido [...]. O que esta técnica pretende é estabelecer a relação estável entre o custo de investimento e o retorno projetado ao investidor.”³⁴

Registre-se que após a celebração do contrato-base, as partes celebraram aditivos contratuais inicialmente reduzindo o prazo da concessão de 20 para 15 anos, e posteriormente ajustando a Taxa Interna de Retorno de 9,85% para 9,1%, justamente em razão da redução do prazo.

Por derradeiro, registre-se que prestigiando o necessário diálogo e aprendizado contínuo na execução de contratos de concessão de longo prazo, as partes estabeleceram que ocorrendo divergência acerca dos termos do contrato, incluindo hipótese de recomposição de equilíbrio econômico financeiro, recorreriam ao procedimento de mediação³⁵, possibilidade reconhecida no art. 23-A da Lei nº 8.987/95.

4. DAS REAÇÕES LEGISLATIVAS E CONTRATUAIS À PANDEMIA NO SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL

Com o aumento de casos de COVID-19 no mundo, e a necessária preparação nacional para o enfrentamento da doença, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979 em 06 de fevereiro de 2020, que dispunha sobre diversas medidas para lidar com a emergência de saúde pública.

³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 87.

³⁵ Cláusula 20.1.

Após a chegada da doença no Brasil, a Prefeitura de São Paulo, publicou em seu Diário Oficial, o Decreto nº 59.283, em 16 de março de 2020, que decretou a situação de emergência no Município. Tal decreto determinava, entre diversas outras disposições, que a Secretaria Municipal Mobilidade e Trânsito deveria tomar as medidas necessárias para adequar a frota de ônibus em relação à demanda.

Atendendo a determinação do chefe do Executivo municipal, a Secretaria Municipal publicou a Portaria nº 81/2020, que considerava:

“a necessidade imperiosa de adoção de medidas contratuais e operacionais aptas a manter a integridade do Sistema Municipal de Transporte Coletivo Público de Passageiros, minorando os prejuízos que possam causar ao seu equilíbrio, sem sobrecarregar o Erário Municipal, de modo a resguardar recursos para as atividades de primeira necessidades para a Saúde, a Segurança Urbana e para a Assistência e Desenvolvimento Social”

Através da referida portaria, determinou-se diversas alterações na forma de prestação do contrato. Ordenou-se a adequação da frota de ônibus em relação à nova demanda – que cairia, conforme se verá adiante – e foram suspensos procedimentos relativos a penalidades, infrações, e de análise de performance operacional das linhas.

Ainda na mesma portaria, os indicadores das fórmulas de remuneração que tratam dos índices de qualidade do serviço foram também expurgados, bem como instituíram-se as categorias de frota operante e frota parada (aquela que em condições normais estaria operando, mas que com a pandemia ficou nas garagens), com remuneração diferenciada para cada tipo de frota.

Após, em 27 de março de 2020, foi promulgada a Lei Municipal nº 17.335, que em conjunto com o Decreto nº 59.321, de 1 de abril de 2020, estabeleceu que em razão do estado de emergência e de calamidade pública, o Executivo poderia conceder subvenções econômicas às operadoras, durante 4 meses, incluindo eventual parte dos salários dos funcionários, objetivando a manutenção do serviço.

Pouco depois, em 17 de abril, a Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito publicou a portaria nº 87, que dispunha sobre a remuneração da frota. Quanto à frota operante, foram mantidas as disposições contratuais, com as alterações pontuais da portaria anterior, além de alguns descontos relativos à encargos sociais e redução de pessoal.

Já quanto à frota parada, determinou-se que a remuneração se limitaria ao pagamento dos custos fixos, como “salários, encargos, benefícios, despesas administrativas e capital de veículos”.

