

O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?

Gabriela M. Engler Pinto

Especialista na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, sócia do Portugal Ribeiro Advogados, Mestra em Direito (LL.M.) pela Columbia Law School (Kent Scholar).

Introdução

O presente artigo pretende revisitar o caso da anulação judicial de uma série de aditivos aos contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo, celebrados entre concessionárias e a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) em 2006, à luz da Lei 13.655/18, que acrescentou artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O objetivo é defender que caso as decisões judiciais acerca da anulação passem a levar em consideração as regras declaradas pela Lei 13.655/18 – plenamente aplicáveis ao caso, conforme explicado adiante – o posicionamento dos juízes e das cortes deveria ser revisto para reverter a anulação verificada na maioria dos casos já apreciados pelo Poder Judiciário.

Assim, esse artigo está dividido em cinco partes. Além desta introdução, a segunda parte relata o histórico do caso dos “aditivos de 2006”, situando o leitor sobre as principais controvérsias relativas ao tema. A terceira parte explica brevemente o contexto da promulgação da Lei 13.655/18, destacando os artigos pertinentes ao tema em discussão. A quarta parte discute em que medida a aplicação das regras da Lei 13.655/18 ao caso dos “aditivos de 2006” é possível e deveria alterar o desfecho das decisões judiciais proferidas até o momento. Por fim, a última parte conclui.

Do histórico do caso dos “aditivos de 2006”

Em dezembro de 2006, a ARTESP celebrou um conjunto de termos aditivos e modificativos (TAMs) com doze concessionárias rodoviárias do Estado de São

Paulo.¹ Todos os TAMs tinham o mesmo objetivo de reequilibrar, por extensão de prazo, os contratos de concessão por ocorrência, em síntese, dos seguintes fatores: (i) alteração das leis relativas ao Imposto sobre Serviços – ISS nos Municípios por onde atravessam essas rodovias, o que modificou a cobrança de ISS às concessões; (ii) majoração das alíquotas e bases de cálculo das contribuições relativas ao Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e ao Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e; (iii) perda de receita decorrente de parcelamento do reajuste tarifário (reajuste menor que o índice contratado por alguns meses).

Cerca de cinco anos depois, em 20/04/2011, a ARTESP contratou a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) com o intuito de verificar a correção dos cálculos de desequilíbrio contratual elaborados no âmbito dos TAMs celebrados em 2006.

Em seu relatório, a FIPE conclui que o método de cálculo empregado nas revisões contratuais estaria equivocado, pois *“para o cálculo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de 2006 levou-se em consideração a demanda da proposta e não a demanda real, o que tornou o reequilíbrio efetuado maior do que a perda sofrida pela concessionária”*.² Em outras palavras, entendeu a FIPE que o cálculo do desequilíbrio decorrente do aumento da carga tributária deveria considerar a receita efetivamente auferida pelas concessionárias e não aquela prevista nas respectivas propostas comerciais, tal como havia sido feito em 2006.

Ao considerar a demanda projetada no cálculo, concluiu o estudo da FIPE, as concessionárias teriam sido ‘indevidamente beneficiadas’ com reequilíbrios maiores do que o devido, que somaram cerca de R\$ 2 bilhões.³ Isso porque, como a demanda real foi inferior àquela estimada, as concessionárias foram reequilibradas a mais do que seriam fosse o parâmetro a receita efetivamente auferida.⁴ Por consequência, os contratos teriam sido desnecessariamente prorrogados.

Com base nesse estudo, a ARTESP instaurou contra as concessionárias processos administrativos de invalidação dos TAMs celebrados em 2006, disputas posteriormente judicializadas em todas as doze concessões.

A ARTESP fundamentou seu entendimento de invalidade na alegação de que os TAMs partiram de premissas dissociadas dos contratos de concessão e do

¹ A Concessionária CCR AutoBAN, Renovias, Viaoeste, SPVias, Autovias, Vianorte, Centrovias, Intervias, Colinas, Triângulo do Sol e a Tebe.

² Trecho do relatório preliminar da FIPE extraído da petição inicial apresentada pelo Estado de São Paulo em face da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. (Processo n. 1045799-02.2014.8.26.0053).

