

III OLIMPIÁDA NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

**CASO PRÁTICO: FASE REMOTA**  
**PARECER JURÍDICO**

## Sumário

<b>A. Consulta e quesitos .....</b>	<b>3</b>
<b>B. Fundamentação .....</b>	<b>4</b>
B.1. Reequilíbrio econômico-financeiro de concessão aeroportuária federal .....	4
B.2. Pedido de indenização em face do Estado de São Paulo por responsabilidade extracontratual .....	8
B.3. Modalidades de extinção da concessão.....	10
B.4. Aplicabilidade da relicitação ao caso concreto .....	12
B.5. Da desapropriação de áreas lindeiras ao Aeroporto de Viracopos pelo Estado de São Paulo .....	14
B.6. Impugnação administrativa do edital de licitação da PPP .....	19
B.7. Conteúdo de eventual impugnação .....	20
<b>C. Respostas aos quesitos .....</b>	<b>24</b>
1) Viabilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro após eventual celebração do contrato da PPP cujo edital foi anunciado pela STM-SP de seu contrato de concessão celebrado com a União Federal, sujeito à apreciação de tribunal arbitral;.....	24
2) Possibilidade de pedir indenização em face do Estado de São Paulo por ter realizado investimentos de infraestrutura apenas em VCP.;.....	24
3) Na hipótese de ser remoto o êxito de pleito de reequilíbrio, viabilidade jurídica de devolução da concessão antes do prazo previsto, inclusive no tocante à indenização pelos investimentos ainda não amortizados;.....	25
4) Legalidade da desapropriação de áreas lindeiras pelo Estado de São Paulo e a PPP para um centro de convenções e rede hoteleira, atrelada à obra de mobilidade metropolitana; .....	25
5) Possibilidade de impugnar administrativamente o edital da PPP, indicando sob quais fundamentos a impugnação seria viável ou não; .....	25

## PARECER JURÍDICO

**Requerente:** Cumbica S.A.

**Ementa:** Contrato de Concessão de serviço aeroportuário. Reequilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Devolução da Concessão. Relicitação. Parceria Público-Privada de serviço ferroviário. Desapropriação de terrenos lindeiros. Legalidade. Impugnação administrativa do edital da Parceria. Possibilidade. Motivação. Consensualização e consequencialismo.

### A. Consulta e quesitos

Trata-se de consulta formulada por “Cumbica S.A”, concessionária responsável pela operação do Aeroporto de Guarulhos (“GRU”), acerca das consequências jurídicas da abertura de edital de Parceria Público-Privada pela Secretaria de Transportes Metropolitanos do Governo do Estado de São Paulo (“STM-SP”), que visa à concessão, precedida de obra pública, de trecho ferroviário adicional ao Trem Intercidades, com previsão de receitas acessórias associadas à desapropriação de imóveis lindeiros ao Aeroporto de Viracopos (“VCP”) para construção de centro de convenções e leitos hoteleiros. Segundo estudos técnicos da concessionária de GRU, a concretização da Parceria Público-Privada objeto do edital da STM-SP resultaria em uma diminuição de cerca de 35% no número de passageiros no aeroporto.

Diante desses fatos, a consulente apresentou os seguintes quesitos: (i) viabilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro após eventual celebração do contrato da PPP cujo edital foi anunciado pela STM-SP de seu contrato de concessão celebrado com a União Federal, sujeito à apreciação de tribunal arbitral; (ii) possibilidade de pedir indenização em face do Estado de São Paulo por ter realizado investimentos de infraestrutura apenas em VCP; (iii) na hipótese de ser remoto o êxito de pleito de reequilíbrio, viabilidade jurídica de devolução da concessão antes do prazo previsto, inclusive no tocante à indenização pelos investimentos ainda não amortizados; (iv) legalidade da desapropriação de áreas lindeiras pelo Estado de São Paulo e a PPP para um centro de convenções e rede hoteleira, atrelada à obra de mobilidade metropolitana; e (v) possibilidade de impugnar administrativamente o edital da PPP, indicando sob quais fundamentos a impugnação seria viável ou não.

## **B. Fundamentação**

### **B.1. Reequilíbrio econômico-financeiro de concessão aeroportuária federal**

Em seus quesitos, a consultante, Cumbica S.A., indaga se seria possível o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro em face da União Federal após a abertura do edital de parceria público-privada pelo Estado de São Paulo, representado pela Secretaria de Transportes Metropolitanos. Para responder tal questão, faz-se necessário retomar os conceitos estruturantes dos contratos administrativos; lembrar o conceito de concessão; visitar a teoria das áleas e definir a responsabilidade pelo risco de demanda.

Os contratos administrativos são notavelmente distintos daqueles de direito privado por, entre outras razões, possuírem – em contraste com atos negociais da Administração, tais quais a autorização, admissão e permissão, que outorgam direitos aos particulares – poderes exorbitantes, como disposições contratuais que privilegiam a Administração em relação ao particular justamente por sua natureza específica estatal. Esses poderes ou prerrogativas contratuais, tais como os poderes de fiscalização e aplicação de sanções, bem como os de alteração e rescisão unilateral, ainda, não dependem de previsão explícita e expressa no texto contratual, visto que sua razão de ser pode vir a decorrer do próprio ordenamento jurídico, como depreende-se da leitura do art. 104 da Lei nº 14.133/21. Estas prerrogativas relacionam-se por conta do princípio do interesse público, dada a particularidade de ser a Administração parte contratual.

Dos interesses públicos primários e do princípio de continuidade do serviço público deriva a verticalidade da Administração sobre os contratados e configura-se a mutabilidade do contrato administrativo, que faculta à Administração, unilateralmente, alterar cláusulas do contrato ou até mesmo rescindi-lo. A existência da verticalidade entre as partes, no entanto, não implica um comportamento desregrado da Administração frente às contas empresariais do contratado, sendo não apenas requisito de alteração unilateral do contrato a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pactuado entre as partes inicialmente, mas verdadeiro direito do contratado face ao poder-dever da busca entre a equivalência material das prestações por parte da Administração.

Os incisos II, III e IV do art. 2º da Lei nº 8.987/95 afirmam, dentre outras disposições, que as concessionárias operam por sua própria conta e risco. Tal noção não é isenta de críticas, motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro posteriormente evoluiu para a adoção da matriz de risco contratual, cristalizada por disposições indiretas da Lei de Parcerias Público-Privadas, em que se exigem a definição dos eventuais riscos sobre o contrato e a alocação de

responsabilidades. Uma crítica bem repercutida, a título exemplificativo, afirmava que essa noção de atribuição total de riscos à concessionária pela hermenêutica da expressão “por sua conta e risco” aumentava ilimitadamente os riscos a ela imposta, fazendo com que sua operação fosse mais custosa de modo a entrar em conflito com o princípio de modicidade dos serviços públicos. Antes do advento da matriz de risco, no entanto, utilizava-se predominantemente a teoria das áleas para aferição de responsabilidade. Segundo Maria Sylvia Di Pietro<sup>1</sup>, existem, além da força maior, três tipos de riscos (ou áleas) existentes nos contratos administrativos em que o particular é parte: a álea empresarial, que decorre, como aduz a nomenclatura, da própria atividade empresarial e da flutuação do mercado; a álea econômica, que, por sua vez, engloba circunstâncias alheias à vontade das partes de característica excepcional, dando espaço à aplicação da teoria da imprevisão; e a álea administrativa, subdividida em três subespécies as quais compreendem (i) a alteração unilateral do contrato administrativo em razão de interesse público; (ii) os casos de fato do príncipe; e, por último, (iii) os casos de fato da Administração.