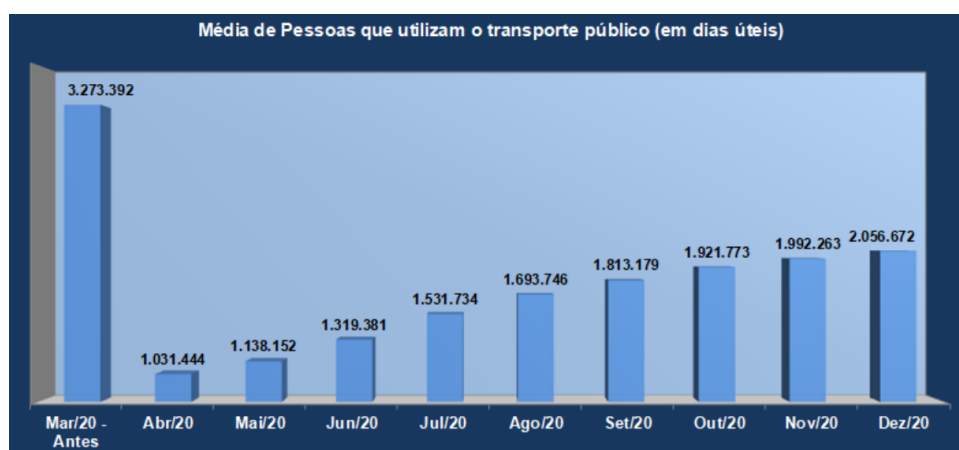
Conforme Relatório Integrado da Administração 2020, elaborado pela SPTrans:

“tais regras visaram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, uma vez que estabelecem as regras de remuneração dos veículos em operação e, também, dos veículos não operacionais, que ficaram à disposição do poder público para operação”³⁶

Considerando o decreto municipal e as portarias publicadas, foi celebrado 3º Termo de aditamento ao contrato de concessão. O aditivo inicialmente cita a grande diminuição da demanda de passageiros causada pelo afastamento social.

Conforme dados extraídos do anteriormente citado Relatório, nas primeiras semanas após a decretação do distanciamento social, o número de passageiros foi reduzido em 75%, chegando ao final de novembro de 2020 com uma redução de 37% em relação à demanda pré-pandêmica.

O gráfico abaixo permite a visualização da variação da demanda do sistema de transporte, com uma acentuada queda no início da quarentena seguida de lenta recuperação:³⁷



Fonte: SPTrans.

³⁶Relatório Integrado da Administração 2020. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2020>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 6.

³⁷ Ibid. p.104.

O aditivo contratual reforçava ainda que o Poder Concedente tinha a “prerrogativa de alterar o contrato de concessão para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público, permitindo-se, para tanto, supressões consensuais do objeto contratado, para as quais não existe um limite predeterminado”.

De fato, diversas cláusulas contratuais dão ao Poder Concedente esse tipo de prerrogativa. Cite-se a cláusula 3.5.4, que permite que o Poder Concedente adeque características operacionais visando atender às necessidades da população, demandas da cidade, e a racionalidade.

Os presentes contratos são concessões de longo prazo, sendo por definição abertos e incompletos.³⁸ Assim, uma interpretação adequada do contrato só pode ser adequadamente construída se considerar a realidade e os eventos concretos, bem como suas necessidades, desde que preservado seu objeto e conteúdo mínimo, qual sejam: a prestação de serviços de transporte de passageiros de ônibus no município de São Paulo.