³ CREDENDIO, José Ernesto. Concessão de rodovias gerou ganho indevido de R\$ 2bi, diz ARTESP. Folha de S. Paulo, 10/07/2013. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1313376-auditoria-diz-que-concessionarias-de-sp-tiveram-ganho-indevido-de-r-2-bilhoes.shtml>

⁴ Vide, por exemplo, o caso do ISS, em que o recolhimento é por veículo pedagiado.

ordenamento jurídico – justamente a utilização de informações constantes das projeções financeiras das concessionárias, ao invés de dados reais –, o que teria configurado “impropriedade do motivo”, que é uma das causas legais de invalidação de ato ou contrato nos termos da Lei Estadual 10.177/98.⁵

Houve ainda o manejo de outros argumentos, como a ausência de aprovação dos TAMs pela assessoria jurídica da Procuradoria Geral do Estado⁶ e a não ocorrência de prescrição do pleito anulatório,⁷ o que era sensível no caso já que as invalidações foram suscitadas cerca de 10 anos após a celebração dos TAMs.

Em defesa, as concessionárias alegaram que o reequilíbrio contratual foi calculado à época com base na metodologia comumente empregada pela ARTESP e consoante determinação contratual que estipulava que “*Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, esta será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, nos itens respectivos das Projeções Financeiras incluídas na PROPOSTA FINANCEIRA (...)*”. Isto é, não haveria nenhum erro material nos TAMs a ensejar anulação, pois o reequilíbrio foi calculado com base nas projeções financeiras das concessionárias (as estimativas de demanda constante dos respectivos planos de negócios), conforme determinavam os contratos.

Nesse sentido, o parecer da FIPE não teria calculado os desequilíbrios conforme premissas contratuais e sim de acordo com critérios próprios, não aplicáveis às concessões, de modo que o parecer não deveria ser considerado no caso concreto.

Não obstante as posições de cada parte, as disputas foram judicializadas e, até o momento, tem prevalecido judicialmente o pleito da ARTESP de anular judicialmente os aditivos de 2006.⁸

⁵ Artigo 8.º: “São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de: [...] IV - inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito;”

A ARTESP invocou ainda as seguintes disposições normativas:

Lei Federal 4.717/65, Art. 2, Parágrafo único: “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]”

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”

Código Civil, Art. 138: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

⁶ Que a ARTESP considerou necessário com base no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93: “Art. 38. [...]”

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”

⁷ Com base no art. Artigo 10 Lei Estadual 10.177/98: “A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:

I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;”

⁸ Até o final de maio de 2018 havia, em primeira instância, 4 sentenças a favor da ARTESP e 2 a favor das concessionárias (em relação as quais não há ainda decisão sobre eventual apelação). Em segunda

O contexto da promulgação e a Lei 13.655/18

A Lei 13.655/18 introduziu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A ideia dessa legislação foi originalmente concebida pelos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques e apresentado pelo senador Antônio Anastasia como Projeto de Lei 7.448/2017, que tramitou mais de 4 anos no Congresso antes da aprovação.⁹

Antes da conversão em lei, o projeto foi objeto de importante debate. Num contexto institucional de forte atuação dos órgãos de controle - especialmente do Tribunal de Contas da União (“TCU”), agindo com verdadeira ascendência sobre gestores públicos, então temerosos da ingerência sobre decisões discricionárias - de um lado, posicionaram-se um conjunto de juristas favoráveis ao projeto de lei, enquanto, de outro, diversos membros dos tribunais de conta e ministérios públicos criticavam duramente a proposta legislativa.

Por exemplo, a Consultoria Jurídica do TCU elaborou documento intitulado ‘Análise Preliminar do PL 7.448/2017’¹⁰ no qual, em síntese, enxergava no PL 7.448/2017 uma tentativa de supressão de competências constitucionais do próprio Legislativo e do TCU. Em resposta, um conjunto de juristas confeccionou documento refutando as reflexões preliminares do TCU¹¹ e concluindo que “*O PL nº 7.448/2017 figura como um grande avanço para a melhoria da qualidade decisória nacional, não*

instância, havia 2 acórdãos em favor da ARTESP, sendo que um deles reverteu sentença que havia sido proferida em favor da concessionária.