Estas duas últimas modalidades da álea administrativa assemelham-se pela atuação da Administração Pública, mas divergem entre si no que tangem à incidência específica sobre o contrato. O fato da Administração é comportamento do Estado como parte da concessão (ou seja, a Administração é encarada aqui como parte contratual) enquanto o fato do príncipe é comportamento do Estado fora de sua posição contratual. Em comum, ambos os comportamentos afetam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como leciona José Cretella Júnior<sup>2</sup>, a teoria do fato do príncipe nasceu dentro do Conselho de Estado francês entre o segundo e o terceiro decênio do século passado e sofreu alterações em sua compreensão de modo a separar o entendimento jurisprudencial acerca dos casos que se enquadram como fato do príncipe e em fato da Administração. O entendimento que se consolidou à época e que sofreu manutenção até os dias atuais é de que o fato do príncipe decorre da aplicação da teoria da reparação equitativa do dano causado, de modo a balizar o *pacta sunt servanda* ao *rebus sic stantibus*.

No entanto, o Estado francês não é federativo tal qual o Brasil, de modo a não ser possível a invocação de fato do príncipe por ato realizado por entidade da Administração alheia àquela signatária do contrato. É por força desta característica que adotamos como certa a conceitualização de Gustavo Gil Gasiola, que define fato do príncipe como "o exercício lícito

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 603-610.

<sup>2</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. Teoria do "fato do príncipe". *Revista de Direito Administrativo*. [S. l.], v. 75, p. 23-30, 1964. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25735>. Acesso em: 11 jul. 2023.

de poderes extracontratuais, pela **entidade contratante**, modificando-o ou resolvendo-o, e cuja incidência cria um dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular" (g.n.).<sup>3</sup>

Considerando-se que o contrato de concessão aeroportuária não apresenta matriz de risco em sentido contrário, aplica-se, diante da impossibilidade de aplicação do fato do príncipe, a teoria da imprevisão, cujos riscos estão alocados na álea econômica, visto que nenhuma das partes operou para causar a alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isto, pois, o contrato de concessão fora pactuado entre a União e Cumbica S.A., não podendo o Estado de São Paulo ser admitido como Administração Pública para efeitos de fato do príncipe, pois tal instituto apenas poderia ser invocado contra a entidade que pactuou o contrato. Destarte, descaracterizada a possibilidade de aplicação da teoria do fato do príncipe no caso em tela.

A teoria da imprevisão, no entanto, também não nos parece aplicável no caso em questão para sustentar pedido de revisão pela Cumbica S.A. A ampliação do sistema de transporte público ferroviário não nos aparenta passível de ser caracterizada como imprevisível e inevitável, como é definida tradicionalmente a álea extraordinária. Pelo contrário: como uma empresa situada dentro da esfera da prestação de serviços públicos, é intuitivamente parte da atividade empresarial a elaboração correta das previsões de demanda atrelado à noção de coexistência com outros serviços públicos. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>

**"Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojá-lo em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público." (grifo nosso)**

Na mesma linha se posiciona Marcos Augusto Perez que, apesar de ser crítico à teoria tradicional de separação das áleas econômicas exposta neste parecer, também afasta o risco de demanda da álea econômica contratual:

**"Há que se frisar que o referido risco de demanda não se confunde com os riscos inerentes à aplicação da teoria da imprevisão. Muito embora ambos tenham natureza econômica, o risco de demanda não é um fator superveniente e imprevisível. O risco de demanda é estimado no projeto que orienta a concessão e nas**

---

<sup>3</sup> GASIOLA, Gustavo Gil. O instituto do fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*, v.1, n.1, p. 71, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73563/77255>. Acesso em 09 jul 23.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 766-767.

projeções particulares realizadas pelo concessionário, no momento em que optou por oferecer uma proposta à administração pública, no curso do processo de licitação para a escolha do futuro contratado. A proporção de variação da demanda pelo serviço público concedido, insista-se, **está longe de ser um acontecimento superveniente imprevisto**, ainda que erros em sua projeção inicial sejam relativamente comuns seja por parte do concessionário seja da parte do concedente. Daí tratar-se o risco de demanda **de hipótese distinta da álea econômica** tradicionalmente enfocada pela doutrina administrativista, circunscrita à teoria da imprevisão.<sup>5</sup> (*grifo nosso*)

Ainda sobre a descaracterização do risco de demanda como integrante da álea econômica, Alexandre Santos Aragão afirma que

a álea econômica ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, pelo menos na visão tradicional de divisão de riscos nos contratos administrativos, ensejar uma proteção especial para o contratado pela Administração. Circunstâncias previsíveis; imprevisíveis, mas de resultados contornáveis; ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. O contratado da Administração continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos da sua atividade.<sup>6</sup>

Para efeitos comparativos, lançaremos mão da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, o qual discorre acerca de adjudicação de contratos de concessão para países dentro do Espaço Econômico Europeu (EEE), o qual, em seu art. 5º, afirma que

A adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos. **Considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado**, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes;<sup>7</sup> (*grifo nosso*)

Com lastro no entendimento dos autores supracitados, não vislumbramos a possibilidade de Cumbica S.A. pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro em face da União Federal em razão de entendermos que questões relacionadas à variação de demanda dos serviços aeroportuários prestados pela referida concessionária integram a álea ordinária contratual, sendo, portanto, de responsabilidade de Cumbica S.A.

---

<sup>5</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 134.

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Souza. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 677-678, 2013.

<sup>7</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/23/UE do Parlamento e do Conselho*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023>. Acesso em 12 jul 23. Segundo definições do próprio documento, "risco de exploração" aqui é entendido como "um risco de exposição às incertezas do mercado que pode ser quer um risco ligado à procura, quer um risco ligado à oferta, ou ambos".

Descaracterizada a presença de fato do príncipe pela questão de não serem idênticas as esferas federativas contratante e responsável pelo evento de desequilíbrio (Estado de São Paulo e União Federal); inexistente fato da Administração, bem como não sendo compatíveis ao caso a incidência de caso fortuito e força maior, inviável a requisição de solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro. Na ausência de matriz de risco ou cláusula em sentido contrário, o risco de demanda pelo aeroporto de Guarulhos é da concessionária.

## **B.2 Pedido de indenização em face do Estado de São Paulo por responsabilidade extracontratual**

Superado o questionamento envolvendo a concessionária do Aeroporto de Guarulhos e União Federal, passar-se-á a expor o entendimento acerca da possibilidade de cabimento de indenização pleiteada pela concessionária federal face ao Estado de São Paulo por ter realizado investimentos apenas no Aeroporto de Viracopos em detrimento do Aeroporto de Guarulhos.

