



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE

Processo nº 1300.01.0002382/2021-22

PROCEDÊNCIA: COMISSÃO DE REGULAÇÃO DE TRANSPORTES

DATA: 14 DE JUNHO DE 2021

NÚMERO: 107

EMENTA: PROPOSTA DE ATO NORMATIVO – RESOLUÇÃO – PROCEDIMENTOS PARA INCLUSÃO DE NOVOS INVESTIMENTOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO OU PPP’S– REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – REGULAMENTAÇÃO.

NOTA JURÍDICA

I – Relatório

Trata-se de consulta submetida à apreciação desta Assessoria Jurídica para análise e emissão de parecer acerca da minuta de Resolução da lavra do Sr. Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, que versa sobre procedimentos a serem observados pela Administração, para *inclusão de novos investimentos em contratos de concessão e parcerias público-privadas de rodovias*.

O ato normativo proposto impõe normas e critérios técnicos para a aferição da necessidade dos novos investimentos, seus projetos, valores, e formas de reequilibrar os contratos a que se referem.

O expediente encontra-se instruído com **Nota Técnica nº 2/SEINFRA/CRT/2021** (28984576), minuta do ato normativo e anexos (28985506, 29051990, 29053522, 29053572) e Nota de Auditoria lavrada pela Controladoria-Geral do Estado (30632270).

É o relatório, no que interessa.

II - Fundamentação

Inicialmente, importante ter em conta que compete às assessorias jurídicas dos órgãos da Administração Pública prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhes sendo possível interferir na conveniência e na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, econômico-financeira e orçamentária. Essa é a determinação expressa do artigo 8º, caput, da Resolução AGE nº 93/2021. Vejamos:

Art. 8º – A manifestação jurídica deve se restringir à análise jurídica da questão submetida à consulta, sendo defeso ao Procurador do Estado e ao Advogado Autárquico adentrar a análise de aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como de questões adstritas ao exercício da competência e da discricionariedade administrativa, a cargo das autoridades competentes..

Pois bem, feitas estas considerações, registramos que as resoluções são atos administrativos normativos emanados de autoridades do alto escalão da Administração Pública, mas não do chefe do Poder Executivo, através das quais disciplinam matéria de sua competência específica.

Neste sentido diz a redação disposta no art. 2º, II, “a” do Decreto Estadual nº 47.065, de 20 de outubro de 2016, que dispõe sobre a proposição, elaboração e redação de atos normativos, nos termos da Lei Complementar nº. 78, de 09 de julho de 2004:

“Art. 2º – O disposto neste decreto aplica-se à elaboração dos seguintes atos:

I – de competência do Governador:

(...)

f) decreto autônomo;

II – de competência das demais autoridades do Poder Executivo:

a) resolução: de competência dos Secretários de Estado, quando reunidos ou individualmente, que discipline e regulamente matéria específica de sua competência dirigida a todos os seus administrados, veicule normas gerais ou crie comissões específicas e grupos de trabalho sobre temas de interesse do órgão”; (g.n.)

Em complemento à pertinência da forma, verifica-se que a competência para regular a matéria proposta e subscrição do ato normativo, de fato, pertence ao Sr. Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, em consonância com o que diz o artigo 37, inciso I, da Lei Estadual nº 23.304/2019:

*Art. 37 - A Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade - Seinfra - tem como competência planejar, dirigir, executar, controlar, avaliar e **regular** as ações setoriais a cargo do Estado relativas:*

*I - **à infraestrutura de transporte rodoviário, ferroviário, aeroviário e hidroviário;***

Fixada a pertinência do instrumento, cabe-nos esclarecer que a alteração nos contratos administrativos, inclusive de forma unilateral pela Administração (Poder Exorbitante), possui previsão nos artigos 58, inciso I, e 65 da Lei 8.666/1993. Ademais, realizada a modificação no instrumento, após aferido o melhor Interesse Público, deve-se reequilibrar as contraprestações recíprocas, mantendo-se a equidade entre as obrigações, como bem determina o art. 37, inciso XXI da CR/1988, art. 58, inciso I e § 2º, art. 65, inciso II, alínea “d”, todos da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei nº 8.987/1995.

Com efeito, sendo a modificação contratual uma possibilidade e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro um direito assegurado ao concessionário/delegatário por normas constitucionais, legais e regulamentares, compreende-se que a minuta de Resolução proposta, que busca disciplinar o procedimento para inserção de novos investimentos nos contratos de concessão de rodovias, possui respaldo.

Quanto aos dispositivos propostos e seus três anexos, tratam-se de opções estritamente técnicas, acerca do procedimento para tramitar, aprovar projetos, calcular seus valores, e promover o reequilíbrio contratual.

