



**ANÁLISE DO PROCESSO DE ENCAMPAÇÃO DA CONCESSÃO DA  
LINHA AMARELA DO RIO DE JANEIRO**



### **O caso concreto**

Em outubro de 2020, a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (“Prefeitura”) anunciou a extinção da concessão da Linha Amarela, via expressa que liga o bairro de Jacarepaguá à Ilha do Fundão, assumindo diretamente a sua gestão e suspendendo a cobrança de pedágio. Na ocasião, inclusive, foram destruídas as cancelas de pedágio da via.

Desde 2018 existem tentativas de impedir a cobrança de pedágios pela Concessionária, com edição de decretos extinguindo a cobrança sob o argumento de prática de sobrepreço, todos revogados pela Justiça fluminense.

Em 2020, a Prefeitura instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI – na Câmara Municipal para apurar alegado lucro indevido. A CPI sugeriu três opções ao Município: (i) redução do prazo da Concessão de 30 para 10 anos; (ii) diminuição do valor do pedágio; e (iii) suspensão da cobrança até o reequilíbrio financeiro do Contrato de Concessão.

Em 2019, a Câmara Municipal aprovou a Lei Complementar nº 213 (“LC 213”) autorizando, em nome do interesse público, a encampação da Linha Amarela, determinando que a indenização à Concessionária seria considerada paga em razão dos supostos prejuízos apurados pela Prefeitura, pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas do Município. Segundo a Prefeitura, a empresa teria arrecadado R\$ 1,6 bilhão a mais dos usuários ao longo dos últimos anos. No entanto, há divergência nesse valor: o Tribunal de Contas do Município apurou cerca de R\$ 480 milhões, em processo ainda em andamento.

Duas liminares suspendendo a LC 213 foram concedidas pela Justiça do Rio de Janeiro e, em junho de 2020, o então Presidente do STJ, Ministro João Otávio de Noronha, no âmbito da SLS 2.735, não conheceu de pedido da Prefeitura para encampar a Linha Amarela.

Não obstante, em setembro de 2020, o Ministro Humberto Martins, atual Presidente do STJ, suspendeu três liminares da Justiça do Rio de Janeiro que suspendiam a retomada da concessão pela Prefeitura. O processo está em vistas pelo Ministro João Otávio de Noronha.



Preocupa-nos o fato de que, por meio de uma decisão monocrática, foi revertido o entendimento consolidado em diversas decisões anteriores do TJ/RJ. Necessário, dessa forma, aventar sobre a insegurança jurídica que a posição do STJ traz aos *players* do setor, em especial aos investidores.

Em março de 2021, o presidente do STF deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão que havia permitido a continuidade do processo de encampação, com base no argumento de que a ação que autorizou a encampação seria inconstitucional por violar a justa indenização, bem como ocasionaria a iminente demissão de centenas de funcionários, o cancelamento de investimentos e a promoção de outros processos similares.

Após a decisão, a concessão foi retomada e os serviços restabelecidos no dia 05 de março de 2021. Nesse mesmo dia, a Prefeitura emitiu novo Decreto que proibia a cobrança dos pedágios. Desde então, a concessão segue operando, porém a cobrança dos pedágios segue suspensa. No dia 16 de março ocorreu uma audiência de conciliação entre as partes no STF, que terminou sem acordo e foi suspensa, com uma nova sessão agendada para o dia 05 de abril de 2021.

### **O instituto da encampação**

Como contrapartida aos vultosos investimentos que devem ser realizados por uma concessionária ao longo da exploração do serviço público concedido, esta cobrará tarifa dos usuários pelo serviço público, na forma fixada na proposta vencedora da licitação, por um prazo determinado no contrato. Com essa garantia de estabilidade do contrato, a concessionária é capaz de obter recursos junto a instituições financeiras, organismos multilaterais e o mercado de capitais para financiar seus investimentos.

Para assegurar essa estabilidade do contrato, o Poder Público só poderá extinguir um contrato de concessão antes de finda sua vigência e por ato unilateral, em três hipóteses específicas: (i) *caducidade*; (ii) a *anulação* do instrumento; ou (iii) a *encampação* do serviço.

Os dois primeiros casos, cumpre destacar, relacionam-se à apuração e comprovação de um *vício*, quer seja na execução contratual, quer seja no próprio contrato ou no procedimento de licitação que precedeu sua celebração.



