

Direção Geral

André Saddy

Salus Moraes

5

Coordenador do tomo

Marco Aurélio de Barcelos Silva

TRATADO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Teoria e Prática

Tomo V – Cláusulas obrigatórias nos contratos de PPPs

Autores

Bruno Aurélio *Marco Aurélio de Barcelos Silva*

Bruno Lauer *Mauricio Jorge Pereira da Mota*

Danuza Aparecida de Paiva *Mônica Salles Lanna*

Emerson Affonso da Costa Moura *Rafael Garofano*

Gabriel Fajardo *Rafael Hamze Issa*

João Paulo Imparato Spörl *Rafael Wallbach Schwind*

Lucas Sant'anna *Rodrigo Garrido Dias*

Márcio Monteiro Reis



www.cej.com.br

Editor
André Saddy

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

DIREÇÃO

André Saddy

Salus Moraes

COORDENADOR

Marco Aurélio de Barcelos Silva

TRATADO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS:

Teoria e Prática

Volume 5 – Cláusulas obrigatórias nos contratos de PPPs

AUTORES

Bruno Aurélio – Bruno Lauer – Danuza Aparecida de Paiva – Emerson
Affonso da Costa Moura – Gabriel Fajardo – João Paulo Imparato
Spörl – Lucas Sant’Anna – Márcio Monteiro Reis – Marco Aurélio de
Barcelos Silva – Mauricio Jorge Pereira da Mota – Mônica Salles
Lanna – Rafael Garofano – Rafael Hamze Issa – Rafael Wallbach
Schwind – Rodrigo Garrido Dias

Rio de Janeiro

2019

Copyright © 2019 by André Saddy, Salus Moraes, Marco Aurélio de Barcelos Silva

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

O Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza
pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo,
inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de
direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº
6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações
diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao
Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Aurélio, Bruno

Cláusulas obrigatórias nos contratos de PPPs / Bruno Aurélio [et
al.]; Direção [:] André Saddy; Salus Moraes; Coordenador [:] Marco
Aurélio de Barcelos Silva. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2019.

356 p.: il. (color.). – (Tratado de parcerias público-privadas:
teoria e prática; V. 5)

Inclui tabela.

ISBN: 978-65-8026-215-1

1. Contratos de PPP. 2. Administração pública. 3. Parceiros
privados. I. Título. II. Saddy, André.

CDD – 341.3222

Breve apresentação dos autores

Bruno Aurélio

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado

Bruno Lauer

Advogado associado do Machado Meyer Advogados. Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP, SP). Graduado em Direito pela PUC-SP

Danuza Aparecida de Paiva

Advogada e Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental na Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. Pós-Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: danuza_paiva@yahoo.com

Emerson Affonso da Costa Moura

Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Convidado da Pós-Graduação Latu Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Ex-Professor Assistente da Graduação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Ex-Professor Substituto da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador certificado pelo CNPQ pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da American Society of Public Administration (ASPA), da Comissão de Direito Administrativo e Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Co-idealizador, co-fundador

e diretor acadêmico do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Editor-Chefe da Revista de Direito da Administração Pública (REDAP). Advogado. email: emersonacmoura@yahoo.com.br

Gabriel Fajardo

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; MBA em Engenharia de Custos e Gestão de Contratos pelo Instituto Brasileiro de Engenharia de Custos; Membro da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais; Advogado

João Paulo Imparato Spörl

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (FD - USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP - USP). Advogado

Lucas Sant’Anna

Sócio de Direito Público do Machado Meyer Advogados. Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Columbia University School of Law (New York, NY). Graduado em Direito pela PUC-SP. Autor do livro Aspectos Orçamentários das PPPs (Almedina, SP, 2018) e de diversos artigos na área de Direito Administrativo. Reconhecido como advogado de destaque em Direito Administrativo por diversas publicações internacionais

Márcio Monteiro Reis

Doutorando e mestre em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Professor de Direito Administrativo no Ibmecc/RJ; Advogado no Rio de Janeiro

Marco Aurélio de Barcelos Silva

Doutorando em Direito Administrativo pela USP. Mestre em Direito (LLM) pela Universidade de Londres (UCL). Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade de Minas Gerais. Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1994), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997) e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002). Professor Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor do Doutorado em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Procurador do Estado - Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Editor Chefe da Revista Quaestio Iuris e da Revista de Direito da Cidade. Coordenador do Curso de Especialização em Advocacia Pública da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro do Fórum Permanente de Direito da Cidade da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

