

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Bruna de Fatima Bezerra de Menezes

**O USO INDEVIDO DA CLÁUSULA *BACK TO BACK* NOS CONTRATOS DE  
CONCESSÃO QUE UTILIZAM O MODELO DE EMPREENDIMENTOS *PROJECT*  
*FINANCE***

**SÃO PAULO**

**2022**

Bruna de Fatima Bezerra de Menezes

**O USO INDEVIDO DA CLÁUSULA *BACK TO BACK* NOS CONTRATOS DE  
CONCESSÃO QUE UTILIZAM O MODELO DE EMPREENDIMENTOS *PROJECT  
FINANCE***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, como parte dos  
requisitos para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Stevanato Pereira de Souza

**SÃO PAULO**

**2022**

**Bruna de Fatima Bezerra de Menezes**

**O USO INDEVIDO DA CLÁUSULA *BACK TO BACK* NOS CONTRATOS DE  
CONCESSÃO QUE UTILIZAM O MODELO DE EMPREENDIMENTOS *PROJECT*  
*FINANCE***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, como parte dos  
requisitos para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Eduardo Stevanato Pereira de Souza Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Nome Completo do(a) Examinador(a) Interno(a) Universidade Presbiteriana  
Mackenzie

---

Prof. Dr. Nome Completo do(a) Examinador(a) Externo(a) Nome Completo da  
Universidade/Instituição

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise bibliográfica e de caso acerca da aplicação indevida da cláusula *back to back* nos contratos de concessão com a Administração Pública. Utiliza-se a doutrina brasileira e estrangeira para definir os conceitos relacionados à concessão e seus contratos decorrentes, bem como o uso do modelo *project finance* na concessão comum e na Parceria Público-Privada onde a concessionária é uma companhia patrocinadora (Sociedade de Propósito Específico) e é responsável pela contratação de empresas especializadas nas obrigações de seus contratos de concessão. A cláusula *back to back* proporciona a criação de um novo contrato, dependente do contrato principal, de mesma natureza no qual um terceiro assumirá as obrigações, responsabilidades e riscos que eram do contratante principal. Enquanto no instituto da transferência de obrigações, ocorre a mudança de uma das partes de um contrato pré-existente, sucedendo a transmissão da posição contratual para um terceiro. O estudo de caso apresentado demonstra o desacerto no uso da figura da cláusula *back to back* como se fosse uma simples transferência de obrigações em concessão pública administrativa da qual duas empresas, em consórcio, são contratadas pela AES Eletropaulo para prestar serviços diversos.

**Palavras-chave:** Cláusula *back to back*. *Project finance*. Sociedade de Propósito Específico. Transferência de obrigações.

## ABSTRACT

This work presents a bibliographic and case analysis about the improper application of the back to back clause in concession contracts with the Public Administration. Brazilian and foreign doctrine is used to define the concepts related to the concession and its resulting contracts, as well as the use of the project finance model in the common concession and in the Public-Private Partnership where the concessionaire is a sponsoring company (Specific Purpose Society) and is responsible for contracting companies specialized in the obligations of their concession contracts. The back to back clause provides for the creation of a new contract, dependent on the main contract, of the same nature in which a third party will assume the obligations, responsibilities and risks that belonged to the main contractor. While in the institution of transfer of obligations, there is a change of one of the parties of a pre-existing contract, succeeding the transmission of the contractual position to a third party. The case study presented demonstrates the mistake in using the figure of the back to back clause as if it were a simple transfer of obligations in a public administrative concession in which two companies, in a consortium, are contracted by AES Eletropaulo to provide various services.

**Key words:** *Back to back clause. Project finance. Special Purpose Company. Transfer of obligations.*

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>8</b>
<b>2.1</b>	<b>Concessão comum</b> .....	<b>8</b>
<b>2.2</b>	<b>Concessão patrocinada</b> .....	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Concessão administrativa</b> .....	<b>21</b>
<b>3</b>	<b>CONTRATOS DECORRENTES DA CONCESSÃO</b> .....	<b>23</b>
<b>3.1</b>	<b>Do contrato de mútuo</b> .....	<b>23</b>
<b>3.2</b>	<b>Do contrato de seguro</b> .....	<b>24</b>
<b>3.3</b>	<b>Do contrato de obra</b> .....	<b>28</b>
<b>4</b>	<b>CONCEITO DE CLÁUSULA “BACK TO BACK”</b> .....	<b>36</b>
<b>4.1</b>	<b>Diferença entre a transferência de obrigação e a cláusula “back to back”</b> .....	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>Jurisprudência</b> .....	<b>39</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivos 1) explicar que nos empreendimentos *project finance*, nomeadamente na concessão comum e na Parceria Público-Privada, a concessionária é uma companhia patrocinadora (SPE) e é responsável pela contratação de empresas especializadas nas obrigações de seus contratos de concessão (Construtora e operadora); 2) os conceitos fundamentais por trás da concessão pública e seus contratos decorrentes; 3) analisar o uso indevido dos institutos da transferência de obrigações e da cláusula *back to back* nestes contratos com a Administração Pública e suas implicações práticas.

Inicialmente, é importante esclarecer os significados de algumas expressões apresentadas acima. Para tanto, segundo WAGNER ARAÚJO<sup>1</sup>, *project finance* é:

[...] uma forma específica de arranjo financeiro para a viabilização de investimentos, geralmente de grande vulto, para o qual uma sociedade específica é criada para gerir investimento em infraestrutura. Sua estrutura financeira envolve, como elementos básicos, a mitigação de riscos pela elevação do número de participantes e securitização de receitas futuras do projeto.

De modo semelhante JULIAN FERNANDES VIEIRA<sup>2</sup> define *project finance* como:

[...] uma engenharia de projeto estruturada para segregar o risco, preservar a capacidade de endividamento de seus empreendedores ou patrocinadores (sponsors), dividir risco entre vários interessados, economizar no pagamento de tributos, garantir a execução de um projeto grande demais para um só patrocinador ou evitar a necessidade de garantias reais, utilizando apenas a garantia de recebíveis do próprio projeto (fluxo de caixa autogerado).

Tal arranjo financeiro é, portanto, gerido por meio de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) que, segundo CASTRO E RODRIGUES<sup>3</sup>, nasce da celebração de um contrato de sociedade empresarial, com personalidade jurídica e autonomia patrimonial, sendo constituída especificamente para uma ação ou projeto. Geralmente a SPE é utilizada para grandes projetos de engenharia, com ou sem a participação do Estado, como, por exemplo, na construção de usinas hidroelétricas, redes de transmissão ou nos projetos de Parceria Público Privadas (PPP) ainda recentes no Brasil.

<sup>1</sup> ARAÚJO, W. F. G. de. *As estatais e as PPPs: o project finance como estratégia de garantia de investimentos em infraestrutura*. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 57, n. 2, p. p. 170, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v57i2.195. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/195>. Acesso em: 1 fev. 2022.

<sup>2</sup> VIEIRA, Julian Fernandes. *Project Finance no Brasil e o seu papel fundamental*. Monografia (Especialização) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Especialização em Gerenciamento de Projetos. São Paulo, 2004. P. 4 Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55696?show=full> Acesso em: 28 março 2022.

<sup>3</sup> CASTRO, Luiz Humberto de; RODRIGUES, Édna Râbela Quirino. *Sociedade de Propósito Específico*. SEBRAE, Brasília, 2014

Segundo COELHO<sup>4</sup>, tanto os incorporadores quanto os compradores possuem a garantia de que o patrimônio da empresa SPE não se "mistura" ao da empresa administradora, mantendo assim as dívidas e despesas separadas para cada empreendimento, não sendo possível que o administrador retire recursos de um empreendimento para terminar outro. Nesse tipo de sociedade a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade limitada, assim como o próprio nome indica, está sujeita a limites. Se o patrimônio social é suficiente para responder pelo valor total das dívidas que a sociedade contraiu na exploração da empresa, os credores só poderão responsabilizar os sócios, executando bens de seus patrimônios individuais até um certo montante.