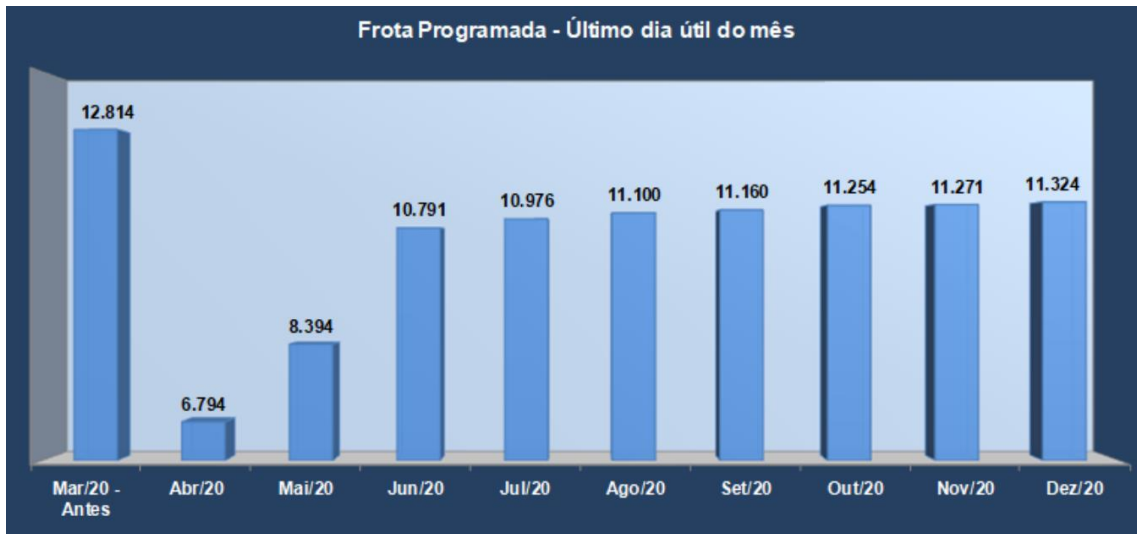
O contrato-base cita a modificação unilateral pelo Poder Concedente das condições de execução do contrato, quando importar variação de custos, como hipótese em que será analisado eventual desequilíbrio econômico financeiro. Ressalte-se a condicionante: importar variação de custos.

Conforme dados extraídos do já citado Relatório Integrado da Administração, a frota operante não sofreu grande queda ao longo do ano de 2020. Afirma o Relatório que a quantidade de ônibus funcionando na pandemia, em relação ao período pré-pandêmico, foi de 85%. Tal número se justifica pois, apesar da queda da demanda ter sido muito superior, o objetivo era atender as regras de distanciamento social dentro dos veículos, de modo que os ônibus circulassem com poucos passageiros. Assim, os custos de manutenção da frota caíram, mas não na mesma proporção do que a demanda.

Conforme representação gráfica:³⁹

³⁸MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 6.

³⁹Relatório Integrado da Administração. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2020>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 104.



Fonte: SPTrans.

Pacificada a possibilidade de alteração dos termos da execução contratual, relevante citar as alterações trazidas pelo termo aditivo. Além da convalidação das disposições das Portarias nº 81/20 e 87/20, as partes acordaram em remunerar separadamente os equipamentos embarcados nos ônibus, sob a alegação de que propiciaria maior transparência e economia ao erário.

Por derradeiro, entre diversas outras disposições, foi determinado que os impactos decorrentes da alteração da frota operacional ocorrida em razão da pandemia seriam avaliados na revisão quadrienal, conforme estabelecido em contrato.

Convém citar ainda que, em 15 de dezembro de 2022, foi firmado o 5º Termo de Aditamento, que dentre outras disposições, buscou atender a uma situação relativa a custos de pessoal, risco que havia sido anteriormente alocado à concessionária. O aditivo buscou substituir, nas fórmulas de remuneração, o Salariômetro-Fipe e a Convenção Coletiva, o índice de 12,47% determinado pela decisão judicial proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no Dissídio Coletivo” entre os sindicatos patronal e dos trabalhadores.

Do mesmo modo que o 3º Termo Aditivo, esse 5ª Termo reafirma a possibilidade de que essa alteração seja analisada no bojo da futura revisão quadrienal ordinária.

Registre-se que, em decorrência da Medida Provisória nº 936/20, do Governo Federal, concessionárias e trabalhadores, com a supervisão do Poder Concedente, celebraram termo aditivo de convenção coletiva, de modo a possibilitar

suspensão temporária de contratos de trabalho, bem como o pagamento de compensação mensal equivalente a 30% do salário-base dos funcionários.⁴⁰

A redução de custos de pessoal é medida benéfica para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, vez que tal despesa compõe a fórmula de remuneração básica das concessionárias.⁴¹ Assim, as medidas possibilitadas pela medida provisória possibilitaram uma redução do que seria desembolsado pelo Erário municipal, vez que a União absorveu parte desse custeio.