Mônica Salles Lanna

Formada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), possui especialização em Direito Cooperativo pelo Ibmecc e em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Integrou o Núcleo Central de Parcerias Público-Privadas da PBH Ativos S.A. e foi Chefe de Gabinete da Presidência da Central de Abastecimento de Minas Gerais (Ceasaminas). Atuou na iniciativa privada, entre 2011 e 2016, como advogada e consultora na estruturação e na gestão de projetos de concessão e PPP em infraestrutura. Foi Coordenadora de Projetos e Assessoria Jurídica da Unidade de PPP do Estado de Minas Gerais entre 2007 e 2011. Na Secretaria de Estado de Transporte e Mobilidade de Minas Gerais ocupa o cargo de Subsecretária de Transportes e Mobilidade, tendo ocupado, anteriormente, o cargo de Coordenadora Geral da Coordenadoria Especial de Concessões e Parcerias da referida Secretaria de Estado

Rafael Garofano

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Advogado em São Paulo, com atuação em Direito Público, Regulatório e Contratual; Assessor Jurídico

e Líder de Projetos da Unidade de PPP do Estado de São Paulo (UPPP);
Membro da Comissão de Direito da Infraestrutura da Ordem dos
Advogados do Brasil – Seção São Paulo

Rafael Hamze Issa

Doutorando e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pesquisador visitante na Universidade Paris II – Panthéon-Assas (2018-2019). Pesquisador do Núcleo Jurídico da Inovação do Observatório de Inovação e Competitividade (OIC/IEA-USP). Professor no curso de pós-graduação em Concessões e Parcerias do IDP-Brasília. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Assessor na Unidade de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo (2015-2018). Advogado. E-mail: rafael@pvmp.com.br

Rafael Wallbach Schwind

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); Visiting scholar na Universidade de Nottingham; Autor e coordenador de diversos livros e artigos na área de Direito Administrativo e Econômico; Árbitro listado em diversas Câmaras de Mediação e Arbitragem; Advogado

Rodrigo Garrido Dias

Mestrando em Direito Constitucional (UFF/RJ). Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro Colaborador no Projeto de Extensão UERJ Reg. Diretor de Compliance da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Advogado. E-mail: rodrigogarrido@id.uff.br

Sumário

Apresentação	17
Prólogo	27
Patrocinadores	31
 PRAZO DE VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	 37
<i>Rafael Wallbach Schwind</i>	
Introdução	38
1. O prazo de vigência dos contratos de PPP	39
1.1 A relevância do prazo	39
1.2 A previsão do art. 5º, inciso I, da Lei 11.079	40
1.3 O motivo de a lei estabelecer prazos mínimo e máximo aos contratos de PPP	41
1.4 A necessidade de um prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados	45
1.5 Impossibilidade de fixação de prazos específicos em Leis Estaduais e Municipais de PPP	47
1.6 O prazo e a problemática da mutabilidade contratual	47
2. A prorrogação dos contratos de PPP	48
2.1 Questão prévia: a constitucionalidade da prorrogação dos contratos administrativos em geral	48
2.2 A mutabilidade dos contratos administrativos, o dever de licitação e o princípio da moralidade	49
2.3 Ainda a questão da mutabilidade (intensificada) dos contratos de longo prazo	51
2.4 O dever de motivação da prorrogação contratual	52
2.5 A consagração constitucional da prorrogação dos contratos administrativos	52
3. As modalidades de prorrogação dos contratos de PPP	53
3.1 Ressalva prévia	54
3.2 A prorrogação prevista contratualmente	54
3.2.1 Noções gerais	54
3.2.2 A lógica da prorrogação prevista contratualmente	55