BORBA<sup>5</sup> ainda define que a Sociedade Propósito Específico pode ser composta por pessoas físicas e/ou jurídicas, que compreende em seu objetivo uma atividade específica e determinada, podendo ter um prazo definido ou não.

O conceito da SPE é trazido no artigo 981 do Código Civil de 2002 quando diz que:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. Atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Tanto GUIMARÃES<sup>6</sup> quanto BORBA<sup>7</sup> entendem que a SPE não possui personalidade jurídica. Devendo essa revestir-se sob um dos modelos societários previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Selecionando um desses modelos, este lhe confere a personalidade jurídica necessária, e, portanto, deverá reger as normas que delimitam o tipo societário.

WILLEMANN<sup>8</sup> indica como ser a principal vantagem deste modelo de operação:

[...] a segurança jurídica que ela fornece ao administrador da obra e aos investidores, pois um empreendimento não se mistura com os outros negócios do administrador. Então, se o administrador tem outros empreendimentos, isso não repercute em outro. Da mesma forma ocorre com os investidores, sócios da SPE, se apresentarem qualquer tipo de problema, isso não impacta na SPE, a qual atribui segurança jurídica tanto para o administrador quanto para os sócios. O empreendimento então não é afetado por outras obras ou negócios realizados pelo administrador.

<sup>4</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>5</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

<sup>6</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 2002.

<sup>7</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *op. cit.*

<sup>8</sup> WILLEMANN, David Pedro. *A Sociedade de Propósito Específico - SPE no setor da Construção Civil*.

Florianópolis, Instituto Federal de Educação, ciência e tecnologia de Santa Catarina, 2019. Disponível em:

[https://repositorio.ifsc.edu.br/bitstream/handle/123456789/1840/TCC\\_DAVID%20PEDRO%20WILLEMANN\\_%20Engenharia%20Civil%2010122019.pdf?sequence=1](https://repositorio.ifsc.edu.br/bitstream/handle/123456789/1840/TCC_DAVID%20PEDRO%20WILLEMANN_%20Engenharia%20Civil%2010122019.pdf?sequence=1) Acesso em: 28.03.2022



## 2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do tema de contratos administrativos temos como tipos contratuais mais relevantes para nosso estudo os de concessão, sejam: comum; patrocinada e administrativa. Iremos explorar este tema profundamente neste tópico de modo a entender cada tipo de concessão.

Nos contratos de concessão, o Poder Público concede o exercício de serviço público, a execução da obra pública ou o uso do bem público<sup>9</sup>. Concessão é o contrato pelo qual uma ou várias pessoas se comprometem perante a Administração Pública a fazer executar às suas expensas, assumindo todos os riscos, trabalho de utilidade pública mediante o recebimento de retribuição ou de vantagens estipuladas no ato de concessão<sup>10</sup>.

Desse modo, a concessão enseja o emprego do capital e do *know-how* de particular no exercício de atividade administrativa, tendo por escopo a preservação da eficiência e da continuidade do serviço público<sup>11</sup>.

A concessão, precedida ou não da execução de obra pública, por ser ato *intuitu personae*, exige licitação, na modalidade concorrência, para selecionar o concessionário (pessoa jurídica ou consórcio de empresas), averiguando sua capacitação técnica para o desempenho da atividade, sua capacidade financeira para arcar com os encargos patrimoniais, sua competência administrativa para gerir o empreendimento, sua correção no cumprimento dos compromissos assumidos anteriormente<sup>12</sup>.

### 2.1 Concessão comum

Um dos principais tipos de contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e Particulares é o de Concessão Comum. Ele se divide em concessão comum de serviço

<sup>9</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 p.497

<sup>10</sup> DELALLEAU. *Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux public*. *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1:183, 1834-1835; LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. 2, p. 341-2; Luiz Alberto Blanchet, *Concessão e permissão de serviços públicos*, Curitiba, Ed. Juruá, 1995. Decreto n. 7.004, de 9 de novembro de 2009, que altera dispositivos do Decreto n. 1.910, de 21 de maio de 1996, que dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público.

<sup>11</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo didático*, Rio de Janeiro, 1979, p. 239.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 601

público; concessão comum de execução de obra pública e concessão comum de uso de bens públicos. Todas essas submodalidades de Concessões Comuns serão explicadas a seguir.

No caso da concessão comum de serviço público, a administração pública delega a execução de um serviço público para que o particular o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração, em regra, mediante pagamento de tarifa pelo usuário<sup>13</sup>.

Di Pietro explora as peculiaridades da concessão de serviço público, isto é, as características que vão além das presentes nos contratos administrativos em geral<sup>14</sup>:

1. só existe concessão de serviço público quando se trata de serviço de titularidade do Estado; por outras palavras, a lei define determinadas atividades como sendo serviços públicos, permitindo que sejam executadas diretamente ou mediante concessão ou permissão;

2. o poder concedente só transfere ao concessionário a execução do serviço, continuando titular do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público;

3. a concessão tem que ser feita "sempre através de licitação", consoante o exige o artigo 175 da Constituição; a modalidade cabível é a concorrência (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95); o dispositivo constitucional não contém a ressalva do artigo 37, XXI, que permite a contratação direta nas hipóteses previstas em lei; assim, não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666/93; admite-se a declaração de inexigibilidade desde que se o mesmo estabelecido na Lei nº 8.666/93, com as derrogações previstas nos artigos 14 a 22 da Lei nº 8.987/95 e no artigo 120 da Lei nº 11.196, de 21-11-05, especialmente quanto aos critérios de julgamento, que são diversos, e quanto à possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento;

4. o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da remuneração, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto; vale dizer que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que desrespeitar o seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário;

5. a tarifa, quando cabível, tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (art. 9º e 23, IV, da Lei nº 8.987/95); [...] a atual Constituição, no artigo 175, remete à Lei a incumbência de dispor sobre "política tarifária". Assim, enquanto, pela Constituição anterior, era pela tarifa que se assegurava o equilíbrio econômico, pela atual nada impede que a lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compensando, por outra forma, o concessionário; a Lei nº 8.987/95 previu, no artigo 11, a possibilidade de previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas; essas fontes de receitas devem ser indicadas no edital

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 340

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 342-5

da licitação (art. 18, inciso VI) e devem compor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (parágrafo único do art. 11);

6. o usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de serviços como os de luz, água e gás, quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas circunstâncias, existe jurisprudência não unânime no sentido de que o serviço, sendo essencial, não pode ser suspenso, cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis;

7. a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos; o poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade subsidiária somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público; eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever fiscalização;

8. a rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, é conhecida doutrinariamente sob o nome de encampação; equivalente à retomada da execução do serviço pelo poder concedente, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; como em toda rescisão unilateral, o concessionário faz jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados (art. 37 da Lei nº 8.987/95);

9. a rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual é denominada caducidade, regendo-se pelo artigo 38 da Lei nº 8.987/95; nesse caso, não cabe indenização senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2008:738); quanto ao mais, responde o concessionário pelas consequências de seu inadimplemento, inclusive sujeitando-se às penalidades administrativas cabíveis;

10. em qualquer dos casos de extinção da concessão previstos no artigo 35 da Lei nº 8.987 (advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular), é cabível a incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público, mediante indenização (art. 36 da Lei nº 8.987); é o que se denomina de reversão, a qual encontra fundamento no princípio da continuidade do serviço público.

Com relação à falência, prevista no artigo 35, VI, da Lei nº 8.987 como uma das hipóteses de extinção da concessão, o artigo 195 da Lei de Falências (Lei nº 11.101, 9-1-05) estabelece também que a "*decretação da falência das concessionárias de serviços públicos implica extinção da concessão, na forma da lei*". [...]