Nesta esteira, por se tratarem de opções técnicas, não compete ao órgão de assessoramento jurídico tecer maiores comentários, razão pela qual nos limintamos a avaliar as situações em que identificamos possíveis repercussões jurídicas.

Vejamos.

O artigo segundo pontua que regras contidas na Resolução devem ser aplicadas de forma **subsidiária** aos contratos, de modo que, em caso de conflito de normas, prevaleça o instrumento contratual.

De fato, outra não poderia ser a forma de sua aplicação, posto se tratar de ato normativo infralegal superveniente aos contratos em vigor, e que não pode se sobrepor às obrigações já firmadas de acordo com as normas até então vigentes, sob pena de se instituir fato da administração, e, como tal, indenizável. Ou seja, pretende, a norma regulamentar proposta, preencher as lacunas dos contratos existentes e regular os futuros, sem, por si só, modifica-los.

A inserção de novos investimentos se define a partir dos artigos 6º e 7º, havendo o cuidado técnico de esclarecer que não se consideram novos investimentos aqueles inicialmente previstos nos respectivos instrumentos, ainda que objeto de modificação na sua execução por razões supervenientes de ordem técnica.

A tramitação administrativa do expediente, pressupõe, ao seu final, a celebração do respectivo termo aditivo, conforme determina o artigo 10, o que se mostra adequado, já que haverá necessidade de alterações nas obrigações contratualmente fixadas.

Neste ponto, depreende-se que a norma não replica as limitações quantitativas de alteração contratual prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 65, da Lei 8.666, e o faz, segundo a nota técnica (28984576), porque não haveria tais limitações para contratos complexos de concessão e PPP, por aplicação analógica do artigo 22 da Lei nº 13.448/2017.

De fato a lei 13.448/2017, aplicável apenas à administração pública Federal (conforme seu artigo 1º), apresenta precedente legal, somado a outros doutrinários, que dispensa a observância de tais limites para, como diz o próprio artigo 22 da norma, alterações nas hipóteses de *modernização, adequação, aprimoramento ou ampliação dos serviços*.

Não obstante, à despeito de não vislumbrarmos a necessidade de transcrição expressa de tais limites na Resolução proposta, apenas ponderamos que tal discussão não se encontra sedimentada, e poderá ser reapreciada nos casos concretos, quando da formalização dos aditivos, tendo em conta as diferentes possibilidades previstas para inserção de novos investimentos.

Isso porque, se por um lado é razoável compreender que contratos cuja vigência supera 30 (trinta) anos ensejarão modernizações na infraestrutura de prestação de serviços ao longo, em valores a princípio imprevisíveis, por outro não se deve desconsiderar as

hipóteses de subdimencionamento das obrigações por falha na estruturação da parceria, em que não se revela razoável a aditivação contratual subsequente à sua celebração (logo após), com aumento substancial de escopo.

Assim, reiteramos, somente diante de casos concretos de inclusão de novos investimentos será possível realizar uma avaliação detida acerca da limitação, ou não, da ampliação das obrigações firmadas, sendo que a não replicação das regras dispostas nos §§ 1º e 2º do artigo 65, da Lei 8.666, não afasta de, *per se*, sua aplicação futura (a depender da análise concreta).

No mais, reiteramos que o aditivo resultado do procedimento administrativo regulamentado terá que se adequar às disposições contratuais iniciais, tendo por consideração sua matriz de risco, sua fórmula prevista para cálculo de reequilíbrio, seu índice de reajuste inflacionário da contraprestação do parceiro privado, etc..

Assim a utilização, por exemplo, da metodologia de fluxo de caixa marginal para cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente dos novos investimentos incluídos (como proposto na Resolução), a despeito de ser método tradicional e experimentado nas concessões de infraestrutura, somente se realizará se assim estiver previsto inicialmente no contrato, ou se a própria metodologia de reequilíbrio for objeto de alteração (devidamente justificada).

Chama-nos atenção, igualmente, o fato de que o termo aditivo que instrumentaliza a alteração contratual, com a inserção de novas obrigações e investimentos, poderá ser celebrado, nos termos art. 10, § 1º, I, apenas com especificações mínimas do novo investimento.

Em sequência, o artigo 17 proposto dispõe que o reequilíbrio será concedido, e portanto o aditivo celebrado, com base no Projeto Funcional, podendo ter, futuramente, seus valores corrigidos por apostila, acaso os orçamentos iniciais não guardem paridade com o Projeto Executivo. Para além, dispõe o § 3º do artigo 17, que o Sr. Secretário de Estado poderá deliberar acerca da inclusão, ou não, do investimento já pactuado em termo aditivo, acaso exista discrepância entre os valores orçados para o Projeto Funcional e o Executivo, em monta superior a 30 % (trinta por cento).