Como aborda Celso Antônio Bandeira de Mello,

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”<sup>8</sup>

Nesse contexto, verifica-se que a relação jurídica entre a Cumbica S.A e o Estado de São Paulo não é contratual, daí sobrar como fundamento para pleitear a indenização a responsabilidade civil extracontratual deste ente público, remetendo ao art. 37, § 6º da Constituição Federal. Como dito, a relação é extracontratual, pois a concessionária federal e o Estado de São Paulo são sujeitos que não se relacionam contratualmente pela concessão federal nem pela parceria público-privada.

Ademais, trata-se de discussão de indenização por ato *lícito* do Estado de São Paulo. Nesse caso, a responsabilização civil, para ser cabível, decorrerá de sacrifício de direito patrimonial para permitir a prevalência de um interesse público ou social relevante, independente da ilicitude do ato.

No presente caso, os planos de infraestrutura da STM-SP, realizados entre o Estado de São Paulo e a empresa Aerocampinera S.A, ao delegar para um particular o exercício de suas funções públicas por meio de Parceria Público-Privada, exerce uma atividade lícita e dotada de previsão legal (Lei 11.079). Não obstante, a Cumbica S.A, responsável por GRU, baseia sua

---

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 1018.



pretensão ressarcitória na projeção de perda de fluxo de passageiros da ordem de 35%, tendo realizado investimentos de infraestrutura apenas em VCP.

Ocorre que, consoante a teoria do risco administrativo, nota-se um risco existente gerado pela atividade pública sobre os administrados, bem como a geração de danos para um ou vários membros da comunidade, impondo-lhes um ônus adicional<sup>9</sup>. Nesse sentido, esses prejuízos deverão ser ressarcidos pelo Estado, independentemente de culpa deste, salvo se verificadas as excludentes de responsabilidade, entendidas como a existência de circunstâncias impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor, nos termos do art. 333, II, CPC. Entre as excludentes, é possível mencionar (i) fortuito e força maior; (ii) fatos de terceiros ou (iii) culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Para o êxito de eventual indenização, é necessário que a empresa demonstre, em juízo, o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do Estado de São Paulo, o qual pretende delegar o serviço público de transporte. Além disso, o dano deve ser injusto, ou seja, deve ensejar a obrigação de indenizar por não abranger excludentes de responsabilidade. No presente caso, a concessionária federal deverá provar a existência do fato danoso que enseja a indenização. Ocorre que o dano por ela previsto ainda é hipotético, haja vista que os vultosos investimentos na concessão federal ainda não foram afetados pela PPP paulista.

A princípio, a simples redução da receita não gera ao poder público o dever de indenizar, pois não parece ter ocorrido, conforme a estimativa do setor técnico, o cerceamento da atividade comercial para aferir o dano injusto no caso concreto. A estimativa do setor técnico deve ser entendida no âmbito dos riscos inerentes à atividade mercantil submetida a livre iniciativa. Yussef Said Cahali<sup>10</sup> traz o ensinamento de que são pressupostos da responsabilidade por obra pública, entre outros, a necessidade de que o dano seja permanente e venha a representar um verdadeiro sacrifício concreto, e não uma mera limitação, de caráter genérico, de um direito. Desse modo, a diminuição da demanda não é prova suficiente para demonstração do dano indenizável para a Cumbica S.A., tratando-se de uma limitação temporária de sua receita pelo serviço prestado.

Ademais, é necessário apontar que a concessionária Cumbica S.A. não pode alegar que o dano decorreria da inação do Estado de São Paulo em evitar que a referida empresa concorresse com outros aeroportos. A busca pela indenização, por parte da Cumbica S.A., caracterizaria tentativa de constituir uma blindagem concorrencial em relação aos riscos

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª ed.ed. Rev. dos. Tribunais, 1981, p. 626.

<sup>10</sup> CAHALI SAID, Yussef. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1982, p. 171.

inerentes à concessão, como a perda de demanda de fluxo de passageiros, violando o inciso IV do art. 170 da Constituição Federal.

Conforme Marcos Perez<sup>11</sup>, os riscos relacionados à teoria da imprevisibilidade se expressam por meio de circunstâncias supervenientes à contratação, consistindo em alterações econômicas conjunturais no curso do contrato, que sejam absolutamente imprevisíveis ou de consequências incalculáveis *a priori*, e que subvertem a equação econômico-financeira da contratação. Ainda segundo o doutrinador, quando há o risco de competição, as margens do prestador podem sofrer grandes quedas, a ponto, até mesmo, de comprometimento da saúde financeira da concessão, em função da concorrência ruínosa ou de eventual guerra de tarifas entre os concorrentes.

Para Alexandre Santos de Aragão<sup>12</sup>, não poderia ser procedente a alegação de que os valores da livre-iniciativa e da livre-concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas lato sensu, apenas titularizadas pelo Estado em benefício do bem-estar da coletividade. Tanto é assim, que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte. Em vista disso, não se observam fundamentos jurídicos para configurar responsabilidade civil extracontratual, de modo a exigir que o Estado de São Paulo indenize a Cumbica S.A. em razão de políticas de transportes que deverão facilitar a competição por outros players no mercado. Embora exista responsabilidade do Estado por ato lícito, não se configura dano injusto ou sacrifício de direito da concessionária federal no caso.

### **B.3. Modalidades de extinção da concessão**

Além de questionar a viabilidade de reequilíbrio econômico-financeiro, Cumbica S.A. indaga se é juridicamente viável a devolução da concessão antes do prazo previsto, inclusive no tocante à indenização pelos investimentos ainda não amortizados.

A Lei nº 8.987/1995 contempla, em seu Capítulo X, seis modalidades de extinção do contrato de Concessão, bem como suas hipóteses de cabimento, quais sejam: (i) o advento do termo contratual, (ii) a encampação, (iii) a anulação, (iv) a rescisão, (v) a falência ou extinção da empresa concessionária e (vi) a caducidade. Com a finalidade de melhor responder ao quesito

---

<sup>11</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista De Direito Administrativo*, 2003 233, p. 15. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v233.2003.45457>. Acesso em 13 jul 23.

da consulente, cumpre-nos explicar brevemente estas seis modalidades, a fim de que restem evidentes os motivos pelos quais, no caso em tela, entendemos que elas não se aplicam.

Inicialmente, o advento do termo contratual representa nada mais que a extinção automática da concessão com o atingimento do tempo previsto no contrato. Nesse passo, pelo fato de a discussão *in casu* envolver a possibilidade de devolução da Concessão antes do prazo previsto, descarta-se esta modalidade.

A encampação, por sua vez, trata da extinção do contrato e da retomada do serviço público pelo poder concedente durante o prazo da concessão em razão de interesse público. Para tanto, são essenciais três condições: (i) comprovação de interesse público, (ii) a aprovação prévia por lei da esfera federativa do ente concedente e (iii) o pagamento prévio de indenização pelo concedente à concessionária. Considerando-se que o interesse na extinção da concessão é da concessionária Cumbica S.A., e não do poder concedente, mostra-se incompatível a encampação, que é prerrogativa de extinção unilateral privativa do Poder Público.