Também é importante assinalar que o simples pedido de recuperação judicial formulado por empresa concessionária de serviço público, com base na Lei de Falências, não justifica a extinção da concessão. A Lei nº 8.666/93 [...] estabelecida, no artigo 80, § 2º, que "*é permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais*". [...]

A lei nº 8.987/95 incluiu a caducidade entre as causas de extinção do contrato de concessão. Trata-se de forma de extinção que decorre do

inadimplemento total ou parcial do contrato, conforme o artigo 38, que disciplinou a caducidade. O §1º do mesmo dispositivo dá o elenco das hipóteses em que poderá ser declarada a caducidade, dentre elas, no inciso IV, aquela em que "*a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido*". [...]

11. o poder concedente tem o poder de decretar a intervenção na empresa concessionária, com base nos artigos 32 a 34 da Lei nº 8.987/95, a qual não tem natureza punitiva, mas apenas investigatória; ela equivale à substituição temporária do gestor da empresa concessionária pelo interventor designado pelo poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, a final, as medidas mais convenientes a serem adotadas, inclusive, se for o caso, a aplicação de sanções; decretada a intervenção, o interventor tem o prazo de 30 dias para instaurar procedimento administrativo contraditório destinado a apurar as irregularidades, devendo concluí-lo no prazo de 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

No caso da concessão comum de execução de obra pública a Administração entrega a execução da obra a uma pessoa que ficará com o dever de gerir o serviço público decorrente da obra, recebendo como remuneração tarifa paga pelo usuário<sup>15</sup>. O concessionário não se obriga, portanto, apenas a fazer funcionar o serviço, mas também se encarrega da construção da obra pública necessária ao funcionamento do serviço, custeando todas as despesas. Desse modo<sup>16</sup>:

se terá a concessão de obra pública quando a Administração confiar a uma ou várias pessoas, às suas expensas, riscos e perigos, a execução de um trabalho de utilidade pública. Portanto a obra servirá de suporte ou base do serviço prestado, percebendo, no tempo e nas condições avençadas, uma tarifa paga pelos usuários. [...]

A concessão de obra pública consistirá no contrato pelo qual a administração pública encarrega pessoa determinada para executar certa obra (construção de pontes, viadutos, estradas), reservando-lhe, durante certo prazo, a exploração, para que possa reaver o capital empregado e obter algum lucro mediante tarifa paga pelo usuário. Após esse prazo a obra será devolvida ao poder público.

A Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é, portanto<sup>17</sup>:

a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre a capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2, III, da Lei nº 8.987/95).

Ainda na concessão comum, temos a de uso de bens públicos que consiste no ato administrativo bilateral, baseado em interesse público, feito a título não precário, concedendo ocupação ou utilização permanente de bens dominiais a particulares, constituindo em seu favor

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 587

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 612

<sup>17</sup> CRETELLA JR, José. *Concessão de obra pública*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 17, p.60-1.

um direito real sobre a coisa. Desse modo, esse tipo de concessão destina-se à outorga ao particular de permissão para utilizar um bem da Administração, segundo sua destinação específica. Segundo Diniz, a concessão de uso poderá ser<sup>18</sup>:

- a) concessão de uso comum, que é um contrato de atribuição por visar mais o interesse do particular, que o concessionário, do que o da coletividade;
- b) concessão de direito real de uso, como a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares para fins específicos de urbanização, edificação, cultivo de terra ou qualquer outra utilização de interesse público.

Existem diversas possibilidades de concessão de uso, como por exemplo: a concessão de direito real de uso de terras públicas; a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos; concessão de águas públicas; concessão para exploração de serviços de telecomunicações, incluindo serviço móvel celular.

Existe uma parte considerável de contratos de concessão que conjugam diferentes modalidades, onde uma constitui o objeto principal e, a outra, o acessório. A exemplo da concessão de rodovias, em que o objeto é a construção, ampliação e reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário. Nesse caso, o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público<sup>19</sup>.

A Lei nº 8.987 desenvolve os institutos da subconcessão, subcontratação e transferência da concessão em seus artigos 25, 26 e 27. Primeiramente, no artigo 25, é disciplinada a subcontratação, sendo a possibilidade de contratação de terceiros, pela concessionária, para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Quanto a subconcessão, o artigo 26 a admite mediante autorização do poder concedente, sendo precedida necessariamente de concorrência. Nesse caso, o subconcessionário se subrogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

No caso da transferência da concessão (ou controle societário da concessionária), disciplinada no artigo 27, é necessário que haja a prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão. A obtenção da anuência, pelo pretendente, fica condicionada ao atendimento das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e ao comprometimento de cumprimento de todas as cláusulas do contrato em vigor.

Segundo Di Pietro, a natureza jurídica da concessão é a de contrato administrativo, que está sujeito ao regime jurídico de direito público. A concessão possui todos os elementos

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 613-4

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336

caracterizadores de um contrato, sendo eles: a) o acordo de vontade sobre determinado objeto; b) interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes; c) efeitos jurídicos para ambas as partes<sup>20</sup>.

Existem também, outras cláusulas indispensáveis ao contrato de concessão que não estão regulamentadas em lei, sendo elas, referentes à estipulação de prazo, remuneração, rescisão, dentre outras estipuladas pelas partes. A concessão acompanha então cláusulas exorbitantes que conferem à concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar penalidades, demonstrando a mutabilidade dos contratos de concessão, sendo aplicadas as teorias do fato do príncipe e da imprevisão<sup>21</sup>.

## 2.2 Concessão patrocinada

Agora, para que uma concessão possa ser considerada patrocinada, regulamentada pela Lei nº 11.079/2004, é preciso que haja a necessidade de uma contraprestação pecuniária do Estado em conjunto com o pagamento de tarifa pelo usuário ao parceiro privado.

Desse modo, pode-se definir a concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual o Poder Público (ou parceiro público) delega ao concessionário (ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária para pelo parceiro público ao parceiro privado<sup>22</sup>.

MEYER<sup>23</sup> descreve que:

para fins acadêmicos, seria possível visualizar a Parceria Público-Privada típica como sendo a situação em que o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados.

Analisando mais profundamente o artigo 2º, §1º da Lei nº 11.79, que preceitua o conceito da PPP, percebe-se que tal dispositivo equipara a concessão patrocinada à concessão de serviços públicos ou de obras da Lei nº 8.987, e, o artigo 3º, §1º, determina que essa lei se aplica subsidiariamente às concessões patrocinadas. Desse modo, é possível concluir que a

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 337

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 341

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 353

<sup>23</sup> MEYER, Antônio Corrêa; ENEL, José Virgílio Lopes. *As parcerias público-privadas*. Artigo publicado no jornal Valor Econômico, numa série de 15 artigos sobre as parcerias público-privadas. Publicado em 26 de março de 2004.

remuneração pode abranger receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com vistas a favorecer a redução da própria contraprestação do poder público<sup>24</sup>.

Essa contraprestação do Poder Público, em regra, não pode ultrapassar o valor de 70% da remuneração total a ser percebida pelo concessionário, como é disposto no artigo 10, §3º da Lei nº 11.079. Apesar do artigo 2º, §1º dessa lei especificar a contraprestação como pecuniária, é possível que esta assuma outras formas, previstas no artigo 6º: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e qualquer outro meio admitidos em lei. Possibilitando, portanto, o pagamento indireto da contraprestação<sup>25</sup>.

Além dos custos serem repartidos entre a Administração e o concessionário, também são características da parceria público-privadas: (a) os riscos da operação compartilhados com o poder público, (b) as garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto e (c) o compartilhamento entre os parceiros dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado<sup>26</sup>.