Quanto à caducidade, conforme dispõe o artigo 38 da Lei de Concessões, sua decretação pressupõe a “inexecução total ou parcial do contrato”, particularmente quando se constata falhas e deficiências na prestação dos serviços. Na apuração da caducidade, o concessionário deverá ser comunicado da inadimplência que lhe é imputada, com prazo facultado para a correção das falhas e transgressões apontadas sendo que, somente após a constatação do insucesso da concessionária em se reenquadrar às disposições contratuais, deverá ser instaurado processo administrativo para declaração da *caducidade*, assegurado o direito de ampla defesa ao concessionário. Nesse caso, a concessionária fará jus à indenização atinente à parcela não amortizada ou depreciada dos investimentos realizados, os quais reverterão ao poder concedente.

No caso da *anulação*, o vício identificado pelo Poder Público em nada se relaciona com a execução do contrato de concessão, mas à sua própria formação. Caso o vício ensejador da *anulação* não possa ser atribuído ao particular de boa-fé, terá a Administração dever de indenizá-lo, não só pelas parcelas não amortizadas ou depreciadas dos investimentos efetivamente realizados em bens reversíveis, mas também pelas perdas e danos associados ao término antecipado do contrato.

Semelhante à hipótese de *anulação* em que o concessionário não concorreu para o vício, na *encampação* tampouco o particular possui contribuição à extinção do contrato. Sem inadimplir com as obrigações contratuais, a *encampação* se explica pelo interesse da Administração em retomar o serviço, inobstante o regular e adequado desempenho pela concessionária.

A *encampação* depende de uma série de requisitos: comprovação de *interesse público*, *autorizativa específica* e pagamento de *indenização prévia*.

Desse modo, a atuação da Prefeitura não pode se ver descolada da devida motivação para apuração do interesse público, indispensável para decretação da *encampação*. Imperiosa a existência de processo administrativo que demonstre, de forma cabal e baseada em provas concretas, a configuração de tal interesse público.

Além disso, *encampação* pressupõe pagamento de indenização prévia e em dinheiro. Essa indenização não é só importante para a segurança do investidor, mas é requisito essencial para que



financiadores aprovelem o aporte de recursos às concessões – tanto é que esses recursos são normalmente dados em garantia fiduciária a financiadores, sendo primeiramente paga a estes, até a satisfação do seu crédito.

No caso da Linha Amarela, chama à atenção a ausência do pagamento de indenização prévia, sobre cujo valor há divergência, com a substituição pelo oferecimento de caução oferecida pela Prefeitura, por meio de bens móveis.

### **Impactos no cenário geral de concessões e PPPs**

O Brasil possui um índice declinante de investimentos em infraestrutura desde os anos 80. De acordo com a ABDIB (Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base), em 2019 os investimentos nesse setor somaram R\$ 131,7 bilhões, equivalente a 1,9% do PIB<sup>1</sup>.

Este baixo índice de investimento justifica o atual déficit de infraestrutura. Segundo Frischtak e Mourão (2017a), o estoque de infraestrutura do país em 2016 era de 36,1% do PIB. Para que o Brasil alcance a média dos países desenvolvidos (entre 60% e 70%), é necessário investir mais de 4% ao ano, durante 25 anos, a partir de 2020.

Um percentual de investimento de 4,15% do PIB equivaleria a R\$ 295 bilhões por ano para modernizar a nossa infraestrutura<sup>2</sup>. Comparado ao valor atual dos investimentos, vê-se facilmente um *gap* anual de mais de R\$ 160 bilhões.

Em termos absolutos, o Projeto Infra2038 estima que o investimento necessário nos setores de setores de energia, saneamento, telecomunicações e logística seja aproximadamente R\$ 8,7 trilhões<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Como está o investimento do Brasil em infraestrutura comparado a outros países. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/2020/03/25/como-esta-o-investimento-do-brasil-em-infraestrutura-comparado-a-outros-paises/>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

<sup>2</sup> Investimento em infraestrutura no Brasil precisa mais que dobrar, aponta estudo. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/09/17/investimento-em-infraestrutura-no-brasil-precisa-mais-que-dobrar-aponta-estudo.ghtml>. Acesso em 11 de dezembro de 2020.