⁹ Para detalhamento sobre as ideias debatidas na concepção do Projeto de Lei ver PEREIRA, Flávio Henrique Unes (COORD.), Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas. Desafios para uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Ver também SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017> e PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>

¹⁰ Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwipx8_0nrXbAhXKhZAKHbWzC1kQFggzMAI&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2FFlu%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A81881F62B15ED20162D40B8CB632C%26inline%3D1&usq=AOvVaw3h1agoOtrMfdV3KboFT1tg

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson Abreu; SILVA MARTINS, Ives Gandra da; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MEDAUAR, Odete; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; ARAGÃO, Alexandre Santos de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera Cristina Caspari; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Janjácómo; JORDÃO, Eduardo Ferreira; SCHIRATO, Vitor Rhein e CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Respostas aos Comentários Tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>

*havendo quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades. Na verdade, ele apenas consagra melhores práticas em matéria de controle da administração pública, em grande parte já utilizadas no Brasil e no plano internacional por órgãos controladores.”*¹²

Em réplica, o TCU emitiu o ‘Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado’¹³ com o qual conclui que “*a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação das normas, especialmente quando referidos critérios, pela sua textura aberta, trazem grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência.*”

Após essa intensa troca, o Presidente da República sancionou a Lei 13.655/18, com veto de alguns artigos sobre os quais a polêmica foi mais intensa.¹⁴

Para o presente artigo são relevantes especialmente os artigos 20, 21 e 24, transcritos abaixo:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado

¹² Idem.

¹³ Exarado nos autos do processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5, disponível em <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>

¹⁴ As razões de veto podem ser encontradas em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm

que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Adiante, discute-se a aplicação desses dispositivos ao caso dos “aditivos de 2006”.

A aplicação das regras da Lei 13.655/18 ao caso dos “aditivos de 2006”

Da perspectiva jurídica, em resumo, o caso dos “aditivos de 2006” trata da anulação de ato administrativo bilateral (os TAMs), transcorridos vários anos de sua celebração, para rever metodologia de cálculo de desequilíbrio contratual – que foi realizado com base nas receitas projetadas das concessionárias quando, no entendimento da ARTESP, deveria ter sido feito a partir da demanda real de veículos das rodovias.

É certo que não haverá consenso sobre qual a metodologia ‘correta’ ou que deveria ser utilizada para calcular os desequilíbrios: as concessionárias sempre defenderam e defenderão que o cálculo feito tomou por base a metodologia comumente utilizada pela ARTESP e a agência sempre sustentou e sustentará que o cálculo feito nos aditivos de 2006 foi inadequado e lesou o erário. Para além da discussão binária, existe inclusive reflexão sobre melhores práticas na utilização de elementos aleatórios nos processos de reequilíbrio - como é a demanda -, que surgiu justamente a partir de reflexão sobre o caso dos “aditivos de 2006”.¹⁵

Não obstante a disputa entre as partes, fato é que houve, à época, ampla consensualidade na celebração dos TAMs. Isto é, agente públicos e privados concordaram acerca de determinada metodologia de cálculo para reequilibrar os contratos e pactuaram aditivos para refletir esse entendimento. Em outras palavras, independentemente de certo ou errado, o cálculo do desequilíbrio pareceria o mais adequado a todas as partes envolvidas ao tempo da celebração dos aditivos de 2006. Além disso, a ARTESP não invocou, para anulação dos TAMs, quaisquer vícios de vontade.¹⁶

Justamente esse tipo de entendimento, aperfeiçoado juridicamente, que é objeto de proteção da Lei 13.655/18. O sentido de ‘segurança jurídica’ resguardado

¹⁵ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes e para medir o valor do desequilíbrio. Disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/equilibrio-e-aspectos-aleatorios-publicado.pdf>

¹⁶ Que são, pelo artigo 138 do Código Civil, as hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico. Tampouco foram invocados vícios que seriam hipóteses de nulidade (não sanável) dos aditivos (cf. art. 166 e seguintes do Código Civil).

pela nova legislação é esse: proteger atos que, legitimados à época de sua entabulação, não podem ser revistos posteriormente sob o argumento de que a nova visão, ensejadora da revisão, é melhor ou mais adequada em alguma medida.