A Lei 8.987/1995 que delibera sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal traz as características obrigatórias para se concretizar a modalidade PPP especificadamente<sup>27</sup>:

- 1) direitos e obrigações dos usuários (art. 7º), dos quais:
  - a) receber serviço adequado;
  - b) receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
  - c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;
  - d) levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
  - e) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
  - f) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.
- 2) política tarifária (art. 9º a 13):

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.* p. 356

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 356-7

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 353-4

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 354-5

- a) tarifa fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na própria Lei, no edital e no contrato;
  - b) manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato atendendo as condições do contrato;
  - c) permissão para a concedente prever outras fontes provenientes de receitas, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas;
  - d) possibilidade de diferenciação das tarifas conforme os diferentes segmentos de usuários.
- 3) cláusulas essenciais do contrato (art. 23), no que não contrariarem os incisos do art. 5º da Lei nº 11.079, sendo elas referentes;
- a) ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
  - b) ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
  - c) aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
  - d) ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
  - e) aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
  - f) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização dos serviços;
  - g) à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
  - h) às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
  - i) aos casos de extinção da concessão;
  - j) aos bens reversíveis;
  - k) aos critérios para o cálculo e a forma de pagamentos das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
  - l) às condições para prorrogação do contrato;
  - m) à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;



- n) à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
  - o) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.
- 4) encargos do poder concedente (art. 29), sendo eles;
- a) regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
  - b) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
  - c) intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
  - d) extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato;
  - e) homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma das leis pertinentes e do contrato;
  - f) cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
  - g) zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
  - h) declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
  - i) declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
  - j) estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
  - k) estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.
- 5) encargos do concessionário (art. 31), sendo eles;
- a) prestar serviço adequado, na forma prevista em lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
  - b) manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
  - c) prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

- d) cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
  - e) permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
  - f) promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
  - g) zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
  - h) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.
- 6) intervenção (art. 32 a 34), podendo;
- a) intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. devendo ser feita mediante decreto do poder concedente, com a designação do interventor, do prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida;
  - b) instaurar, quando declarada a intervenção e no prazo de 30 dias, procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa;
  - c) devolver a administração do serviço à concessionária quando não for extinta a concessão, desde que precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.
- 7) Responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25, *caput*);
- 8) subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º):
- a) Sem prejuízo da responsabilidade referente ao *caput* do art. 25, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados;
  - b) Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o item anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente;

- c) A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.
- 9) transferência da concessão (art. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei nº 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
- a) A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. Para obter tal anuência, o pretendente deverá:
    - i) Atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
    - ii) Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.
  - b) Para que tal transferência do controle da sociedade, fica essa condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato.
- 10) formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão, anulação ou falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35 a 39);
- 11) reversão (art. 36);
- a) no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.
- 12) licitação (art. 15, §§ 3º e 4º, 18, 19 e 21), no que não contrariarem as normas dos artigos 11 a 13 da Lei nº 11.079 serão considerados;
- a) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
  - b) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
  - c) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos i e ii e vii;
  - d) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
  - e) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
  - f) melhor proposta em razão da combinação de critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;

- g) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Devendo, o poder concedente, recusar propostas manifestadamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação e, no caso de igualdade de condições, deverá dar preferência para empresas brasileiras.

A elaboração do edital de licitação obedecerá aos critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, devendo conter:

- a) o objeto, metas e prazo da concessão;
- b) a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;
- c) os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;
- d) prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;
- e) os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;
- f) as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;
- g) os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;
- h) os critérios de reajuste e revisão da tarifa;
- i) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;
- j) a indicação dos bens reversíveis;
- k) as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;
- l) a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;
- m) as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

- n) nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no artigo 23 da lei nº 8.987;
- o) nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução da obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;
- p) nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

- a) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;
- b) indicação da empresa responsável pelo consórcio;
- c) apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo 18 da Lei nº 8.987, por parte de cada consorciada;
- d) Impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente;

Por fim, a legislação determina que os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

13) no controle da concessionária (art. 30 da Lei nº 8.987/1995, e arts. 31 e 36 da Lei 9.074/1995) determinando que:

- a) no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Devendo ser realizada por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários;
- b) nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou

executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços;

- c) o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios.

### 2.3 Concessão administrativa

Quanto à concessão administrativa, DI PIETRO<sup>28</sup> analisa diversos dispositivos legais para de fato entender seu conceito, já que o artigo que a define é incompleto e contraditório, se confundindo com outros institutos contratuais. Sendo o artigo 2º, §2º da Lei nº 11.079 que define: "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".

O conceito trazido por tal legislação traz como objeto do contrato a prestação de um serviço do qual a Administração pode ser usuária direta ou indireta, não abrangendo, necessariamente, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens. Portanto, difere-se da concessão patrocinada, pois tem objeto a simples prestação de serviço sem característica de serviço público.

Ainda, contrariamente à concessão patrocinada, o concessionário irá apenas assumir a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública, que continuará com a gestão do serviço.

A execução material de uma atividade prestada à Administração, num primeiro momento, pode confundir a concessão administrativa com o contrato de empreitada. Porém, a concessão administrativa é regulamentada pelas leis nº 11.079; nº 8.987 (arts. 21, 23, 25 e 27 a 39) e nº 9.074/95 (art. 31), enquanto a empreitada é regulamentada pela Lei nº 14.133/2021.

Outro ponto importantíssimo para diferenciar a concessão administrativa da empreitada é o fato da primeira ser regulamentada por diversos dispositivos que também fazem parte da concessão de serviço público, como por exemplo os definidos pelo art. 3º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004 acerca dos seguintes artigos da Lei nº 8.987: arts. 21 e 23, referentes ao contrato; art. 25 que trata da responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, usuários e terceiros; art. 25, §§ 1º a 3º que trata da subcontratação; art. 27 referente à transferência da

---

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 357-9

concessão; art. 29 e 31 acerca dos encargos do poder concedente e da concessionária, respectivamente; art. 32 a 34 referentes à intervenção; art. 32 a 39 que tratam da extinção - encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência, extinção da empresa e reversão.

Muitos destes conceitos, já descritos anteriormente neste trabalho, trazem diversas indicações de poderes e responsabilidades do poder concedente referentes à gestão do serviço prestado pela concessionária. Diferentemente do que ocorre na empreitada, que é um contrato onde há a simples execução material de uma atividade.

De modo a sanar qualquer incerteza acerca da definição, DI PIETRO<sup>29</sup> argumenta que a concessão administrativa:

constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, §3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros - os usuários - está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário). [...] O que não existe, na concessão administrativa, é a tarifa cobrada do usuário porque, nesse caso, haveria concessão patrocinada. Por essa razão, o objeto do contrato só poderá ser serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado.

Entende-se, portanto, que para uma concessão ser considerada administrativa, esta deve ser constituída por um contrato de prestação de serviço remunerado somente pela Administração, cujo objeto é um serviço sujeito à algumas normas da Lei nº 8.987, sendo um serviço administrativo ou serviço social não exclusivo do Estado.

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 359

### 3 CONTRATOS DECORRENTES DA CONCESSÃO

Os contratos de concessão, sejam eles de qualquer tipo, podem se desdobrar em diversos outros subcontratos que são diretamente ligados ao seu objeto. Alguns deles são de extrema importante para o direito da infraestrutura, sendo interessante aprofundá-los neste trabalho. Dos quais: o contrato de mútuo; o contrato de seguro e o contrato de obra. Tais contratos são feitos pela Concessionária com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados<sup>30</sup>.

#### 3.1 Do contrato de mútuo

De acordo com os artigos 586 e 587 do Código Civil, o contrato de mútuo consiste em "*empréstimo de coisas fungíveis*" no qual o mutuário obriga-se "*a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade*". Ocorre então a transferência do "*domínio da coisa emprestada ao mutuário*", que se torna proprietário da coisa e absorve "*todos os riscos dela desde a tradição*".