<sup>3</sup> Quanto precisaremos investir até 2038? Projeto Infra2038, janeiro de 2018, p. 5. Disponível em: [https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f\\_dc1de8a653bc4883abbde785de8efd02.pdf](https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_dc1de8a653bc4883abbde785de8efd02.pdf). Acesso em 10 de dezembro de 2020.



Considerando o cenário de severa crise fiscal e econômica dos entes públicos, os recursos para o financiamento desses projetos deverão, necessariamente, vir do setor privado. Como é sabido, projetos de infraestrutura demandam grandes volumes de capital e prazos longos para amortização e retorno dos investimentos realizados. E para atrair tais investidores, principalmente os institucionais estrangeiros, é imprescindível haver a segurança de que os contratos serão respeitados e cumpridos.

Neste sentido, a decisão do STJ que permitiu a encampação da Linha Amarela pelo Município do Rio de Janeiro vai na contramão das necessidades do Brasil, pois tem o condão de elevar a percepção de risco nesses projetos e afastar investidores mais sensíveis, o que pode até mesmo vir a comprometer a viabilidade de futuras concessões e PPPs.

#### **Impacto em outros projetos subnacionais**

Preocupa-nos haver a percepção de movimentação para extinção de outros contratos de concessão municipais sem observância da necessidade de interesse público e prévia indenização.

Nos próximos anos serão necessários investimentos vultosos por meio de concessões ligadas ao Município do Rio de Janeiro, especialmente no setor de saneamento básico, cujo marco legal foi alterado recentemente, estabelecendo como objetivo a universalização dos serviços até 2033 e a nacionalização da regulação setorial, por meio de normas de referência emitidas pela Agência Nacional de Águas (ANA), que instituirá normas de referência do setor em nível nacional, complementada e aplicada por entes reguladores subnacionais indicados pelos titulares dos serviços – Estados e municípios.

Embora a aplicação dessas normas gerais não seja obrigatória pelos Municípios, será requisito para a contratação de financiamentos através de recursos ou órgãos federais, de forma que se espera incentivar a maior adesão por parte dos entes locais.

O setor de saneamento básico compartilha da mesma complexidade jurídica de concessões e PPP operadas pelos Estados e municípios em decorrência dos numerosos entes reguladores atualmente existentes. Isso ocorre porque, atualmente, cada município pode seguir as suas próprias regras para a regulação do setor.



Casos como o da Linha Amarela aumentam a percepção de risco de que os entes municipais possam simplesmente deixar de cumprir as regras estabelecidas nos contratos e em todo o regime jurídico a eles vinculante.

Considerando a titularidade subnacional dos serviços de saneamento, reforçamos a importância da segurança jurídica e da estabilidade regulatória, bem como atuação do poder concedente municipal nos estritos termos da legislação.

### **Novas iniciativas de encampação**

Preocupam os novos movimentos assemelhados por parte da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (“ALERJ”).

Por meio da Indicação Legislativa nº 305/2020, de 17 de setembro de 2020, a ALERJ solicitou ao Governo do Rio de Janeiro o envio de Projeto de Lei com vistas a autorizar a encampação da operação e manutenção da Rodovia dos Lagos (RJ-124), objeto do Contrato de Concessão 43, de 23 de agosto de 1999.

No § 1º do art. 1º do anteprojeto sugerido pela ALERJ estabelece que a prévia indenização prevista no artigo 37 da Lei 8.987/95 e nos artigos 40 e 42 da Lei Estadual 2.831/97, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, deverá ser amortizada, em razão dos prejuízos em apuração pelo Poder Executivo, Tribunal de Contas do Estado ou Poder Judiciário, aplicando-se o ressarcimento mais benéfico ao Erário Estadual, sem prejuízo da apuração de eventual saldo remanescente a ser devolvido aos cofres públicos.

Seguindo a linha do já exposto caso da Linha Amarela, estabelece no § 2º que o Poder Executivo poderá instituir caução para prevenir a necessidade de amortização em favor da concessionária, surpreendendo novamente por contrariar o disposto nos diplomas legais mencionados no parágrafo anterior.