Afasta-se igualmente do caso a anulação, que configura extinção contratual por meio de decisão judicial ou administrativa, motivada por “vícios de legalidade na licitação ou no próprio contrato”<sup>13</sup>. Apesar da projeção de prejuízos à concessionária Cumbica S.A., é de suma importância reiterar que o presente caso se refere a um impacto na concorrência de serviços aeroportuários oriundo de uma política pública lícita e válida. Nesse sentido, apesar de o imbróglio preocupar o setor técnico da concessionária federal responsável pela operação do Aeroporto de Guarulhos, não há que se falar em qualquer vício de legalidade, de modo que não cabe a anulação da concessão.

Analisando-se a rescisão por decisão judicial ou arbitral, tem-se que é motivada pela inadimplência do poder concedente e deve ocorrer por iniciativa da concessionária, mediante ação judicial específica ou ativação da arbitragem. Consoante já explicitado neste parecer, não se pode aduzir inadimplência do poder concedente no caso concreto, já que os potenciais impactos sobre a consulente decorrerão de uma política pública, não da União, mas do Estado de São Paulo. Em observância ao federalismo, não se mostra cabível que seja a União - poder concedente na relação com a Cumbica S.A. - responsabilizada por condutas lícitas e legítimas do estado de São Paulo em suas próprias concessões, como na relação com a Aerocampinera S.A.

Quanto à extinção por falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual, vislumbra-se hipótese autoexplicativa

---

<sup>13</sup> MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo: Atos, Processos, Licitações e Contratos*. Vol. 3, 1ª ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

que não se compatibiliza com o caso em debate, visto que sequer há informação de decretação de falência ou extinção da empresa Cumbica S.A.

Por fim, tampouco se aplica a modalidade da caducidade, como extinção administrativa e unilateral da concessão em decorrência de culpa da concessionária, ou seja, por injustificada inadimplência do contrato por parte do particular contratado. Embora a caducidade pudesse ser considerada, em virtude de seu cabimento na hipótese de a concessionária perder as condições econômicas, financeiras ou técnicas para a manutenção da adequada prestação do serviço concedido, é imprescindível evidenciar que essa modalidade deve ser declarada pelo poder concedente, razão pela qual mostra-se incabível no caso em tela.

Isto posto, embora reste indubitável a incompatibilidade da presente questão com as modalidades de extinção da concessão dispostas no art. 35 da Lei nº 8.987/1995, encontra-se, como alternativa para a solução das preocupações da consulente, o instituto da relicitação, cujas diretrizes gerais são previstas pela Lei nº 13.448/2017.

#### **B.4. Aplicabilidade da relicitação ao caso concreto**

O instituto da relicitação, nos termos do art. 4º, III da lei nº 13.448/2017, compreende a extinção consensual do contrato de concessão e a celebração de um novo ajuste negocial para o empreendimento nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, de modo que sejam pactuadas novas condições contratuais com novos contratados, por meio de licitação promovida para tanto.

Esse instituto objetiva garantir a continuidade da prestação dos serviços, em caso de as disposições contratuais não estarem sendo atendidas ou os contratados demonstrarem incapacidade de cumprir com as obrigações anteriormente assumidas:

(...) objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.<sup>14</sup>

Posto isso, no presente caso, visualiza-se que a continuidade da prestação dos serviços pela Cumbica S.A. pode ser inviabilizada por variações de demanda de passageiros em razão da concorrência com outros aeroportos. Sua infraestrutura é mais limitada que a prevista para a STM-SP, além de ter havido piora nos engarrafamentos nas rodovias que dão acesso aos

---

<sup>14</sup> BRASIL. Planalto. *Exposição de Motivos Interministerial nº 00306/2016*. Brasília: Ministério das Cidades, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf). Acesso em: 10 jul. 2023.

terminais do Aeroporto de Guarulhos, pelo qual é responsável, e de seu setor técnico ter projetado a perda de fluxo de passageiros da ordem de 35% (trinta e cinco por cento).

É perceptível que, embora decorrente de política pública lícita e legítima, o caso em tela pode desequilibrar financeiramente a concessionária Cumbica S.A. Desse modo, sendo incabível, conforme demonstrado neste parecer, o pleito de reequilíbrio por variação de demanda e aumento de concorrência, pode sobrevir à contratada a incapacidade de adimplir as obrigações contratuais e/ou financeiras assumidas originariamente, comprometendo a continuidade da prestação do serviço. A fim de impedir a descontinuidade abrupta do serviço público concedido, entendem estes pareceristas que a relicitação é capaz de viabilizar juridicamente a devolução da concessão antes do prazo previsto ao mesmo tempo em que permite uma transição suave entre prestadores, de maneira a proteger os passageiros do aeroporto e o princípio da continuidade de serviços públicos.

No tocante à indenização, salienta-se que a Lei nº 13.348/2017 se preocupa em abranger esse assunto, a fim de evitar o enriquecimento ilícito pela perda de investimentos feitos pela contratada originária, dos quais não tenha se beneficiado. O art. 25, §6º da Lei nº 13.448/2017 dispõe, *in verbis*, que:

§ 6º Ao final da vigência dos contratos de parceria, todos os bens necessários à execução dos serviços contratados e vinculados à disponibilização de capacidade, nos volumes e nas condições pactuadas entre as partes, serão revertidos à União, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, **cabendo indenização no caso da parcela não amortizada do investimento**, exceto nos casos de projetos associados ou de empreendimentos acessórios aprovados nos termos do art. 34 desta Lei. (*grifo nosso*)

Além disso, o art. 17, §1º, VII prevê que o órgão ou a entidade competente deverá promover o estudo técnico necessário para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, devendo constar desse “*o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados*”.

O art. 14, §2º, V da Lei 13.448/2017 também dispõe que a concessionária deverá apresentar as informações necessárias ao processo de relicitação, especialmente as que autorizem o preciso cálculo relativo às indenizações cabíveis, ressaltando-se que a metodologia para tanto deve ser disciplinada em ato normativo do órgão ou da entidade competente, consoante art. 17, §2º.

No mais, é imprescindível destacar o art. 15, III da mesma lei, que condiciona a relicitação do contrato de parceria à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual deverá constar o compromisso arbitral entre as partes, prevendo submissão ou à arbitragem ou

a outro mecanismo privado de composição de conflitos, das questões concernentes ao cálculo das indenizações pelo órgão ou autoridade competente. O art. 15, §1º, I apresenta a possibilidade de previsão, no termo aditivo, de pagamento das indenizações apuradas pelo novo contratado, em conformidade com o preceituado no edital da relicitação.

Nesse sentido, é observável a possibilidade de indenização por investimentos ainda não amortizados no instituto da relicitação, estando essa medida detalhada no corpo da Lei nº 13.348/2017. Caso a União não disponha desses recursos imediatamente, poderia negociar a assunção dessa indenização pela futura empresa que assumirá o aeroporto na relicitação.