Segundo GONÇALVES (2017, p. 349), este contrato:

Constitui empréstimo para consumo, pois o mutuário não é obrigado a devolver o mesmo bem, do qual se torna dono (pode consumi-lo, aliená-lo, abandoná-lo, p. ex.), mas sim coisa da mesma espécie. [...] Se o mutuário puder restituir coisa de natureza diversa, ou soma em dinheiro, haverá respectivamente troca ou compra e venda, e não mútuo, salvo, no último caso, se o empréstimo for de dinheiro, que é bem fungível.

Tal contrato tem como características ser:

1. translativo (pois ocorre a transferência de propriedade da coisa emprestada como consequência da impossibilidade de restituí-la na sua individualidade)<sup>31</sup>;
2. real (por não se concretizar apenas com a promessa da entrega da coisa, e sim com a efetiva transferência da posse natural, isto é, do domínio da coisa)<sup>32</sup>;
3. em regra, gratuito (a gratuidade é da natureza do mútuo e não de sua essência, já que, caso seja empréstimo de dinheiro, se torna oneroso, com a estipulação de juros. Sendo chamado

<sup>30</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 p.566

<sup>31</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 354

<sup>32</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Trad. De Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973 v. III, p. 318



nesse caso *mútuo fenerático*. A onerosidade do mútuo, portanto, é concebida na existência de uma contraprestação.)<sup>33</sup> ;

4. unilateral (é unilateral, já que, após a entrega do objeto pelo mutuante (aperfeiçoamento do contrato), as obrigações do contrato se tornam exclusivas do mutuário. Esta hipótese se mantém no caso do mútuo fenerático, pois a obrigação de pagar os juros também é do mutuário.)<sup>34</sup>;

5. não solene (por não ter uma formalidade especial para sua celebração. Deve apenas obedecer a exigência dos artigos 227 do Código Civil e 401 do Código de Processo Civil, que determinam a sua forma escrita)<sup>35</sup>;

6. temporário (o artigo 592 do Código Civil estipula prazos para os casos de produtos agrícolas e dinheiro quando não determinados em contrato e indica que no caso de qualquer outra coisa fungível, se não for determinado ou determinável pelo mutuante, se torna uma doação).

GONÇALVES (2017, p. 352) determina como requisito subjetivo do contrato de mútuo que "o mutuante deve ser proprietário daquilo que empresta e ter capacidade para dispor da coisa. O mutuário também há de ser habilitado a obrigar-se".

Nos regimes de concessões, este contrato é muito utilizado na forma de contrato de mútuo de escopo específico, sendo um contrato de financiamento, que advém da relação estabelecida entre a Sociedade de Propósito Específico e o agente financiador<sup>36</sup> e tem como objetivo financiar o desenvolvimento e execução do empreendimento<sup>37</sup>.

### 3.2 Do contrato de seguro

Em relação ao contrato de seguro, o Código Civil, em seu artigo 757, o define como contrato do qual a parte contratada, a seguradora, se obriga, mediante o recebimento de um "prêmio" a "garantir interesse legítimo" da contratante, o segurado, "*relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*".

Para o autor Pedro Alvim<sup>38</sup>:

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 350.

<sup>34</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 350

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 350

<sup>36</sup> ENEI, José Virgílio Lopes. *A Lei de Concessões em Evolução: as Inovações da Lei do Bem (Lei nº 11.196/05)*. Revista do Direito da Energia, São Paulo, n. 6, nov/2017, p. 27.

<sup>37</sup> PINESE, Paulo Henrique Signori. *O regime jurídico do contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no financiamento de projetos (Project Finance)*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09122015-145013. Acesso em: 2022-03-31.

<sup>38</sup> ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 113 e 115.

Seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto. [...] convém aos seguros de dano e de pessoa. Delimita os contratos de seguro e de jogo, pois não se aplica a este, dada a exigência de ser o risco do próprio segurado. Seu maior mérito é pôr a salvo a unidade de conceito do contrato de seguro.

Gonçalves<sup>39</sup> aprofunda o tema ao dizer que o seguro tem o risco como característica principal e essencial. Nesse contrato o risco é transferido para a seguradora que, segundo o artigo 757, parágrafo único do Código Civil, precisa ser uma sociedade anônima, mútua ou uma cooperativa, autorizada pelo Governo e que assume o risco mediante o pagamento de um prêmio. A seguradora se compromete a indenizar o segurado caso o risco se concretize por meio da ocorrência de um sinistro (a ocorrência de fato aleatório, que diferente do risco, não estará necessariamente no contrato). Caso não ocorra o sinistro, o prêmio pago não será reembolsado e tão pouco ocorrerá o pagamento de qualquer indenização.

Segundo Pedro Alvim<sup>40</sup> o risco é: "*o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes*". Sendo, portanto, qualquer tipo de interesse do segurado, que não necessariamente será danoso.

O Código Civil garante, em seu artigo 762, que: "*nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro*". Dando limite ao princípio da liberdade contratual para garantir a ordem pública e a segurança jurídica.

Os artigos 765 e 766 do mesmo código trazem a conduta esperada das partes perante o negócio jurídico celebrado ao dispor que: "*O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes*". Desse modo: "*se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido*". No caso de, comprovada a má-fé do segurado: "*o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio*"

---

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 501-2.

<sup>40</sup> ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 214 e 215.

Sobre esse ponto, Gonçalves<sup>41</sup> explica: "*compete ao segurador o ônus de provar que o valor da garantia ultrapassa o da coisa segurada e que o segurado agiu dolosamente ao apresentar a sua proposta*".

Mais especificamente em relação à conduta do segurador, o artigo 773 a limita ao dizer que: "*o segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado*".

Outro ponto importante a ser destacado é determinado no artigo 781 do Código Civil, que traz mais um preceito proibitivo "*a indenização não pode ultrapassar o valor de interesse do segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador*". Sem desprezar o determinado acima, o artigo seguinte (782) admite a celebração de contratos de resseguro, com a condição de que o pagamento de indenizações no caso de sinistro não ultrapasse, em conjunto, o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato.

José Augusto Delgado<sup>42</sup> doutrina em conformidade à legislação ao afirmar que: "*não se deve, em nenhuma hipótese, o valor da indenização se afastar do princípio de que ele deve ser igual ao do interesse segurado no momento do sinistro, sob pena de se provocar enriquecimento indevido do segurado e desnaturar-se a finalidade do contrato de seguro*".

Desse modo, tal contrato tem como características ser:

1. bilateral ou sinalagmático (por gerar obrigações para as duas partes - o pagamento do prêmio pelo segurado e o pagamento de indenização no caso de ocorrência de um sinistro);
2. oneroso (gera proveito para as partes por meio da realização de sacrifício pecuniário, sendo a garantia contra os efeitos do risco para o segurado, mediante pagamento do prêmio e o recebimento deste pelo segurador sobre a possível ocorrência de um sinistro que gerará a obrigação do segurador pagar indenização ao segurado)<sup>43</sup>;
3. aleatório (o cumprimento do contrato pelo segurador está sujeito à concretização do risco por meio da ocorrência do sinistro);
4. de adesão (pois, aperfeiçoa-se mediante a aceitação do segurado de cláusulas previamente elaboradas e presentes na apólice, sem abertura para negociação entre as partes)<sup>44</sup>.

O aperfeiçoamento do contrato de seguro é por meio da aceitação da apólice que, segundo o artigo 760 do Código Civil, pode ser *nominativa*, quando transferidas por cessão

---

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 510

<sup>42</sup> DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XI, t. I. p. 688.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 503

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 503

civil; *à ordem*, quando transferidas por endosso e *ao portador*, quando transferida por simples tradição.

Na apólice deve constar, segundo o artigo 760 do Código Civil, "*os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário*". No caso de dúvida em relação à interpretação do contrato, o artigo 423 do mesmo código, garante ao segurado a interpretação mais benéfica do contrato, já que este é por adesão.