Na justificativa apresentada, os autores argumentam que, utilizando-se como exemplo o ocorrido com a Linha Amarela, a Rodovia dos Lagos também se encontra “eivada de vícios, sobretudo em relação a denúncias de abuso da tarifa do pedágio e prorrogação contratual por mais 10 (dez) anos, prevista na



Deliberação AGETRANSP nº 838 de 26/07/2016, preterindo nova licitação e, conseqüentemente, atentando à economicidade”, e que “tais irregularidades estão sendo tratadas no processo TCE nº 100.167-4/12 e 105.994-8/16, Ação Popular que tramita na justiça estadual, não obstante, auditorias que podem confirmar o desequilíbrio contratual da concessão, por porte da Controladoria Geral do Estado, objeto de Indicação Simples deste mandato”. Conclui dizendo que a atual concessão representa um dos pedágios mais caros do país (R\$ 21,10 nos fins de semana).

Esses dois acontecimentos em bloco geram preocupações em relação à insegurança jurídica criada, que pode inspirar pedidos semelhantes.

A encampação da Linha Amarela sem prévia indenização, seguida da quase concomitante proposta de encampação da ViaLagos, gerou mobilização de entidades que representam investidores, empresários e concessionárias, uma vez que certamente afetará futuros investimentos privados nacionais e internacionais. Poderá, inclusive, impactar a concessão dos serviços da CEDAE – apesar de todo o otimismo do BNDES advindo do sucesso do leilão de saneamento da região metropolitana de Maceió, já que ambos os processos em comento ocorrem no âmbito do município e do estado do Rio de Janeiro, respectivamente.

### **Conclusão**

Este documento parte do reconhecimento da importância dos investimentos de infraestrutura para o desenvolvimento da economia. Dados<sup>4</sup> do Banco Mundial apontam que um crescimento anual permanente equivalente a 1% do PIB em investimentos em infraestrutura levaria a um crescimento da economia brasileira de 1,5% a 3% após uma década e de 4% a 8% após 30 anos – o aumento é exponencial – e os mesmos dados apontam que o aumento do investimento em infraestrutura impulsionaria o crescimento da produção nacional a taxas que variam entre 0,17% a 0,28%.

---

<sup>4</sup> Dados extraídos do relatório “Global Economic Prospects” publicado pelo Banco Mundial.



Inobstante, o Brasil investe muito pouco no setor. Segundo o relatório “De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura”<sup>5</sup>, o estoque de brasileiro de infraestrutura física é relativamente pequeno e é menor do que o da maioria dos países com nível semelhante de renda. Isso é uma realidade principalmente nos setores de transportes e de saneamento básico. Ainda, segundo o mesmo relatório, o país apresenta um desempenho inferior na percepção da qualidade dos serviços de transportes e logística, de acordo com dados do Relatório de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial, publicado anualmente, que sugerem que a qualidade da infraestrutura no Brasil parece ser inferior à de nossos concorrentes.

Na última década, os investimentos em infraestrutura no país variaram entre 2% e 2,5% do PIB. Esse resultado está em grande parte associado à redução de gastos do setor público – o investimento do setor público caiu de 3,7% do PIB na década de 1970 para 1,2% do PIB na década de 2000.

Considerando esse cenário, há que se atentar para a importância das concessões de serviços públicos e do investimento privado para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira e, na ponta final, da própria economia do país, considerando a escassez de recursos públicos no país, agravada ainda pela necessidade de priorização a programas de combate à pandemia da COVID-19 e de amparo a empresas e pessoas afetadas pelo declínio da atividade econômica.

Entretanto, segundo o Banco Mundial, a diminuição do investimento público em infraestrutura não precisa ser associada a uma queda generalizada do investimento, desde que o setor privado assuma um papel mais ativo e compense a ausência do investimento público, como tem ocorrido em outros países da América Latina, a exemplo do Chile.

Ocorre que não basta haver disponibilidade de recursos privados, ainda que em cenário de juros baixos, para que esses investimentos sejam direcionados a programas de infraestrutura. A segurança jurídica, proporcionada por mecanismos contratuais adequados, boa regulação e, principalmente, pelo

---

<sup>5</sup> Disponível em <http://documents1.worldbank.org/curated/en/237341502458978189/pdf/117392-PORTUGUESE-ForBacktoPlanningFinal.pdf>



cumprimento das regras contratuais por entes públicos, constitui um uma peça central no desenvolvimento da infraestrutura.