Pois bem, a despeito da intenção de celeridade pretendida com ordem de atos proposta, não compreendemos por adequada.

Primeiro, porque o instituto da apostila, descrito no § 8º, do artigo 65, da lei 8.666/93, e replicado no artigo 136 da Lei 14.133/2021, não se presta a anotar diferenças de orçamentação entre projetos simples e complexos, como o funcional e o executivo, mas sim a mera aplicação de índices contratuais, ou fórmulas pré-definidas para o pagamento das obrigações.

Segundo, porque uma vez celebrado o termo aditivo, assinado e publicado, compreende-se a alteração contratual como ato jurídico perfeito e acabado, não havendo discricionariedade ao gestor para deliberar, novamente, acerca da conveniência ou oportunidade da inclusão do investimento, ainda que seu orçamento inicial ultrapasse os valores inicialmente previstos.

Terceiro, porque a alteração contratual pressupõe a verificação prévia da disponibilidade orçamentária para sua subscrição, não havendo juridicidade, nos rigores da lei 4.320/64, para aferição do real valor do gasto público após o seu compromisso. Como já explicitado, não estamos a falar de aplicação de índices inflacionários ou fórmulas de cálculo da contraprestação devida, mas sim aferição do real valor da obrigação em momento futuro, e posterior à modificação contratual, o que não se mostra adequado, em nossa visão.

Por todas estas razões, **ressalvamos a necessidade de revisitação dos artigos 10 e 17 da minuta, de tal sorte que a celebração do termo aditivo somente ocorra após a plena consciência, pelo Administrador, do real gasto necessário à consecução do investimento, com a realização dos projetos funcional, executivo, e mais outros complementares que se fizerem necessários**, posto que não se revela possível outorgar ao gestor a discricionariedade de se cumprir, ou não, a obrigação, após a realização de ato jurídico perfeito (como seriam os termos aditivos aos contratos).

De toda forma, a própria área técnica consulente adianta, no Despacho nº 1/2021/SEINFRA/CRT (29649133), que pretende visitar parte das regras propostas, de tal maneira que pretende: *‘celebração do termo aditivo posteriormente à manifestação de não-objeção do projeto executivo, não mais do projeto funcional.’*

No mais, em relação à possibilidade outorgada pelo artigo 18, de aplicação de metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro por fluxo de caixa marginal em novos investimentos, ainda que o contrato original não contenha tal possibilidade, apenas ponderamos que tal alteração, se pactuada em aditivo, não pode ocorrer de forma unilateral, ensejando a anuência do contratado. A princípio, as formas de reequilibrar os contratos são aquelas originalmente previstas no instrumento.

Recomendamos, por oportuno, a inserção de informação no ato normativo, de que a análise técnico-jurídica realizada pela Comissão de Regulação de Transportes (art. 13 inciso III e 15, inciso VIII) ocorrerá sob orientação e supervisão da Advocacia-Geral do Estado, haja vista suas funções exclusivas de Advocacia Pública na administração estadual, nos ditames da LC 83/2005, e sem prejuízo da análise jurídica final, antecedente à celebração do termo aditivo, afeta à AGE/MG.

Por fim, e cientes da possível exclusão, conforme adiantado no Despacho nº 1/2021/SEINFRA/CRT (29649133) registramos que os Anexos I, II e III do ato normativo, que versam sobre os elementos de análise para o fluxo de caixa marginal, a metodologia de cálculo da taxa interna de retorno (TIR) no fluxo de caixa marginal, e elementos de análise da projeção de demanda do contrato, são de caráter exclusivamente técnico, não havendo que se falar em análise jurídica, por expressa vedação, inclusive (art. 8ºda Resolução AGE 93/2021).

III - Conclusão

Ante todo o exposto, e considerando as premissas relacionadas aos limites da presente análise jurídica, esta Assessoria Jurídica manifesta-se pela **legalidade** do ato normativo proposto, **desde que observadas as ressalvas e recomendações apresentadas ao longo desta Nota Jurídica.**

É como opinamos.

Matheus Fernandes Figueiredo Couto
Procurador do Estado
OAB/MG 143.410 MASP 1.327.036-8



Documento assinado eletronicamente por **Matheus Fernandes Figueiredo Couto, Procurador(a) Chefe**, em 14/06/2021, às 11:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **30783187** e o código CRC **946BA06B**.