A prescrição dos contratos de seguro é regulada pelo Código Civil, em seu artigo 206, § 1º, II, letras *a* e *b*, e § 3º, IX.

Inicialmente, o § 1º, II indica que prescreve em:

um ano a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão

Já o § 3º, IX dispõe que prescreve em: "*três anos [...] IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório*".

Por fim, o artigo 206, § 1º, II, *b*, determina que se conta o prazo prescricional: "*da ciência do fato gerador da pretensão*". Ainda, a Súmula 229 do Supremo Tribunal de Justiça informa que "o pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão. Em conformidade à legislação, Gonçalves (2017, 539) afirma:

não se refere o aludido dispositivo legal, portanto, à data da ciência do sinistro, mas à da resposta negativa da seguradora, ou seja, à da ciência ao segurado de que foi violado o seu direito à percepção da indenização.

Os contratos de seguro são, portanto, de extrema importância para os contratos de concessão. Trazem redução de risco econômico para a concessionária perante os vultuosos investimentos aplicados seja para prestação de serviços à Administração, execução de obra pública ou uso de bem público.

Os contratos de concessão de obra pública, por exemplo, geralmente demandam muito investimento econômico, tecnológico e temporal e em decorrência de inúmeras variantes geológicas, econômicas e de interesse público trazem um grande risco para a concessionária de que seus custos aumentem exponencialmente. O contrato de seguro vem para garantir uma

segurança jurídico-econômica de que a concessionária não terá prejuízos em decorrência de qualquer sinistro.

Os contratos de seguro não só protegem os interesses da concessionária como também da própria Administração, já que o Poder Público está dispondo de recursos públicos na realização de licitação com a expectativa de receber uma obra pronta num tempo determinado e esperado para suprir o interesse público.

### 3.3 Do contrato de obra

Para os casos em que a Administração necessite especificamente da execução de uma obra pública, seja construindo-a, reconstruindo-a ou reparando-a, utilizará do contrato de obra pública ou empreitada administrativa<sup>45</sup>.

A doutrina trata o contrato de obra como uma espécie dos contratos de construção, dos quais apresentam um significado abrangente sendo considerado, portanto, um gênero. A gama das atividades abarcadas pelos Contratos de Construção é consideravelmente ampla e compreende desde os serviços de elaboração de projetos, estudos e análises preliminares, até os trabalhos de construção propriamente ditos<sup>46</sup>.

O Direito positivado brasileiro ao trazer o conceito de contrato de empreitada não a definiu explicitamente. Têm-se nos artigos 610 a 626 do Código Civil de 2002 a previsão de tal contrato como tipo contratual autônomo, porém não é uma definição concreta de tal tipo contratual, a exemplo do artigo 610 que apenas reproduz o artigo do código anterior (Código Civil de 1916) e diz "o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com o seu trabalho ou com ele e os materiais"<sup>47</sup>.

Já a doutrina o define com consistência e profundidade. No geral, considera-se contrato de empreitada como aquele por meio do qual se contrata a execução de uma obra, entendida esta como a obtenção de um resultado. Desse modo, equivale à prestação onerosa de qualquer obrigação de resultado<sup>48</sup>. Porém, essa definição não é suficiente para entendermos especificamente a empreitada no âmbito da construção, já que, como explica PONTES DE MIRANDA:

---

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 587

<sup>46</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 160

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 165

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 165-6

É amplíssimo o âmbito dos suportes fáticos sobre os quais incidem as regras jurídicas sobre empreitada.

O objeto que se quer criado, destruído ou modificado pode ser corpóreo ou incorpóreo. Quem conclui contrato de empreitada para que outrem lhe tire o retrato, ou lhe pinte ou desenhe o retrato, contratou empreitada de bem corpóreo e de bem incorpóreo, ou somente de bem corpóreo. [...] Quem incumbe alguém de escrever livro, a que se dê o nome do empreitante, há contrato de empreitada que torna invocável o art. 667 do Código Civil [de 1916].

O chofer de automóvel, que transporta mediante taxa, é empreiteiro, porque não loca serviço, mas faz obra. O grupo que promete representar a peça de teatro, ou dar o concêrto, ou fazer exibição ginástica, é empreiteiro, e não locador de serviços. [...]

O contrato concluído com o médico, mais freqüentemente com o cirurgião, pode ser empreitada. O que é preciso é que se haja prometido a produção do resultado, e não a prestação dos serviços. O cirurgião que faz o preço x pela operação é empreiteiro, e não locador de serviços. O médico que promete curar a asma por x, empreiteiro é. Mas há, também, a empreitada do médico ou do cirurgião sem alusão ao bom êxito do resultado. O que empreitou foi a operação-obra, ou o tratamento-obra<sup>49</sup>.

Desse modo, é preciso aprofundar ainda mais a definição do conceito de empreitada para entendermos o seu uso na construção. Deve-se ter como premissa que o resultado desse contrato de empreitada seja uma obra de engenharia. SARRA<sup>50</sup> argumenta:

Tendo isso em mente, examine-se o tipo legal do contrato de empreitada no Código Civil de 2002 (artigos 610 a 626), com o intuito de identificar qual o sentido empregado. De um lado, há artigos que, pela amplitude semântica do conceito de "obra", admitem a interpretação *lato sensu* da empreitada. é o caso, por exemplo, dos artigos 610 a 617. Por outro lado, há dispositivos que se referem especificamente à empreitada de construção, como os artigos 618, 622, 623 e 625, inciso II do Código Civil de 2002. [...] O escopo do empreiteiro é a própria execução da obra, seja por si próprio, seja por meio de terceiros. [...] os eventuais fornecedores e prestadores de serviço irão participar da execução da obra como subcontratados do empreiteiro, sem relação jurídica direta com o dono da obra. Perante este, figura apenas o empreiteiro.

Especificamente no âmbito dos contratos da indústria da construção, existe um modelo específico de escopo utilizado para contratação por empreitada. Sendo ele o *General Contracting* ou *Design, Bid and Build* (DBB), que é compatível com a legislação brasileira em seu Código Civil de 2002, que, ao regulamentar a construção por empreitada, traz como escopo do empreiteiro, em seu artigo 610, a própria obra.

O modelo de contratação *Design, Bid and Build* (DBB) em tradução literal é *projetar, licitar e construir*, e se consolidou como principal modelo de contratação na construção civil.

<sup>49</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Tratado de direito privado*, t. XLIV, Direito das obrigações. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 512 e 517

<sup>50</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 167

Sua principal característica é a separação entre o projeto, de responsabilidade do dono da obra, e a construção, de responsabilidade do construtor. Em sua forma mais característica, compreende três etapas sucessivas: elaboração do projeto básico de concepção da obra, realização de processo de contratação do construtor e, por fim, execução das atividades de construção propriamente ditas. De modo muito claro, SARRA discorre sobre as etapas do processo de contratação por DBB<sup>51</sup>:

Primeiramente, o dono da obra contrata o projetista para elaborar os projetos e demais especificações que definem o empreendimento idealizado. O objetivo é que essa documentação seja apresentada no subsequente processo de concorrência, servindo de base aos participantes na elaboração de suas propostas. Por isso, o ideal é que contemple um grau de detalhamento que permita às propostas serem tão precisas quanto possível. Em projetos de maior porte, é possível que o dono da obra também recorra ao auxílio denominado *quantity surveyor*, profissional que normalmente não se emprega no Brasil e cuja função é realizar o cálculo das quantidades de materiais e da estimativa de custos do empreendimento, de modo a aprimorar sua viabilidade construtiva e facilitar a análise dos orçamentos que serão apresentados.

Com a documentação pronta, passa-se à segunda etapa, consistente no processo de contratação do construtor que irá executar a obra no papel de *general contractor*. Para tanto, via de regra se promove um processo de concorrência, em que o dono da obra especifica as condições de contratação e apresenta os requisitos que definem o empreendimento a ser orçado, fornecendo a documentação previamente preparada. Pretende-se, com isso, que os participantes preparem suas propostas com base nos mesmos pressupostos, facilitando a análise e a comparação pelo dono da obra. Encerrada a concorrência e escolhido o vencedor, procede-se à assinatura do contrato de construção entre o dono da obra e o construtor.