### **B.5. Da desapropriação de áreas lindeiras ao Aeroporto de Viracopos pelo Estado de São Paulo**

A empresa consulente também indaga a respeito da possibilidade de desapropriação dos imóveis lindeiros ao trajeto ferroviário, pelo Estado de São Paulo e a PPP, para um centro de convenções e rede hoteleira, atrelada à obra de mobilidade metropolitana. Quanto à possibilidade de desapropriação dos imóveis lindeiros ao trajeto ferroviário, trata-se de uma discussão que deve levar em conta diversos fatores. A princípio, fica claro que envolve um choque de interesses: se de um lado, há o interesse dos ocupantes dos imóveis; do outro, há o interesse do Estado na desapropriação para a instalação de fontes de receitas extraordinárias que ajudem a sustentar a PPP.

Nessa tensão, pesa o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a função social da propriedade na Constituição e em diversos outros diplomas legislativos. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001) é pioneiro em determinar os instrumentos de política pública urbanas a serem usados pelo poder público local para promover e viabilizar o cumprimento da função social da propriedade urbana e da cidade.

A função social é importante para o caso concreto, pois os imóveis que serão desapropriados se localizam em ZEIS ou AEIS (Zonas/Áreas Especiais de Interesse Social). Essas zonas são instrumentos para caucionar a utilização adequada dos espaços urbanos, permitindo a garantia do direito à moradia e o acesso aos espaços urbanos para a população mais carente. Dentro dessas zonas, as diretrizes de ocupação do espaço urbano são flexibilizadas para possibilitar a ocupação de áreas de imóveis subutilizados ou inutilizados. Historicamente, o contexto de surgimento das ZEIS deriva do “Projeto Teimosinho”, colocado em prática no município de Recife nos anos de 1979 e 1980, que visava regularizar a ocupação Brasília

Teimosa, a mais antiga do município de Recife, marcado pela colisão de interesses econômicos e políticos.<sup>15</sup>

O Projeto Teimosinho decorreu da luta de diversos movimentos sociais, que contaram com o apoio do Instituto de Arquitetos do Brasil, da Ordem dos Advogados do Brasil e dos professores e alunos do programa de Mestrado em Desenvolvimento Urbano da Universidade Federal de Pernambuco em uma atuação conjunta e articulada para garantir a regularização dos ocupantes da área. Foram realizadas diversas intervenções de política urbana, que culminaram em remoções e realocações dos habitantes da área sob a alegação de que aquela se trataria de uma área de risco. Contudo, pela falta de um plano de ação integrado para a orla, novas invasões ocorreram, de forma que até hoje o bairro necessita de intervenções urbanísticas.

O Projeto foi pioneiro no urbanismo brasileiro, marcando a ruptura com o planejamento urbano tecnocrático e autoritário, e passando à idealização do planejamento democrático e participativo. É nesse contexto em que as experiências de zoneamento de Recife e Belo Horizonte<sup>16</sup> passam a influenciar a disseminação da edição de normas específicas, reconhecendo o direito de posse e integrando as áreas de assentamentos informais e precários à malha urbana. As ZEIS desempenham papel fundamental nesse processo, vez que estabelecem espaço de garantia do direito à permanência da população assentada, impedindo que esta seja forçadamente removida do espaço urbano e abrindo caminhos para a integração dessas áreas à cidade. Não raramente, são áreas permeadas pelos mais diversos conflitos de interesse, de forma que a proteção jurídica e legislativa dessa população ocupante é basilar para a garantia de seus direitos fundamentais.

Portanto, as ZEIS atualmente são destinadas à promoção da função social da propriedade, condicionando socialmente espaços ociosos a programas de habitação de interesse social e evitando a retenção especulativa de terras. Dessa forma, é sempre necessária muita delicadeza ao tratar da matéria, vez que coloca em jogo diversos direitos e interesses fundamentais dos mais variados agentes. Ao demarcar a área como ZEIS, o Município se compromete não apenas ao reconhecimento político daquela área, mas também ao reconhecimento do direito de posse e de ocupação dos moradores. Por isso, qualquer ação estatal que venha a interferir nessa propriedade deve ser devidamente motivada e levar em conta

---

<sup>15</sup> MASTRODI, J. SILVEIRA, S. M. L., ROSSI, R. A. A Inefetividade da Desapropriação e das ZEIS na Redução Déficit Habitacional Urbano. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, vol. 14, n. 04., 2022, p. 2479-2506.

<sup>16</sup> Em Belo Horizonte, o Programa Municipal de Regularização de Favelas (PROFAVELA) em 1983 propôs o investimento em favelas, identificando e demarcando essas áreas no zoneamento da cidade como Zonas Especiais de Interesse social, reconhecendo sua existência e estabelecendo compromissos para sua regularização. Sobre tal, ver ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. 2015. Tese (Livres Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 319.

as consequências de uma eventual retirada dos moradores, assim como a atenção à função social da propriedade e do espaço urbano.

Em Campinas, o Plano Diretor Municipal prevê, em seu art. 18, V, “*áreas para habitação de interesse social, por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido*”. Assim, ficam instituídas na cidade as Zonas Especiais de Regularização de Interesse Social (ZEIS-R, conforme perímetros dos Anexos XVIII e XIX do Plano Diretor), referidas como um instrumento de regularização fundiária, e as Zonas Especiais de preservação Cultural (ZEPECs), instituídas visando a fortalecer a preservação, valorização de salvaguarda dos bens e atividades culturais. Os imóveis lindeiros ao Aeroporto de Viracopos, como especificado no próprio Plano Diretor, são imóveis demarcados como ZEIS-R e que se sujeitam à incidência dessas normas por serem áreas destinadas a garantir o direito de moradia, já ocupadas em alguns pontos pela população.

Assim, pelo exposto, vislumbra-se, em primeiro lugar, que não há nenhuma determinação que impeça eventual desapropriação de áreas demarcadas como ZEIS. Contudo, é necessário que exista uma justificativa de interesse social tão premente quanto a garantia do direito à moradia. Da mesma forma, tendo em mente que essas áreas são frequentemente ocupadas pela população mais carente, também é necessário que esses habitantes sejam devidamente notificados da desapropriação, indenizados de maneira a obter moradia digna em outro local ou, se for o caso, alocados em uma outra área onde possam habitar, de forma que se evite uma eventual reocupação ou mesmo reinvasão. Não apenas, mas na dimensão individual, é necessário ter em mente que esses moradores, já muito bem estabelecidos, não podem ser removidos de suas casas somente com a promessa de pagamento: eles precisarão habitar algum outro lugar, e eventualmente pode vir a ser necessária sua realocação a outras moradias, com o fito que não sejam necessárias posteriores medidas interventivas.

Entendida a importância das ZEIS para o planejamento urbano e suas características principais, adentremos a questão da possibilidade de desapropriação. Em primeiro lugar, nenhum imóvel é imune à desapropriação. Tanto o é que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de desapropriação de bens estatais, mesmo que essa seja uma possibilidade a ser averiguada com cautela. Pela situação fática descrita, a desapropriação que se pretende é a desapropriação por zona, prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 3365:

Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao **desenvolvimento da obra a que se destina**, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a



declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda (g.n.).