O referido relatório “De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura” aponta que incertezas regulatórias podem aumentar significativamente a percepção de riscos e minar a viabilidade econômica de muitos projetos. É o risco que se corre com decisões administrativas desarrazoadas como aquela relativa ao processo de encampação da Linha Amarela.

O Banco Mundial é claro, no que diz respeito à incerteza regulatória e das decisões dos entes políticos, citando que “os efeitos de tais decisões minam não somente o setor no qual elas são implementadas, mas também todos os outros setores, pois a confiança em arcabouços pré-estabelecidos é abalada.” Nos setores de transportes, em conjunto com saneamento básico, aponta-se como problema adicional a fragmentação do panorama regulatório.

Assim, o setor privado solidifica-se como a principal alternativa para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira. Mas a ausência de segurança jurídica persiste como um obstáculo para que o investimento privado definitivamente opte por arriscar-se nos projetos de infraestrutura de longo prazo, visto que ainda há muito receio de que decisões extremadas como a encampação da Concessão da Linha Amarela se tornem comum Brasil à fora.

As concessões e o financiamento de projetos (*Project Finance*) permitem que partes públicas e privadas compartilhem, de forma ideal, os riscos dos projetos de infraestrutura. Ao permitir que o setor privado faça o que é mais apto a fazer, ou seja, projetar, construir e operar um ativo ao máximo de sua capacidade, o setor público ganha em inovação, serviços melhores e uma taxa interna de retorno (TIR) econômica positiva. No entanto, o uso ideal do financiamento de projetos requer um grau significativo de previsibilidade, tanto das decisões político-regulatórias quanto dos fluxos de caixa futuros (ou pelo menos dos fatores que afetam os fluxos de caixa).

Nota-se, ademais, que tais contratos de concessão de serviços públicos não envolvem grandes desembolsos de verbas públicas, mas, em oposição, investimentos privados de longo prazo. Se o edital de licitação convoca investidores a fazerem aportes significativos de recursos privados em obras e serviços



públicos, a legislação, a regulamentação e as condutas dos agentes públicos devem garantir que esses investimentos sejam remunerados ao longo do contrato. Não há grande mistério: para que o setor privado seja atraído, os contratos devem ser respeitados.

Repita-se: nesse contexto de investimentos de longo prazo em infraestrutura, a segurança jurídica é o elemento principal. Isso porque se os investidores tiverem dúvidas quanto ao cumprimento dos seus contratos e tiverem que se preocupar com a possibilidade de não terem os seus investimentos remunerados ao longo do tempo, eles evitarão participar do desenvolvimento da infraestrutura. Ou, no limite, cobrarão preço mais elevado para correr esse risco, o que impactará de forma direta, ou indireta, em quem está na ponta, o usuário e a própria economia.

Por esse motivo a legislação prevê condições muito específicas e rigorosas para a hipótese extraordinária da encampação dos contratos administrativos, como a autorização legislativa (requisito político), a indenização prévia do concessionário (requisito econômico-financeiro). E mais, os motivos determinantes da encampação têm de ser legítimos, frutos de devido processo administrativo.

Ainda, a previsibilidade e a análise de consequências exigidas pela LINDB tornam-se um imperativo. O agente público não pode criar um caos regulatório. Suas condutas têm de ser analisadas sob a perspectiva dos impactos que dela serão gerados, direta ou indiretamente, num determinado setor econômico. Neste sentido, a impessoalidade e a eficiência das decisões administrativas servem como garantias constitucionais.

Se fosse possível encampar sem prévia e justa indenização, seguidas das demais regras legais, os contratos de concessão se transformariam num jogo com regras aleatórias. E esse risco, ou afastaria o player privado, ou seria calculado pelos *sponsors* e investidores, e repassados ao usuário.

Em benefício do desenvolvimento da infraestrutura nacional, da prestação de serviços públicos por inovadores e eficientes mecanismos possibilitados pelo direito privado e dos usuários que deles se beneficiam, ao analisar o presente processo de encampação, reforça-se a importância de que o devido processo administrativo e o cumprimento dos requisitos legais de extinção dos contratos públicos sejam



---

observados, sobretudo para a garantia de segurança jurídica e da manutenção de um ambiente regulatório estável no Brasil.