Inicia-se, então, a terceira fase, consistente na execução da obra. No DBB, o construtor desempenha o papel de *general contractor*, que concentra em si a responsabilidade pelas atividades necessárias à execução da obra cujos projetos de concepção (projetos básicos) lhe foram entregues. Seu escopo, por conseguinte, compreende não apenas o fornecimento dos recursos necessários, mas também a coordenação das diversas atividades a serem realizadas e, sobretudo, a contratação e o gerenciamento dos eventuais subcontratados. O *general contractor*, conseqüentemente, figura como a interface do dono da obra no que respeita à execução do empreendimento. Paralelamente, é possível que o dono da obra contrate o projetista para atuar como um consultor seu durante a execução da obra, cabendo-lhe verificar a boa evolução das atividades, bem como o cumprimento do projeto fornecido.

No que concerne à responsabilidade perante qualquer erro na obra será preciso entender a dinâmica presente entre os participantes da DBB. Existem relações distintas dentro dessa organização, sendo elas: 1) entre o dono da obra e o projetista e 2) entre o dono da obra e o

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 110 a 112

construtor. Desse modo, verificada uma desconformidade na obra concretamente realizada, será preciso apurar se houve um erro de projeto ou um erro de execução<sup>52</sup>.

Sobre essa responsabilização, SILVA<sup>53</sup> opinou que "*A desvantagem do DBB era que, muitas vezes, havia um descompasso entre as fases de engenharia e construção, sendo que eventuais falhas de engenharia, contratada diretamente pelo dono da obra, não eram suportadas pelo construtor*".

Além disso, no DBB existe ainda a possibilidade de o empreiteiro realizar alguma atividade na elaboração do projeto ou de ser atribuída ao construtor a elaboração de projetos executivos do empreendimento sem afastar a responsabilidade do dono da obra. No primeiro caso, o dono da obra deixa a cargo do construtor a própria elaboração de uma pequena parte do projeto, sem que essa supere uma parcela limitada do projeto e esta desconfigure a separação entre o projeto e a construção característica do DBB. Já em relação à elaboração de algum projeto executivo pelo construtor, é preciso entender que este projeto será apenas um detalhamento com vistas à execução da obra já definida no projeto básico. Portanto, qualquer responsabilidade do construtor pela elaboração dos projetos executivos não o torna responsável pela concepção da obra em si, que ocorrerá por meio dos projetos básicos, de responsabilidade do dono da obra<sup>54</sup>.

O §2º do artigo 610 e os artigos 612 e 622 do Código Civil de 2002 regulamenta a separação entre as atividades de elaboração do projeto de execução da obra. Estes artigos são responsáveis por viabilizar a separação das fases de elaboração de projeto básico e de construção, bem como a diferenciação entre os papéis do projetista e do empreiteiro construtor<sup>55</sup>. SARRA explora os artigos citados acima de maneira a demonstrar a compatibilidade do modelo DBB com a legislação:

O §2º do artigo 610 é bastante claro nesse ponto, permitindo que o autor do projeto não seja a mesma pessoa que irá executá-lo. Os artigos 621 e 622 também indicam a possibilidade de haver a tríade de agentes característica do DBB: o "autor do projeto" (projetista), o "terceiro" que executará o projeto (empreiteiro) e o "proprietário da obra" (dono da obra). Tanto se permite essa distinção de agentes que, salvo nas hipóteses expressamente mencionadas, é vedado ao dono na obra modificar o projeto elaborado pelo projetista sem o consentimento deste, ainda que a execução do projeto seja contratada com um

<sup>52</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 113

<sup>53</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. *Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual*. In: Id. (org.) *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>54</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 113 a 115

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 167-8



terceiro. A empreitada, por conseguinte, mostra-se adequada para estruturar juridicamente o modelo de escopo DBB.

Em relação às obras realizadas para a Administração pública, estas pode dar-se por meio de contratos de empreitada ou por administração da contratada. O mais usual é o por empreitada, em que o particular executa a obra por sua conta e risco, percebendo remuneração por preço global (preço ajustado para a totalidade da obra) ou por preço unitário (preço avençado por unidade, p. ex., para cada revestimento de piso ou para cada área de muro construído). Ter-se-á a administração contratada quando se convencionar a execução de obra pública mediante reembolso de todas as despesas havidas para a sua realização e pagamento de remuneração ajustada para o trabalho de administração<sup>56</sup>.

Para uma boa execução de uma obra pública é possível, portanto, optar por um entre diversos processos. Sendo eles<sup>57</sup>:

a) execução direta ou execução por administração, quando o Estado executar a obra pública construindo-a ou reparando-a sob sua responsabilidade, utilizando-se de seu pessoal e de seus próprios recursos, dispensando a colaboração de particulares. Assim sendo, a obra pública realizar-se-á mediante o desempenho de agentes públicos e operários contratados por dia, sob a direção e supervisão da Administração. A Administração adquirirá, com seus recursos, o material necessário e recrutará mão de obra, mediante contrato de fornecimento, locação de serviço e contrato de trabalho;

b) execução indireta ou execução por empreitada, se a obra pública for executada por pessoa alheia à Administração, que celebra com o Estado contrato de empreitada, recebendo uma remuneração pela realização da obra ou proporcional ao trabalho efetuado, respondendo pela execução integral do serviço contratado;

c) execução mediante concessão ou concessão de obra pública, se a Administração entregar a execução da obra a uma pessoa que ficará com o dever de gerir o serviço público, que decorrerá da obra, recebendo os futuros usuários uma tarifa como remuneração, em vez de receber do Estado uma retribuição ao término da obra.

<sup>56</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo, ed. Celso Bastos, 2002. p. 223-4

<sup>57</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Contrato de obra pública*, In: *Direito atual dos contratos*, Cadernos Fundap, n. 11, 1985 p. 27 a 39; CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977; id. *Concessão de obra pública*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 17. p. 390-2; BEZZI, *El contrato de obra pública*, 1982.

Não é a Administração que remunera o concessionário pela construção da obra; serão os futuros usuários, por meio de contribuição de melhoria ou por meio de tarifas fixadas no contrato<sup>58</sup>.

O caso do pagamento por meio de contribuição de melhoria ocorrerá quando Poder Público instituir contribuição de melhoria para remunerar o concessionário, desse modo considera-se a hipótese em que a obra é paga pelos que experimentaram proveito em decorrência dela (cf. Hector Jorge Escola, 1979, t. 2:309)<sup>59</sup>.

No caso do pagamento por tarifas, ao concessionário é assegurado o direito de administrar o serviço pelo tempo necessário para recuperar o capital que investiu e ainda obter um lucro. A rescisão unilateral do contrato antes do tempo estabelecido dará ao concessionário o direito de ressarcimento dos prejuízos. Exemplos de contrato desse tipo seriam aqueles que tivessem por objeto a construção de uma ponte, de um viaduto, de uma estrada, e em que se assegure ao concessionário o direito de cobrar pedágio durante certo tempo, para ressarcimento dos gastos efetuados; ou, ainda, a construção de um estacionamento, que fosse administrado posteriormente pelo mesmo concessionário que o construiu<sup>60</sup>.

Nesse tipo de contrato, não há subordinação do empreiteiro (que não é empregado) à Administração Pública. No entanto, o Estado responde objetivamente se a execução da obra ou do serviço causar dano a terceiro, sendo-lhe assegurado o direito de regresso em face do empreiteiro, se ele tiver agido com culpa<sup>61</sup>.