A desapropriação por zona é figura controversa no ordenamento brasileiro. Ela é considerada uma modalidade da desapropriação por utilidade pública, que se ancora na disposição constitucional do art. 5º, XXIV: *“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*. Como tipo de desapropriação por utilidade pública, esta modalidade deve se enquadrar nos requisitos dispostos pelas “alíneas” do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, que prevê as possíveis motivações. No caso, a construção de um centro de convenções e rede hoteleira seria uma fonte de receitas auxiliares, de forma que convergiriam para caucionar a prestação de serviços do Aeroporto de Viracopos. Assim, ainda que nessas áreas não se instalem infraestruturas exatamente públicas, elas se destinam ao “desenvolvimento da obra” num sentido econômico-financeiro.

Para sustentar essa desapropriação, no sentido dado, é indicado que o contrato de PPP preveja a possibilidade de exploração dessas receitas acessórias pela concessionária. A falta hipotética de previsão contratual explícita sobre a possibilidade dessas receitas acessórias não retiraria totalmente a possibilidade de sua exploração, mas a condicionaria à realização de estudos econômicos complementares, que poderiam afetar o equilíbrio contratual. Além disso, por se tratar de uma área anteriormente marcada como ZEIS e por se exigir que a desapropriação por zona abranja áreas necessárias ao “desenvolvimento da obra”, é fundamental que seja também prevista uma cláusula de que essas receitas serão revertidas, ao menos em parte, para a redução das tarifas cobradas pela empresa parceira, em função do princípio da modicidade tarifária, como forma de explicitar a garantia ao direito à mobilidade.

Por conseguinte, deve haver expressa previsão de como se dará a repartição dessas receitas ancilares, inclusive como forma de garantir a transparência e continuidade da prestação do serviço público. O contrato deve detalhar o fluxo financeiro dessas receitas e a sua repartição. Sendo inevitável a exploração de receitas acessórias, mas não sendo possível prever os valores a serem gerados, a sua implementação deverá estar condicionada à futura apresentação pela concessionária de um plano de exploração dessas fontes de receita. O plano deve estimar as receitas e justificar a repartição entre concessionário e poder concedente do resultado dessa atividade, assim como prever a parcela que será integralmente dedicada para a garantia do direito à mobilidade. Apesar de não ser previsto em lei, eventualmente, podem ser necessários estudos periódicos que comprovem que as receitas estão sendo revertidas para assegurar a

modicidade das tarifas e a busca pela universalização do serviço público, comprovando, assim, o cumprimento do interesse público motivador da desapropriação.

Ocorre que, no caso em tela, o problema principal consiste em pesar os direitos em conflito: de um lado, o direito à moradia; do outro, o direito à mobilidade urbana. É inegável que a construção da rede hoteleira deve garantir a modicidade das tarifas ferroviárias, afiançando, portanto, a acessibilidade dos meios de transporte. Nesse sentido, qualquer decisão de desapropriar os imóveis lindeiros deve, invariavelmente, pensar nos diferentes agentes que estão envolvidos nessa relação. Quanto a isto, cabe destacar, ainda que a Medida Provisória nº 700, de 8 de dezembro de 2015, que vigorou até 17 de maio de 2016, acrescentou ao Decreto-Lei n. 3.365/1941 o art. 4-A, cuja vigência já está encerrada, que inclusive previu expressamente esta possibilidade:

Art. 4º-A. Quando o imóvel a ser desapropriado estiver ocupado coletivamente por assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social, nos termos do inciso VII do caput do art. 47 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, o ente expropriante deverá prever, no planejamento da ação de desapropriação, medidas compensatórias.

§ 1º Para fins do disposto no caput, não serão caracterizados como assentamentos sujeitos a regularização fundiária de interesse social aqueles localizados em Zona Especial de Interesse Social de área vazia destinada à produção habitacional, nos termos do Plano Diretor ou de lei municipal específica.

§ 2º As medidas compensatórias a que se refere o caput incluem a realocação de famílias em outra unidade habitacional, a indenização de benfeitorias ou a compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento da família em outro local, exigindo-se, para este fim, o prévio cadastramento dos ocupantes.

§ 3º Poderá ser equiparada à família ou à pessoa de baixa renda aquela não proprietária que, por sua situação fática específica, apresente condição de vulnerabilidade, conforme definido pelo expropriante.

Apesar de esses dispositivos terem perdido vigência, eles confirmam que as áreas demarcadas como ZEIS não estão imunes à desapropriação, mas, como exposto, requerem cautelas por força do direito social à moradia. A decisão que determina sua desapropriação para fins que não a garantia do direito à moradia deve ser adequadamente motivada e reduzir, por força do princípio da razoabilidade, resultados prejudiciais à população ocupante.

Desta forma, por força do princípio da razoabilidade e da necessidade de se ponderar os efeitos de toda e qualquer decisão administrativa com base em seus efeitos concretos (art. 20 da LINDB), é imprescindível cautela quaisquer que sejam as ações tomadas. A desapropriação dos imóveis lindeiros é legal. Contudo, o Estado de São Paulo não pode deixar os ocupantes dessas áreas demarcadas como ZEIS sem indenização justa, prévia e em dinheiro, que lhes permita exercer o direito social à moradia digna. Agir de modo contrário equivalerá ensejar que

uma parcela expressiva dos residentes eventual venha a se encontrar em situação de rua ou, mesmo, criar um fluxo de pessoas que precisem ser realocadas a outras áreas da cidade e acabem em situações de moradia extremamente precárias, o que seria prejudicial não apenas na dimensão individual dessas pessoas, mas também prejudicial à concretização de direitos sociais e à efetividade da política urbanística.

## **B.6. Impugnação administrativa do edital de licitação da PPP**

Por fim, a consulente indaga se haveria alguma via de impugnação administrativa do edital de licitação da PPP e, em caso positivo, sob quais fundamentos. Para responder a essas dúvidas, é preciso verificar os pressupostos para uso da impugnação e o conteúdo de eventual impugnação do edital da PPP paulista no caso narrado.

Ao dispor sobre normas gerais, a Lei nº 14.133/2021, alinhada ao que já dispunha a Lei n. 8.666/1993, consagrou a legitimidade universal para a impugnação de editais de licitação em virtude de irregularidades na aplicação da referida lei e para solicitação de esclarecimentos sobre os termos neles contidos. Por força do art. 186 da Lei nº 14.133/2021, certo é que essas regras gerais sobre impugnação se aplicam subsidiariamente a licitações para os contratos da Lei nº 11.079/2004, a qual é omissa em relação ao tema.

Em havendo omissão na normativa especial, aplicam-se as disposições contidas na Lei nº 14.133/2021, especialmente as que se inserem no artigo 164, que dispõe, *in verbis*: “**Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame**”. Como dito, na inexistência de norma na Lei das PPPs sobre o instituto, o comando contido no art. 186 da Lei nº 14.133/2021 determina a respectiva integração por meio de aplicação subsidiária de suas normas. Daí se conclui que qualquer pessoa possui legitimidade para impugnar o edital em questão.