3.2.3 A questão da impossibilidade de eternização dos contratos administrativos	58
3.2.4 Risco de arbitrariedade pelo poder concedente	58
3.2.5 A necessidade de previsão contratual expressa	59
3.2.6 O prazo de prorrogação cabível	59
3.2.7 Pressupostos para a prorrogação prevista contratualmente	60
3.2.8 Requisitos para a prorrogação prevista contratualmente	60
3.3 A prorrogação antecipada dos contratos de PPP	62
3.3.1 Noções gerais	62
3.3.2 A lógica da prorrogação antecipada	62
3.3.3 Os benefícios da prorrogação antecipada	63
3.3.4 A aferição da pertinência dos investimentos adicionais	64
3.3.5 A importância da realização de investimentos imediatos	64
3.3.6 O prazo da prorrogação antecipada	65
3.4 A prorrogação-reequilíbrio nos contratos de PPP	66
3.4.1 Noções gerais	66
3.4.2 O cabimento da prorrogação contratual como medida de reequilíbrio	66
3.4.3 A prorrogação-reequilíbrio como medida mais adequada em comparação com as alternativas cabíveis	70
3.4.4 A possibilidade de conjugação da prorrogação-reequilíbrio com outras formas de recomposição	70
3.4.5 O prazo da prorrogação-reequilíbrio	71
3.4.6 Desnecessidade de previsão contratual a respeito da prorrogação	72
3.4.7 Cabimento da prorrogação-reequilíbrio mesmo no caso de vedação contratual à extensão do prazo	75
4. Entendimento do TCU	76
Conclusões	81

PENALIDADES POR INADIMPLEMENTO NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: UMA ANÁLISE DO CONTRATO DO VLT CARIOCA	83
--	----

Rodrigo Garrido Dias

Introdução	84
1. O Projeto do VLT Carioca	85
2. O Contrato de Parceria Público-Privada do VLT Carioca	86

3. A previsão de um regime sancionatório contratual como cláusula obrigatória da Parceria-Pública Privada	89
4. A não previsão de penalidades para o inadimplemento da Administração Pública no Contrato do VLT Carioca	93
5. A situação atual da Parceria Público-Privada do VLT Carioca.....	97
Considerações finais	99
Referências	100

A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Bruno Aurélio

João Paulo Imparato Spörl

Introdução	104
1. A temática dos riscos antes das Parcerias Público-Privadas	105
2. Por que falar de riscos em contratos de Parceria Público-Privada?	108
3. A temática dos riscos na Lei nº 11.079/04	110
3.1 Equilíbrio econômico-financeiro e distribuição de riscos	114
4. Alocação de riscos nos contratos de PPP, sua mitigação e remediação	115
A. Risco de projeto e risco de construção	115
B. Risco de desapropriação	117
C. Risco regulatório	118
D. Risco de Demanda	119
E. Risco Cambial	120
4.1 A Previsão de Instrumentos para Mitigação e Remediação	121
Conclusão	122
Referências	123

AS FORMAS DE REMUNERAÇÃO E ATUALIZAÇÃO DOS VALORES CONTRATUAIS COMO CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Emerson Affonso da Costa Moura

Introdução	126
1. Os contratos administrativos e as cláusulas contratuais	128
2. As PPPs e as cláusulas obrigatórias.....	129

3. As formas de remuneração e atualização dos valores contratuais	134
Conclusão	141
Referências	142

MANUTENÇÃO DA ATUALIDADE DOS SERVIÇOS NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA145

Rafael Hamze Issa

Introdução	146
1. A colocação do problema: o contrato de PPP como mecanismo de implementação de política pública por meio de investimento privado	148
1.1. Os parâmetros de segurança às partes e de análise da legislação e dos contratos	151
2. As previsões das Leis n. 8.987/95 e 11.079/04	153
3. Algumas considerações a respeito das previsões das Leis n. 8.987/95 e 11.079/04	158
3.1. A técnica jurídica adotada: os conceitos jurídicos indeterminados	158
3.2. A análise custo-benefício inerente à modernização do serviço concedido	161
4. Análise de alguns contratos de PPP no Brasil	163
4.1. Aspectos horizontal e vertical da manutenção da atualidade dos serviços	163
4.2. Aspecto temporal: o momento de aferição do nível de atualidade do serviço concedido	165
4.3. Aspecto econômico-financeiro: a questão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela manutenção da atualidade do serviço	167
5. Propostas para a interpretação e aplicação da manutenção da atualidade do serviço	168
5.1. Vinculação dos aspectos horizontal e vertical aos indicadores de desempenho	168
5.2. Análise custo-benefício da atualidade de acordo com a política pública implementada pelo contrato	170
5.3. Estipulação de revisões periódicas	171
5.4. Garantia do equilíbrio econômico-financeiro do concessionário, na hipótese de encargos não programados	171