Até o presente momento não foi publicado pela Prefeitura termo aditivo que abordasse a revisão quadrienal, apesar de a gestão Ricardo Nunes ter afirmado à imprensa que em 2024 os repasses às concessionárias seriam menores do que o esperado, em razão de “projeção de redução de custo, reequilíbrio contratual e menor inflação”.⁴²

5. DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

5.1. DOS IMPACTOS FINANCEIROS AO ERÁRIO MUNICIPAL

Conforme anteriormente exposto, para enfrentar o período pandêmico, a Prefeitura de São Paulo editou decretos e portarias que introduziram mudanças na forma de execução do contrato de concessão. Apesar de mudanças pontuais, em regra foram mantidas as disposições contratuais, sem iniciar um amplo procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro. Optou-se por empoderar o contrato, introduzindo alguma flexibilidade para evitar seu colapso.

Conforme dispõe a cláusula 7 do contrato, a remuneração da concessionária, de modo diverso do que normalmente ocorre com as concessões comuns, não se dá diretamente através do faturamento proveniente do pagamento

⁴⁰ Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 007737/2020. Relator: Conselheiro ELIO ESTEVES JUNIOR. Data de Julgamento: 22/06/2022. Disponível em: <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso?buscaSimplificada=True&NumeroTC=TC0077372020>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 9-10.

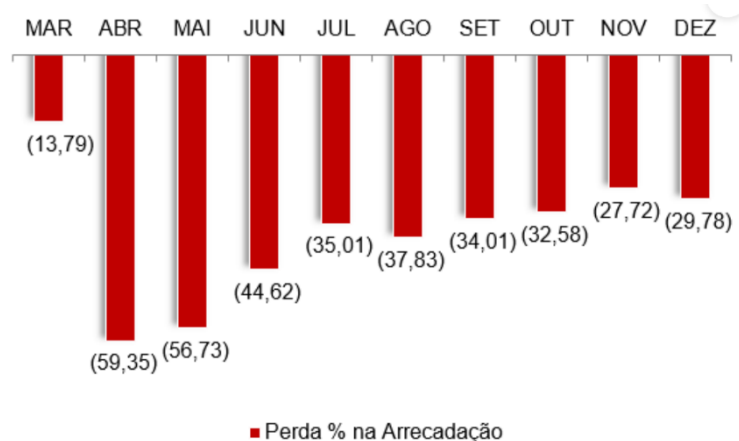
⁴¹ Cláusula 7.1

⁴² MENGUE, Priscila. Valor pago pela Prefeitura de SP a empresas de ônibus é recorde; governo já banca metade da tarifa. Terra. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/economia/valor-pago-pela-prefeitura-de-sp-a-empresas-de-onibus-e-recorde-governo-ja-banca-metade-da-tarifa,cb70fb20a572ab87fba356d0a19e0bbclgdt01er.html>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

dos usuários do sistema, mas sim a partir de uma série de fatores, ligados principalmente aos custos de manutenção do serviço.

Assim, o faturamento de bilhetagem nunca foi suficiente para atender ao valor total da remuneração devida, de modo que a prefeitura realiza compensações tarifárias, que são subsídios que visam complementar a diferença entre a arrecadação dos usuários e a remuneração devida à concessionária.

Com a pandemia, porém, a demanda pelo serviço de ônibus caiu vertiginosamente, caindo com ela o faturamento de bilhetagem, como pode ser observado no seguinte gráfico, que expõe o percentual de perda na arrecadação no ano de 2020 em relação ao ano de 2019:⁴³



Fonte: SPTrans.