Ainda que se ignorasse a subsidiariedade da Lei de Licitações, por uma leitura sistemática do Processo Administrativo, a possibilidade de impugnação administrativa de editais licitatórios decorreria do Direito Constitucional de Petição (CF, art. 5º, XXXIV, alínea “a”), garantia esta que não se condiciona às especificidades do sujeito, e que surge diante da lesão a direito, cometimento de ilegalidade ou abuso de direito por parte da Administração Pública, independentemente do pagamento de taxa pelo seu titular, como também preconiza o art. 23 da Lei Estadual nº 10.177/1998 nos seguintes dizeres: “*É assegurado a qualquer pessoa,*

*física ou jurídica, independentemente de pagamento, o direito de petição contra ilegalidade ou abuso de poder e para a defesa de direitos”.*

Assim, em resposta à indagação da consultante, resta evidenciada a possibilidade de impugnação administrativa do Edital de licitação da PPP em comento, por qualquer pessoa, nos termos do art. 186 e 164 da Lei 14.133/2021 e do art. 5º, XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal.

### **B.7. Conteúdo de eventual impugnação**

Não basta a legitimidade para o uso do instituto da impugnação de edital. É preciso verificar que irregularidades poderiam ser apontadas no caso concreto. Por isso, cumpre tecer observações preliminares acerca das diretrizes e princípios que regem a contratação das PPPs, a fim de que os argumentos de eventual impugnação resem por bem evidenciados.

Conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 11.079/2004, a contratação das Parcerias Público-Privadas em âmbito nacional observará as seguintes diretrizes: (i) eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; (ii) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; (iii) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; e (iv) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; (v) transparência dos procedimentos e das decisões; (vi) repartição objetiva de riscos entre as partes; (vii) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Já no âmbito do Estado de São Paulo, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 11.688/2004 abarcou as seguintes diretrizes, em complementação ao rol anterior: (i) [...] estímulo à competitividade na prestação de serviços e à sustentabilidade econômica de cada empreendimento; (ii) universalização do acesso a bens e serviços essenciais; (iii) responsabilidade social; (iv) responsabilidade ambiental.

As diretrizes coordenam não só o objeto do contrato e a respectiva execução, como também todas as disposições que se inserem no edital, observados os objetivos e princípios contidos na Lei nº 14.133/2021 que igualmente regem o processo licitatório, tais como o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável (art. 11, IV), a legalidade e o interesse público (art. 5º). Por conseguinte, o edital licitatório que antecede necessariamente a contratação da Parceria deve obedecer a requisitos materiais e formais, estes, por sua vez, elencados, a título de exemplo, no art. 10 da Lei 11.079/2004.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:  
[...]

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e  
VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Ademais, os contratos de Parcerias Público-Privadas no Brasil têm seguido o modelo de *Build-Operate-Transfer* (BOT), segundo o qual o Parceiro Privado desenha, financia e constrói uma nova infraestrutura sob as regras de um contrato de concessão, operando durante um período predeterminado de tempo. Após o termo final do contrato, o bem é transferido para o setor público, sendo certo que, nessa modelagem contratual, o Poder Público tem sido o responsável pela desapropriação de terras, pela concessão de licenças, pelo *design* do projeto e pelas medidas regulatórias<sup>17</sup>.

Pois bem. À míngua de informações da consulente acerca do preenchimento dos requisitos formais contidos no referido art. 10 pela STM-SP, a viabilidade dos fundamentos de eventuais impugnações deve ser examinada de acordo com os interesses dos sujeitos envolvidos no caso narrado: (i) Cumbica S.A; (ii) moradores dos imóveis lindeiros, diretamente afetados pela medida de desapropriação para construção de um centro de convenções e instalação de uma rede hoteleira, atuando individualmente ou por meio de entidades representativas e movimentos sociais; e (iii) o Município de Campinas e os demais pelos quais passará a ferrovia.

Conforme visto neste parecer, uma vez entendido que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por redução de demanda ou aumento de competição restou inviabilizado, bem como que a única figura cabível para a devolução da concessão pela empresa Cumbica S.A é o instituto da relicitação, e, portanto, uma forma de extinção consensual da concessão, tem-se por certo que as alegações decorrentes de suposto fato do príncipe não poderão vigorar em favor dela em sede de eventual impugnação da licitação da PPP estadual. Admitir sua razão incitaria, além da interferência de competências e violação da autonomia federativa, a prevalência do interesse econômico da concessionária sobre a prestação do serviço público adequado, o que é incompatível com os princípios da Administração Pública.

---

<sup>17</sup> NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 45, p. 111-141, jan./mar., 2014.

Nesse sentido, conforme antes defendido, a transferência da execução do serviço público ferroviário pela STM-SP a particulares não viola o interesse público, a impessoalidade, tampouco o ambiente concorrencial, que permanece hígido no processo licitatório. Ademais, inexistem informações quanto à violação de questões orçamentárias e fiscais, contidas nos demais incisos do art. 10 da Lei 11.079/2004, de modo que não se vislumbram outros argumentos de ordem material que possam ser acolhidos em favor da concessionária.

De igual forma, entendido que (i) a desapropriação dos imóveis lindeiros pelo Estado de São Paulo é abarcada pela legalidade e (ii) a instituição de ZEIS não inibe a medida desapropriatória, a princípio, inexistem ilegalidades de ordem material que possam ser suscitadas, em impugnações, pelos moradores, pelas organizações do terceiro setor e movimentos sociais interessados no feito, ou pelo Município de Campinas em seu bem favor.

Todavia, à míngua de informações da consulente, cumpre-nos observar que eventuais medidas de ordem procedimental como (i) a ausência de a expedição de licença ambiental prévia pelo Município (art. 10, VII, Lei 11.079/2004); (ii) a ausência de estudos sobre alternativas para evitar, por exemplo, o impacto na ZEIS; e (iii) a aparente inobservância de consulta pública prévia à abertura do edital de PPP (art. 10, VI, Lei 11.079/2004), poderão ser suscitadas por qualquer pessoa em sede de impugnação, se configuradas no caso concreto, em razão do princípio da legalidade que guia o edital (art. 5º, Lei 14.133/2021).

Além disso, mesmo que não haja irregularidades materiais ou formais evidentes no edital, a impugnação deve ser aceita para viabilizar uma melhor contratação. Como se sabe, a modelagem contratual é feita pela Administração Pública e ocorre previamente à abertura do edital, ainda na fase preparatória. Apesar de os projetos executivos poderem ser transferidos ao contratado, do edital licitatório sempre constará a minuta contratual, cabendo ao parceiro privado tão somente a adesão de seus termos. Por isso, por agir de maneira unilateral, muitas vezes, a Administração não conta com os subsídios necessários para realizar um contrato ótimo. Assim, entendemos que a natureza de adesão típica dos contratos administrativos não impede que qualquer interessado venha a opor manifestação à minuta contida no edital e aos seus projetos em termos de impugnação, a fim de que sua condição seja melhorada como um todo. A impugnação não pode ficar limitada ao questionamento de ilegalidades. Ela também deve ser aceita para fomentar o consequencialismo e a consensualização na Administração Pública.