Isto é: não se trata de valorar o mérito do argumento revisor. Sem dúvida o passar do tempo pressupõe a evolução natural e necessária das ideias e métodos, especialmente em matérias complexas, como é o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.¹⁷ Contudo, é preciso reconhecer a profunda diferença entre, de um lado, aprimorar entendimentos e a própria atuação do gestor público e, de outro, usar os avanços do presente para reescrever o passado.¹⁸ Nesse sentido é que a segurança jurídica é fundamental justamente para resguardar a legítima atuação de agentes voltada à promoção do interesse público.

Então, quando a Lei 13.655/18 prescreve que “A revisão, [...] quanto à validade de ato, contrato, [...] cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” (art. 24), isso significa que está protegido esse entendimento passado, independentemente da haver um entendimento ulterior melhor.

No caso sob análise, ainda que a ARTESP refute esse argumento, é bastante claro que havia ‘orientações gerais da época’ sobre como calcular os desequilíbrios contratuais. Tanto é que em pelo menos doze diferentes aditivos foi adotada exatamente a mesma metodologia.¹⁹ O parágrafo único do artigo 24 caracteriza essas

¹⁷ A título ilustrativo de como os entendimentos mudam substancialmente no decorrer tempo, em 2010, a “publicação no sítio eletrônico da ANTT de perguntas e respostas sobre concessões para informação ao público leigo, no qual a pergunta sobre equilíbrio econômico-financeiro é feita e respondida nos seguintes termos:

“10. O que é Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato?

Resposta - É o ponto em que a TIR observada é igual aquela estabelecida, quando apresentada a Proposta de Tarifa pela licitante vencedora. Esse equilíbrio, quando ameaçado, pode ser reestabelecido através da Adequação ou da Revisão de Tarifa.”

Trecho extraído de RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. Atlas, 2010.

Atualmente, o entendimento da ANTT não poderia ser mais diferente: a preservação da TIR definitivamente não é considerada como referência para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Hoje reconhece-se que a TIR é uma taxa meramente referencial dos estudos de viabilidade e, por embutir também riscos do negócio suportados pelo concessionário, não pode ser garantida como referência de equilíbrio contratual.

¹⁸ Nesse sentido, o argumento de segurança jurídica utilizado aqui se aproxima da lógica subjacente à existência de prazos prescricionais no direito.

¹⁹ Muito embora não seja propósito desse artigo revisar os argumentos de parte a parte, uma reflexão é inescapável: se, conforme exigência contratual expressa, o reequilíbrio precisava ser único relativamente aquele evento, por todo o contrato (cf. cláusula contratual constante de todos os contratos de concessão da 2ª rodada: “A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, efetuada nos termos dos itens anteriores, será, relativamente ao fato que lhe deu causa, única, completa e final para todo o prazo do CONTRATO e deverá ser previamente aprovada pelo PODER CONCEDENTE.”), não haveria possibilidade fática de mensurar o desequilíbrio, para toda a vigência do contrato, sem considerar o futuro e, portanto, as projeções financeiras. O impacto de determinado evento numa concessão, mensurado sobre o fluxo de caixa de todo o projeto, pressupõe necessariamente a sua consideração quanto aos efeitos futuros, o que apenas pode ser feito por meio de

‘orientações gerais’ como “*as interpretações e especificações (...) adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.*” Novamente, não parece haver dúvida sobre a prática reiterada da forma de cálculo utilizada nos aditivos de 2006 nem sobre a publicidade dessa metodologia, que é amplamente reconhecida pela doutrina especializada.²⁰

A Lei 13.655/18 também impõe ao administrador, controlador e juiz que “*sejam consideradas as consequências práticas da decisão*” (art. 20) e que apontem “*de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas*” (art. 21), indicando “*as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*” (art. 21, parágrafo único).