Conforme demonstrado anteriormente, ainda que parte da frota regular tenha tido seu funcionamento suspenso, de modo geral 85% dela permaneceu em atendimento à população. Por essa razão, no ano de 2020 as despesas operacionais reduziram 14% em média, número que não faz frente às perdas na arrecadação do quadro anterior.⁴⁴

Diante desse intervalo crescente entre o que os passageiros pagam e o que é devido às operadoras, a Prefeitura teve de suplementar os recursos das compensações tarifárias em R\$ 1.065,93 bilhões, passando de R\$ 2.250 bilhões em

⁴³Relatório Integrado da Administração. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2020>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 6.

⁴⁴Ibid. p. 6.

2019 para R\$ 3.315,93 bilhões em 2020⁴⁵. Em 2021 o valor relativo às compensações tarifárias reduziu-se levemente, chegando a R\$ 3.300,00 bilhões.⁴⁶

Assim, ainda que não previsto em uma matriz de risco ou em cláusula contratual expressa, por consequência do modelo de remuneração acordado, o que se tem é uma configuração em que a variação imprevista e acentuada de demanda foi materialmente alocada ao Poder Concedente, que utilizou recursos próprios para remunerar às concessionárias, em um procedimento que se assemelha a um reequilíbrio econômico-financeiro, mas que se deu sem a celebração de um novo termo aditivo, e sem a invocação de qualquer categoria como força maior, caso fortuito ou álea extraordinária.

Nesse sentido entendeu o Conselheiro Edson Simões, do Tribunal de Contas do Município de São Paulo⁴⁷:

“quanto maior a demanda, menor é o valor subsidiado por passageiro e vice-versa. Por essa razão, durante a pandemia, em decorrência da baixa demanda o valor arrecadado com as tarifas não é suficiente para pagar a totalidade da remuneração dos Concessionários conforme previsto em contrato e quem assume a responsabilidade de complementar esse valor é a SPTrans, com a chamada compensação tarifária”.

5.2. DOS PROCESSOS DE TOMADAS DE CONTA PELO TCM-SP

Em 27 de julho de 2020, foi autuado no referido Tribunal de Contas o Processo de Tomada de Contas nº 007737/2020, cujo objeto era o acompanhamento dos impactos da pandemia na execução dos contratos de concessão do transporte coletivo de passageiros do município de São Paulo.

Esse Processo de Tomada de Contas teve tramitação e julgamento conjunto com os Procedimentos nº 005541/2020 e nº 007462/2020. O primeiro era relativo a ofício enviado à Prefeitura quando da promulgação Lei Municipal nº 17.335/2020, que dispunha sobre contratos administrativos no contexto da pandemia. Já o segundo foi autuado em razão de demanda do Vereador Toninho Vespoli, o qual

⁴⁵Ibid. p. 48.

⁴⁶Relatório Integrado da Administração 2021. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2021>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 75.

⁴⁷ 3.103ª Sessão Ordinária do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo: sexta-feira, 21 de agosto de 2020. p. 105.

provocou o TCM a analisar os repasses do erário municipal às operadoras de ônibus.

Ainda no bojo da Tomada de Contas nº 007737/2020, no início do período pandêmico, em sede da 3.103ª Sessão Ordinária, ocorrida em 12 de agosto de 2020, os Conselheiros demonstraram sua preocupação com o crescente valor das compensações tarifárias, que já atingia quase 6% de todo o orçamento do município. Nessa ocasião, o TCMSP afirmou que, em que pese atualmente a Prefeitura arcar de forma individual com a queda da demanda, tal situação não poderia se perpetuar indefinidamente.⁴⁸

Afirmam que a fórmula de remuneração foi criada para tempos normais, sendo inadequada para a excepcionalidade da Pandemia. Assim, o Tribunal entendeu nessa oportunidade que o contrato sofreu desequilíbrio econômico-financeiro em prejuízo do Poder Concedente, de modo que deveria haver um reajuste contratual para partilhar o risco até então suportado solitariamente pelo Município com as concessionárias.

Em que pese esse posicionamento do Tribunal de Contas, não foi publicado até o presente momento aditivo contratual que realizasse procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro de modo extemporâneo, de modo que se deve presumir que tal reajuste se dará na programada revisão quadrienal, ainda não ocorrida.