A intensificação do movimento de consensualização na Administração, notadamente a partir de 1990 busca conferir não só maior grau de legitimidade e segurança jurídica às decisões administrativas, como também evitar distorções e abusos de poder decorrentes das prerrogativas da Administração em relação aos indivíduos e contornar os males da atuação isolada do Estado.

Seguindo essa lógica, no caso concreto, a impugnação poderia ser utilizada para questionar a desapropriação de imóveis. Como se demonstrou, ainda que a indenização prévia, justa e em dinheiro seja direito garantido ao proprietário desapropriado, fato é que a zona almejada para o desenvolvimento da PPP estadual já se encontra tutelada pelo direito urbanístico do Município e inserida em programas de regularização de interesse social.

Por tais razões, eventual imposição de medida coercitiva pelo Estado de São Paulo, sem amplo diálogo, tenderá a ampliar o espaço para a formação de novos litígios, como (i) despejos de moradores mediante força policial, (ii) reincidência das ocupações irregulares pelos moradores que se sentirem injustiçados, (iii) morosidade e empecilhos à execução contratual da futura concessionária; (iv) a longo prazo, ineficiência do serviço público prestado; entre outros exemplos tão comuns à prática desapropriatória.

Por conseguinte, faz-se necessário o alinhamento do edital ao consequencialismo, por sua vez consagrado no art. 20 da LINDB, que dispõe, *in verbis*: “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*” (g.n.).

Se uma norma, ainda que de efeito concreto, propiciar diferentes conclusões para um mesmo caso, será indispensável que a Administração analise os potenciais efeitos pertinentes a cada qual, a fim de se alcançar a medida mais razoável. A razoabilidade deve aqui ser compreendida como o preenchimento simultâneo dos requisitos de adequação (aptidão da medida para atingir a finalidade pública a que se direciona), necessidade (escolha da medida que limitar em menor intensidade os direitos fundamentais) e proporcionalidade em sentido estrito (compensação dos malefícios da medida pelos benefícios)<sup>18</sup>.

No caso em tela, a análise das consequências concretas da medida permite concluir que: notadamente à luz do princípio da proporcionalidade, bem como do interesse público, que demandam a prevalência da execução do serviço público ferroviário sobre o direito à moradia no local do conflito, a melhor forma de garantia da legitimidade do ato administrativo desapropriatório e, conseqüentemente, da redução do teor litigioso da licitação, da transferência do serviço público pela STM-SP, e da futura execução pela concessionária vencedora, é através da construção de algum grau de consenso entre os atores envolvidos, ainda que pequeno.

Portanto, em que pese não se vislumbrar irregularidades de ordem material ou formal, a opinião destes pareceristas é a de que podem tanto a empresa consulente, quanto os moradores ou entes públicos, como o Município de Campinas, impugnar o edital para: (i) fomentar a

---

<sup>18</sup> MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo: Fundamentos, Fontes, Princípios, Organização e Agentes*, vol. 1, 3ª ed., Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

consensualidade, com base no art. 10, inciso VI da Lei 11.079/2004 e no art. 29 da LINDB, e (ii) garantir o respeito ao exame de consequências concretas da tomada de decisão do governo estadual, com base no art. 20 da LINDB, buscando, no ponto, algum grau de melhoria às condições de execução do projeto de transporte em favor dos vários sujeitos afetados pela medida.

### **C. Respostas aos quesitos**

#### ***1. Viabilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro após eventual celebração do contrato da PPP cujo edital foi anunciado pela STM-SP de seu contrato de concessão celebrado com a União Federal, sujeito à apreciação de tribunal arbitral;***

Não se verifica a possibilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro tendo em vista que a Cumbica S.A., na falta de cláusula ou matriz de risco nesse sentido, não detém direito à garantia de demanda de passageiros, nem direito a proteção por diminuição da demanda resultante de políticas públicas legítimas de ente federativo diferente do concedente e que, na prática, aumenta a concorrência no setor. O risco de demanda é integrante da álea ordinária cuja responsabilidade recai exclusivamente sobre a concessionária.

#### ***2. Possibilidade de pedir indenização em face do Estado de São Paulo por ter realizado investimentos de infraestrutura apenas em VCP;***

A indenização buscada pela empresa Cumbica S.A. por parte do Estado de São Paulo provém da suposta responsabilidade extracontratual por ato ilícito do ente público (CF, art. 37, § 6º) tendo em vista que desenvolve política pública. No entanto, o amparo normativo e doutrinário não assegura que a concessionária terá êxito no pedido de indenização, pois a ocorrência de dano injusto não pode ser aferida apenas com a mera estimativa de diminuição de demanda, ainda que venha a se concretizar. Ademais, no contrato de concessão aeroportuária em análise, a empresa consulente assumiu os riscos do negócio, dentre eles, os possíveis prejuízos financeiros decorrentes e o risco de competição.

#### ***3. Na hipótese de ser remoto o êxito de pleito de reequilíbrio, viabilidade jurídica de devolução da concessão antes do prazo previsto, inclusive no tocante à indenização pelos investimentos ainda não amortizados;***

Diante da impossibilidade de enquadramento da devolução às hipóteses de extinção da concessão previstas na Lei 8.987/1995, conclui-se pela viabilidade jurídica de devolução da concessão antes do prazo previsto tão somente por meio do instituto da relicitação. Nesse caso,



caberá indenização pelos investimentos realizados pela concessionária, mas ainda não amortizados, nos termos da Lei nº 13.448/2017.

***4. Legalidade da desapropriação de áreas lindeiras pelo Estado de São Paulo e a PPP para um centro de convenções e rede hoteleira, atrelada à obra de mobilidade metropolitana;***

Eventual desapropriação por zona das áreas lindeiras ao aeroporto pode ser legal, a depender da motivação e dos mecanismos que utilizar. É possível a desapropriação de áreas demarcadas como ZEIS, mas, como exposto, a decisão que determina sua desapropriação para instalação de projetos associados deve ser compatibilizada com o direito à moradia e devidamente motivada, sempre com vistas a produzir resultado que não seja irrazoavelmente prejudicial à população ocupante. Dessa forma, é necessário observar não apenas a função pública do espaço urbano, mas também ponderar os direitos fundamentais à moradia e à mobilidade urbana previstos no art. 6º da Constituição Federal.

***5. Possibilidade de impugnar administrativamente o edital da PPP, indicando sob quais fundamentos a impugnação seria viável ou não;***

Nos termos do art. 186 e 164 da Lei 14.133/2021 e do art. 5º, XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal, a Cumbica S.A, bem como qualquer pessoa física ou jurídica, possui legitimidade para impugnar administrativamente o edital da PPP em comento. Todavia, porquanto não vislumbradas irregularidades de ordem material ou formal, e à míngua de demais informações, a opinião que se firma é a de que eventuais interessados poderão suscitar, em sede de impugnação, (i) a necessidade de maior consensualização, em linha com o art. 10, inciso VI, da Lei 11.079/2004 e com o art. 29 da LINDB e (ii) a necessidade de melhoria da estruturação do projeto, principalmente em razão do art. 20 da LINDB.