Essa regra ilustra bem a situação de diversas das concessionárias que emitiram, após a celebração dos TAMs, bilhões de reais em debêntures de infraestrutura com o objetivo de se financiarem junto ao mercado de capitais. Essas debêntures, em vários casos, foram emitidas com vencimento para o período compreendido na prorrogação contratual pactuada no âmbito dos TAMs. Por exemplo, a Autoban emitiu R\$ 545 milhões em debêntures com vencimento para outubro de 2019 (com o TAM de prorrogação anulado, o contrato extingue-se em 2018) e a Ecovias ofertou R\$ 881 milhões, com resgates de R\$ 200 milhões em abril de 2020 e de R\$ 681 milhões em abril de 2024 (o TAM de prorrogação nessa caso, que estendeu o prazo do contrato de 2018 até 2024, ainda aguarda decisão judicial).²¹

Anulada a prorrogação, o desfecho mais provável desses papéis é o vencimento antecipado, com um impacto nada desprezível para o mercado de dívida no País, especialmente considerando que essas debêntures incentivadas são em boa parte detidas por pessoas físicas, em razão das isenções fiscais atreladas ao título.²²

projeções. Então, em outras palavras, não haveria outra forma de reequilibrar esses contratos, senão considerando, para o futuro, as projeções.

²⁰ O uso das projeções no cálculo do desequilíbrio contratual é elemento essencial do modelo estático para o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias, conforme explica Adalberto Vasconcelos: “*No fluxo de caixa da concessão, o qual é utilizado para aferir e recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a receita operacional é a projetada e não a efetivamente auferida pela concessionária.*” VASCONCELOS, Adalberto Santos de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil. Monografia apresentada à Comissão de Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo – PGCR do Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2004. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>

²¹ Informações extraídas de PETRY, Rodrigo. Embate entre CCR e Alckmin respinga em debêntures de infraestrutura.

²² Para uma noção da dimensão desse mercado, veja-se estudo da Grant Thornton: “*Criadas em dezembro de 2010 pela medida provisória 517, em junho de 2011, o governo sancionou a Lei 12.431 que estimula a entrada de pessoas físicas e de estrangeiros no financiamento a projetos de infraestrutura, criando-se as “debêntures de infraestrutura”. Uma importante ferramenta do mercado de capitais para incentivar o investimento no setor. Depois de um crescimento de mais de 340% de 2012 a 2014, as emissões de debêntures de infraestrutura tiveram um recuo em 2016 de 12,2% em relação ao ano de 2014, passando de R\$ 5,01 bilhões de debentures emitidas em 2014 para R\$ 4,4*

Qual o impacto disso tanto para o público investidor quanto para as emissoras? Há “prejuízos aos interesses gerais”? Há “perdas anormais aos sujeitos atingidos”? Sem a pretensão de oferecer respostas definitivas nesse particular, é preciso notar que essas questões necessitam ser avaliadas pelas decisões judiciais sobre anulação dos TAMs.

Levado a sério, o artigo 24 impõe que as consequências das anulações dos TAMs – como esse risco sistêmico no mercado - sejam ao menos consideradas e discutidas, o que até agora não foi;²³ e o artigo 20, parágrafo único, determina que se demonstre “a necessidade e a adequação (...) da invalidação de ato, contrato (...) inclusive em face das possíveis alternativas”. Não seria possível lidar com a situação de outra forma, menos gravosa, do que a anulação dos TAMs?

Por fim, cabe breve observação acerca da aplicabilidade da Lei 13.655/18 ao caso dos “aditivos de 2006”, cujas decisões de anulação são anteriores à sua vigência,²⁴ ou seja, sobre a possibilidade de incidência retroativa dessas normas para reformar decisões já proferidas.

O princípio da irretroatividade das normas é excepcionado quando se está diante de norma interpretativa, isto é, aquela norma que não cria direitos, mas que apenas traduz o significado de outras normas (total ou parcialmente). A LINDB evidentemente se encaixa no conceito de normas interpretativas, haja vista que apenas estabelece critérios de interpretação a serem utilizados quando da aplicação de outras normas.²⁵

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e também do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é claro no sentido de que normas meramente interpretativas podem retroagir. Em julgamento do Resp 206385, o STJ já se manifestou no sentido de que “Trata-se, a toda evidência, de lei interpretativa, (...) cujos efeitos retroagem à data da publicação da lei interpretada”.²⁶ No mesmo sentido, o STF já dispôs que

bilhões em 2016. Este quadro muda em 2017 com um volume de emissões em 2017 de R\$ 9,1 bilhão, mais do que o dobro do valor registrado em 2016.” Infraestrutura: desafios, oportunidades e perspectivas para 2025. Maio 2018, disponível em http://tas.granthornton.com.br/pdf/GrantThornton_Infraestrutura.pdf

²³ Vale notar que esse realismo judicial não depende da aplicação do art. 24, nem da Lei 13.655/18. Bastaria invocar o art. 5º da LINDB que dispõe que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

²⁴ Embora não todas, já que alguns casos ainda aguardam provimento judicial.