O posicionamento do TCM-SP, porém, deve ser analisado à luz do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Sr. Ministro Humberto Martins, então presidente daquela corte, em processo que discutia a exata situação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de Concessão no contexto da pandemia.

Nessa oportunidade, se tratou justamente da ponderação entre preservação do erário, direito à vida e continuidade da prestação do serviço público. Nesse contexto, afirmou o relator:⁴⁹

“Acrescente-se que o valor à vida, diretamente relacionado à saúde pública, prevalece sobre a questão econômica [...].

Destaco ainda o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do ARE n. 1.206.231/PE: "**Quando há confronto entre**

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ STJ. AgInt na Suspensão da Liminar e de Sentença nº 2.696 – RJ (2020/0091342-2). Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS.

os interesses econômicos do recorrente e do recorrido, quais sejam, o direito à saúde e à vida, devem estes se sobrepor àqueles."

Com efeito, entendo que a lesão à saúde encontra-se em maior risco em função da situação atualmente causada pela decisão agravada, e o risco de lesão à ordem pública, que poderá ser causada caso o serviço de transporte público venha a ser inviabilizado, não ficou efetivamente demonstrado pela parte agravada, ainda mais pelo fato de que **persiste no contrato de concessão a possibilidade de se rediscutir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.**" (grifo meu)

Muito elucidativa a decisão do STJ, que exercendo seu papel de homogeneização da jurisprudência nacional, apontou a necessidade de que em um momento de urgência tal qual o vivido a partir de 2020, deve-se dar especial atenção à continuidade da prestação do serviço público, sem que se obste futura análise de reajusta de equilíbrio econômico-financeiro.

Após dois anos de realização de diligências, no dia 22 de junho de 2022 foi, enfim, publicado o acórdão do Tribunal de Contas do Município de São Paulo que julgou conjuntamente as três tomadas de contas anteriormente citadas.

No Relatório do acórdão, foram agregadas as principais alegações tanto do setor de auditoria do Tribunal, quanto da SPTrans.

Acerca do posicionamento do TCM na já citada 3.103ª Sessão Ordinária, ocorrida em 12 de agosto de 2020, que afirmava a necessidade de alteração da fórmula de remuneração, a SPTrans alegou que a remuneração já havia sido alterada através da Portaria nº 087/20, nos termos previamente explicitados.⁵⁰

Necessário registrar que ainda que de fato tal alteração tenha se dado, a principal inovação foi estabelecer critérios diferenciados para frota parada e frota em operação, além da suspensão dos indicadores de qualidade. E como cerca de 85% da frota seguiu em operação durante a crise sanitária, os impactos na redução do dispêndio orçamentário por parte da Prefeitura não foi realmente atenuado. Houve, em verdade, um aumento dos subsídios, como já se viu.

Impositivo, porém, ressaltar que conforme arguido pela SPTrans nessa mesma oportunidade, em face da drástica queda da arrecadação, foi necessário:

⁵⁰Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 007737/2020. Relator: Conselheiro ELIO ESTEVES JUNIOR. Data de Julgamento: 22/06/2022. Disponível em: <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso?buscaSimplificada=True&NumeroTC=TC0077372020>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 17.

“uma série de atos que viabilizassem a manutenção do valor da tarifa, que evidentemente não poderia ser aumentada, com a continuação da prestação dos serviços, os quais também não poderiam – como de fato não podem – sofrer qualquer interrupção”⁵¹

Acerca da afirmação de que a tarifa “não poderia ser aumentada”, observa-se aqui uma expressão da ideia defendida por Marçal Justen Filho, acerca da natureza trilateral dos contratos de concessão. O doutrinador afirma que esses contratos são pactuados entre a) poder concedente, b) concessionário e c) a sociedade.⁵² Dessa forma, não se pode ponderar apenas as necessidades do erário ou das operadoras, mas também as necessidades do usuário do serviço, que não suportaria elevação tarifária, somada aos diversos outros desafios que já enfrentava.