Conclusões	174
Referências	175

EXECUÇÃO DE GARANTIA PÚBLICA POR EXTINÇÃO ANTECIPADA DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA177

Lucas Sant'Anna

Bruno Lauer

Introdução	178
1. Reversibilidade de bens afetos à concessão e dever de indenizar a concessionária por investimentos não amortizados	179
2. Formas de Extinção do Contrato de PPP	181
2.1 Advento do Termo Contratual	182
2.2 Encampação	183
2.3 Caducidade	184
2.4 Rescisão	188
2.5 Anulação	188
2.6 Falência e Recuperação Judicial	190
3. Execução de Garantia Pública para pagamento de indenização de bens reversíveis não amortizados	191
3.1 Considerações Iniciais sobre Garantias Públicas	191
3.2 Conclusão da pesquisa legislativa: possibilidade de uso da garantia pública para cobrir inadimplemento de indenização por investimentos realizados em bens reversíveis não amortizados	192
3.3. Garantia Pública na prática: revelando a extensão da cláusula de cobertura	193
3.4 Possíveis dificuldades relacionadas ao uso das garantias públicas para adimplemento de indenização por bens reversíveis.....	196
Considerações Finais	198
Referências	198

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO E REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS201

Rafael Garofano

Gabriel Fajardo

Introdução	202
1. A remuneração do contratado nas Parcerias Público-Privadas	204
2. Remuneração vinculada ao desempenho: critérios objetivos e sistema de mensuração	213

2.1. A relação do desempenho com o objeto da concessão	217
2.2. Aspectos positivos e negativos de algumas experiências nacionais	220
2.3. Lições aprendidas e recomendações para a modelagem de contratos de PPP	229
3. Fiscalização e Verificador Independente: responsabilidades, características e entraves	236
4. Atualidade tecnológica e revisão dos indicadores	239
Conclusão: perspectivas para os novos contratos de PPPs	243
Referências	245

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: AS GARANTIAS DE EXECUÇÃO SUFICIENTES E COMPATÍVEIS COM OS ÔNUS E RISCOS ENVOLVIDOS, PRESTADAS PELO PARCEIRO PRIVADO

Danuza Aparecida de Paiva

Introdução	249
1. A obrigatoriedade de se exigir garantia de execução do parceiro privado	251
2. As garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos	259
Conclusão	267
Referências	268

COMPARTILHAMENTO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE GANHOS ECONÔMICOS EFETIVOS DO PARCEIRO PRIVADO DECORRENTES DA REDUÇÃO DOS RISCOS RELACIONADOS AO FINANCIAMENTO NAS PPPs

Mônica Salles Lanna

Marco Aurélio de Barcelos Silva

Introdução	272
1. Breves notas sobre o financiamento (público) de projetos de infraestrutura no Brasil	274
2. A aderência do art. 5º, inciso IX, à lógica da divisão objetiva de riscos nos contratos de PPP	278
Conclusão	282
Referências	283

BENS REVERSÍVEIS: PROBLEMAS E DIVERGÊNCIAS285*Márcio Monteiro Reis*

Introdução	286
1. A identificação dos bens reversíveis em uma concessão ou PPP	289
1.1 Toda concessão ou PPP obrigatoriamente possui bens reversíveis?	289
1.2 Disciplina legal e contratual	295
1.3 As características de que devem se revestir os bens reversíveis: essencialidade para a prestação do serviço	299
1.4 A essencialidade e a audiência pública ANTT nº 003/2019	307
2. A importância de manter um cadastro atualizado dos bens reversíveis	311
3. Reversão de direito sobre o uso de bens de terceiros: o caso das redes de telecomunicação	314
3.1 A possibilidade de um regime flexível de reversão de bens	314
3.2 O modelo de reversão usado no setor elétrico: bens de terceiros e bens privados dos concessionários (direito de uso)	318
3.3 Bens reversíveis no setor de telecomunicações	323
4. Alienação de bens reversíveis	325
5. Reversibilidade de bem não afetado	331
6. Indenização de bens reversíveis não amortizados	334
6.1 O prazo como uma das variáveis da equação econômico-financeira do contrato	334
6.2 Extinção ordinária dos contratos (decorso de tempo)	337
6.3 Extinção antecipada dos contratos	344
Conclusão	349
Referências	353