²⁵ Nesse sentido, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal sobre o Projeto de Lei do Senado 349/2015 é claro ao dizer que: “Ocorre que, embora o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, tenha sido editado sob o nomen juris de “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC), sempre foi considerada uma norma “de sobredireito”, uma norma que rege a interpretação e aplicação de outras normas, sejam estas privadas ou públicas”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681>>.

Ainda, destaca-se que o próprio TCU reconheceu o caráter interpretativo dessas normas, conforme trecho transcrito acima (vide nota de rodapé 13).

²⁶ ADMINISTRATIVO. IMÓVEL FUNCIONAL. DIREITO DE AQUISIÇÃO. LEI Nº 8.068/90. LEGÍTIMO OCUPANTE. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO. LEI INTERPRETATIVA. EFEITOS RETROATIVOS. LEI Nº 8.025/90 – A da Lei nº 8.068 de 13 de julho de 1990 considerou legítimo ocupante, para fins de aquisição dos imóveis funcionais de propriedade da

*“as leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, deve, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade”.*²⁷

Dessa forma, por se tratar de lei evidentemente interpretativa, as modificações à LINDB realizadas por meio da Lei 13.655/2018 deverão retroagir para se aplicarem ao caso dos “aditivos de 2006”.

Conclusão

O caso dos “aditivos de 2006” retrata circunstância de anulação de ato administrativo bilateral para revisão ulterior do cálculo de desequilíbrio contratual no âmbito de doze concessões rodoviárias do Estado de São Paulo. Cerca de dez anos após a celebração dos termos aditivos, a ARTESP avaliou que a metodologia adotada à época – que utilizou as projeções de demanda das concessionárias para mensurar os desequilíbrios – não foi a mais adequada e gerou dano ao erário avaliado em aproximadamente R\$ 2 bilhões. Nas ações anulatórias, a ARTESP defende que o cálculo dos desequilíbrios deveria ter considerado a demanda real das concessionárias, mais fidedigna ao impacto efetivamente verificado nas concessões.

Embora a ARTESP tenha obtido êxito na maioria das decisões judiciais até o momento, este artigo defende que a aplicação da Lei 13.655/2018, especialmente os artigos 20, 21 e 24, ao caso dos “aditivos de 2006” – o que é juridicamente legítimo dada a possibilidade de retroatividade de normas interpretativas, como é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – deveria reverter esse quadro para privilegiar a legitimidade do reequilíbrio pactuado à época, que contou com amplo consenso de todas as partes envolvidas e, acima de tudo, prestigiar a segurança jurídica.

União na forma assegurada pela Lei nº 8.025/90, o servidor público federal que no momento da aposentadoria ocupava regularmente sua unidade residencial. – Trata-se, a toda evidência, de lei interpretativa, por via da qual a expressão “legítimo ocupante” passou a ter exegese mais ampla, considerados os servidores públicos federais aposentados, cujos efeitos retroagem à data da publicação da lei interpretada. – O servidor que ocupava legitimamente a unidade residencial na data de sua aposentadoria e nele permaneceu até 15 de março de 1990, atende a todos os requisitos exigidos à aquisição do imóvel. – Recurso especial conhecido.

RECURSO ESPECIAL REsp 206385 DF 1999/0019826-3 (STJ)STJ – 18 de Maio de 1999

²⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO – LEIS INTERPRETATIVAS – A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE – CARÁTER RELATIVO – LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA – REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – AUSÊNCIA DE “PERICULUM IN MORA” – INDEFERIMENTO DA CAUTELAR.

ADI 605-MC/DF, REL. MIN. CELSO DE MELLO.