O setor de auditoria do TCM-SP afirmou que em decorrência dos instrumentos contratuais – e extracontratuais – elegidos pelo Poder Concedente e Concessionárias, a maior parte da remuneração do sistema deixou de ser composta por arrecadação de bilhetagem, a passou a ser constituída por verbas orçamentárias.⁵³

Afirma ainda, que em que pese a intenção da Prefeitura em garantir o emprego dos funcionários das operadoras, bem como a continuidade da prestação do serviço, não se poderia atestar a efetividade das medidas. Isso se daria em razão da fiscalização por parte do Poder Concedente não ter sido devidamente realizada.

Essa deficiência, conforme afirma a auditoria, ocorreu em decorrência da Portaria nº 081/20, que quando do início da crise, imediatamente suspendeu análises de performance operacional, bem como a aplicação de penalidades e multas às concessionárias. Tal suspensão teria, assim, provocado uma perda de oportunidade de punir as empresas por eventuais descumprimentos contratuais, que potencialmente causariam desequilíbrio econômico-financeiro aos contratos.⁵⁴

⁵¹ Ibid. p. 22.

⁵² FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 441.

⁵³ Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 007737/2020. Relator: Conselheiro ELIO ESTEVES JUNIOR. Data de Julgamento: 22/06/2022. Disponível em: <https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso?buscaSimplificada=True&NumeroTC=TC0077372020>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 19.

⁵⁴ Ibid. p. 22.

Após ponderados todos os posicionamentos, o Tribunal decidiu que a suspensão das análises de performance operacional e da aplicação de penalidades não seria admissível, vez que “o exercício da atividade fiscalizatória é inerente ao Poder Concedente, que deve fazê-lo de forma permanente”.⁵⁵

Por fim, a corte não decidiu pela suspensão da execução dos contratos, ou aplicação de penalidades ao Executivo ou às concessionárias, mas determinou à SPTrans que demonstrasse “como as empresas cumpriram e estão cumprindo a quilometragem programada”. Ainda, determinou o encaminhamento das conclusões do setor de auditoria à Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito e à SPTrans para que apurem eventuais responsabilidades.⁵⁶

6. CONCLUSÕES

A análise dos instrumentos contratuais inicialmente previstos demonstram inicialmente uma inadequação do modelo de concessão elegido pela autoridade municipal frente às necessidades reais do serviço contratado. Como se viu, o contrato foi firmado sob a égide da Lei nº 8.987/95, que trata das concessões comuns, modelo em que, via de regra, é o concessionário o responsável pela arrecadação dos valores necessários à manutenção do serviço.

No caso do Sistema de Transporte Público de Passageiros do Município de São Paulo, observou-se que parte muito significativa da remuneração dos operadores tinha origem nas verbas públicas. Frise-se: não se trata de fenômeno excepcional em decorrência da pandemia, as compensações tarifárias compunham a remuneração ordinária dos concessionários.

Diante disso, observa-se que os contratos poderiam mais adequadamente terem sido firmados no modelo de Parceria Público-Privada, sob a Lei nº 11.079/2004, que além de ser um tipo de concessão que tem como dado a contribuição parcial da remuneração pelo Poder Público, possui ainda um instrumental de gestão de riscos mais bem equipado. Exemplo disso é a presença de matrizes de risco nos contratos de PPP, instrumento que fornece maior clareza à todas as partes envolvidas acerca dos riscos que poderão se impor.

⁵⁵ Ibid. p. 26.

⁵⁶ Ibid. p. 28-29.

Opção de modelo de concessão à parte, importante ressaltar também a quantidade de aditivos contratuais e de portarias da Secretaria de Mobilidade e Transportes que foram redigidas durante a pandemia. Essa produção normativa demonstrou a necessidade de revisão das bases originalmente acordadas para que a um só tempo fosse preservada a continuidade da prestação do serviço e fossem minorados os gastos públicos.

Isso não impediu, porém, que o erário municipal fosse responsável por arcar com quase a totalidade dos prejuízos decorrentes da queda da arrecadação, em razão do método de remuneração escolhido e da não previsão de cláusula de compartilhamento desse tipo de risco.

Em que se pese o prejuízo ao erário não ser desejável, conforme por diversas vezes alertou o Tribunal de Contas do Município, as condições impostas pela pandemia produziram uma necessidade muito clara de suplementação financeira, sob pena do colapso do sistema.

Apesar da diversidade de teorias e institutos que tratam dos riscos e hipóteses de reequilíbrio contratual, às quais por vezes tratam da possibilidade do compartilhamento dos prejuízos entre concedente e concessionário, a preservação do interesse público pela continuidade do serviço necessita que os riscos sejam alocados de acordo com qual parte tem melhor condições de absorvê-los.

E como se observa, é a Prefeitura quem possui uma capacidade única, em razão das vultuosas quantias a serem empenhadas, para essa absorção. Porém, isso não se deu sem danos, vez que conforme apontado pelo Tribunal de Contas, as compensações tarifárias chegaram a atingir quase 6% de todo o orçamento municipal.

Porém, conforme prevê o contrato, haverá a revisão quadrienal do equilíbrio econômico-financeiro que poderá pactuar uma nova equação considerando esses gastos suportados pelo Município, de modo a obter-se alguma compensação. No bojo dessa revisão, deverá ser também considerado que, até o presente momento, a demanda de passageiros não retornou ao patamar pré-pandêmico, constatação essa que não se resume apenas ao sistema de ônibus, como também aos metrô e trens da capital, apontando eventual mudança estrutural.

REFERÊNCIAS

3.103ª Sessão Ordinária do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo: sexta-feira, 21 de agosto de 2020. p. 105.

Anexo VII do Contrato – Matriz de Risco. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/arquivos/desestatizacao/terminais_de_onibus/10_Anexo-VII-do-Contrato-Matriz_de_Risco.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRUNO NAVEGA. Os Impactos do COVID19 no Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão - OAB/RJ. Youtube, 03 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-5ZfbCpKxjA>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Contratos de Concessão – Concorrência 001/2015, 002/2015 e 003/2015. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/mobilidade/aceso_a_informacao/index.php?p=284142>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Edital de Licitação – PPP Terminais. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/projetos/desestatizacao/terminais_de_onibus_urbano/index.php?p=291069>. Acesso em: 17 nov. 2023.

FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão. Londres: Laccademia Publishing, 2020

MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268>>. Acesso em: 17 nov. de 2023. p. 20.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENGUE, Priscila. Valor pago pela Prefeitura de SP a empresas de ônibus é recorde; governo já banca metade da tarifa. Terra. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/economia/valor-pago-pela-prefeitura-de-sp-a-empresas-de-onibus-e-recorde-governo-ja-banca-metade-da-tarifa,cb70fb20a572ab87fba356d0a19e0bbclgdt01er.html>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de

retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

O Instituto do Reequilíbrio econômico-financeiro: uma análise doutrinária e jurisprudencial. TCE-MG. Disponível em<<https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2023/Estudo-tecnico-Reequilibrio-Economico-Financeiro-Paginas-Individuais.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 23 (março-abril 2016). Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.23.09.PDF>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Relatório Integrado da Administração 2020. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2020>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Relatório Integrado da Administração 2021. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2021>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Relatório Integrado da Administração 2022. SPTrans. Disponível em: <<https://www.sptrans.com.br/relatorio-integrado-da-administracao-2022>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Desajustes econômico-financeiros e possíveis soluções. Youtube, 14 mai. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=k1dObkyn_a0&t=8741s>. Acesso em: 17 nov. 2023.

Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 007737/2020. Relator: Conselheiro ELIO ESTEVES JUNIOR. Data de Julgamento: 22/06/2022. Disponível em: <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso?buscaSimplificada=True&NumeroTC=TC0077372020>>. Acesso em: 17 nov. 2023.