Indo mais adiante na figura da empreitada administrativa (feita com a Administração Pública. Trata-se da mesma empreitada do direito privado, mas acrescida de características peculiares dos contratos administrativos, que têm cláusulas exorbitantes. Atualmente a empreitada está disciplinada na Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021)<sup>62</sup>; no Regulamento do Procedimentos Licitatório Simplificado da PETROBRÁS (Decreto nº 2.745/1998); Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/2011) e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

Tais diplomas regulamentam tanto o procedimento a ser seguido para se efetivarem as contratações públicas, quanto as modalidades contratuais que podem ser utilizadas para tanto.

---

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 374

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 374

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 375

<sup>61</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.498

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.498

Quanto ao que dispõem sobre o regime de contratação de obras públicas será interessante discorrermos, primeiramente, sobre como definem a palavra "obra". Sendo:

Artigo 6º inciso XII - toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel.

Tal definição também é verificada no Regulamento do Procedimento Licitatório da PETROBRAS, na Lei do RDC e na Lei das Estatais, que não apenas se referem de forma expressa a "obras de engenharia", como trazem outras normas que regulam aspectos técnicos específicos da contratação de obras de Engenharia e Arquitetura<sup>63</sup>.

A contratação de obras públicas no Brasil utiliza, em regra, a modalidade *design bid and build*. "Nela, é feito um processo competitivo e uma pessoa é contratada para projetar a obra. Concluídos os projetos, é realizado outro processo competitivo e outra pessoa, distinta do projetista, é contratada para executar a obra."<sup>64</sup>.

O procedimento para contratação via DBB com a Administração se inicia com a elaboração dos projetos e do ato convocatório da licitação pela Administração Pública, constituindo a "etapa interna" para, depois, com a divulgação da licitação, iniciar-se a "etapa externa"<sup>65</sup>.

As etapas de elaboração do projeto, contratação do construtor e execução da obra devem ser realizadas de forma sucessiva e sem sobreposição. Além disso, o processo de contratação do construtor deve ocorrer somente após a definição da obra pelo projeto básico previamente preparado pelo contratante<sup>66</sup>.

Portanto, fica claro que o tipo contratual da empreitada previsto na legislação aplicável às contratações de obras pela Administração Pública também é vinculado ao modelo de escopo do DBBV, corroborando as conclusões sustentadas no exame do Código Civil de 2002. Nesse sentido, as normas aplicáveis ao Poder Público inclusive vedam expressamente a utilização da empreitada para fins de estruturar operações *Design and Build* (DB) nas quais o contratado pelo dono da obra cumula responsabilidades pela concepção do projeto e pela construção da obra<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 175

<sup>64</sup> CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, Tese de Doutorado em Direito Comercial, p. 98, destaque no original.

<sup>65</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, artigo 7º, item 2.4.6, p 222-3

<sup>66</sup> SARRA DE DEUS, Adriana Regina. *O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 177

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 121 e 182



#### 4 CONCEITO DE CLÁUSULA “BACK TO BACK”

Para que possamos compreender o conceito e o conteúdo da cláusula *back to back* será necessário entendermos, primeiro, como funciona o instituto dos subcontratos, contratos acessórios ou contratos derivados, pelo Direito Civil.

Segundo GONÇALVES<sup>68</sup>, os contratos acessórios são aqueles que dependem, lógica e juridicamente, de outro como premissa indispensável. Assim, são os que têm sua existência subordinada à do contrato principal.

MESSINEO<sup>69</sup> também discorre sobre este assunto e afirma que "a função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal. Sendo considerados contratos acessórios não somente os de garantia, e também os que têm como pressuposto outro contrato."

De modo similar, porém, de maneira mais profunda, RAMON LÓPEZ<sup>70</sup> afirma que o contrato acessório é:

[...] o contrato derivado e dependente de um anterior da mesma natureza, que se concretiza em consequência da atitude de uma das partes contratantes, que, em vez de executar as obrigações assumidas no contrato original, decide por contratar com terceiro a execução dessas obrigações, com base no contrato anterior do qual é parte.

Outro ponto crucial para entender os subcontratos, portanto, é o fato de estes estarem limitados em seus direitos aos direitos concedidos pelo contrato principal. SÍLVIO VENOSA<sup>71</sup> é cirúrgico em suas considerações sobre tal discussão:

[...] como consequência da derivação, o direito contido no subcontrato tem como limite o direito contido no contrato-base; sua extensão não pode ser ultrapassada. Aplica-se o princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direito do que tem (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quond no habet*). No mesmo diapasão, se o contrato principal se extingue, extingue-se o contrato derivado por impossibilidade material de sua continuação.

Dentro dos contratos de construção o contrato acessório é utilizado com muita frequência e pode ser muito bem explicado por WALTER VÁSQUEZ REBAZA<sup>72</sup>:

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

<sup>69</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. Fontanarrosa, Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1952. t. I, p. 435-436

<sup>70</sup> LÓPEZ, Ramon. *El subcontrato*. Madrid: Tecnos, 1973, p. 193-198

<sup>71</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. e 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. II, p. 425.

<sup>72</sup> REBAZA, Vásquez. W. *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*. Derecho & Sociedad. 2021. p. 55. Disponível em:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23234> Acesso em: 22 março 2022.

Do ponto de vista “objetivo”, a subcontratação de obra não se configura quando o empreiteiro intermediário (ou seja, o empreiteiro principal) confia a execução de qualquer prestação, responsabilidade ou risco assumido na sua relação com o cliente. Por outro lado, haverá subcontratação stricto sensu quando o empreiteiro principal cria uma nova relação contratual – o subcontrato – no qual faz download de blocos de projeto (que implicam uma série de situações jurídicas passivas), que passam a ser administrados pelo subempreiteiro. Para tais fins, o subcontratado assume sua própria “direção técnica”. Já do ponto de vista “subjeto”, na subcontratação da área de construção, três agentes econômicos interagem como partes, respectivamente, de dois contratos distintos: (i) o contrato base e (ii) o contrato derivado (ou “subcontrato” propriamente dito).

REBAZA<sup>73</sup> continua:

Ambos os acordos estão ligados pela própria natureza da subcontratação, na medida em que o contrato de base funciona objetivamente como pressuposto lógico essencial para a existência do subcontrato. Nas hipóteses descritas, uma das partes do contrato base é negociada com um terceiro, dando origem a um contrato diferente (contrato derivativo) em que o tipo de negociação em que o esquema principal está subsumido é replicado de forma inversa. Então, na subcontratação, o contratante principal assumirá o papel econômico de cliente, enquanto sua contraparte assume o papel que o contratante ocupava no contrato principal. Ou seja, se no contrato-base o sujeito ocupa a posição de locatário, depositário ou contratante, no contrato derivado (subcontrato) ocupará a posição antagônica: (sub)locador, (sub)depositário, (sub)principal.

A partir deste entendimento, é possível perceber a ideia de que a cláusula *back to back* tem a intenção de constituir um subcontrato dentro do contrato principal, no qual esta cláusula será inserida.

Segundo REBAZA<sup>74</sup>, uma operação *back to back*:

Visa principalmente mitigar o risco de dissociação ou “lacuna de responsabilidade” a que o empreiteiro geral pode estar exposto. Para este efeito, o empreiteiro principal estrutura o subcontrato de forma que, sem alterar formalmente a sua relação com o cliente, faça com que o subempreiteiro assuma financeiramente –como se fosse o empreiteiro principal relativamente à parte subcontratada do projeto– a execução de um acúmulo de situações jurídicas passivas (obrigações, responsabilidades e riscos) que o contratante principal havia recebido originalmente do cliente.

A operação é chamada de *back to back*, portanto, quando há o repasse de obrigações e responsabilidades do construtor-projetista para o subempreiteiro. Existe uma preocupação por parte do contratante principal de evitar que os riscos da operação caiam sobre si por meio da existência de lacunas na distribuição das responsabilidades do contrato.

<sup>73</sup> REBAZA, Vásquez. W. *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*. Derecho & Sociedad. 2021 p. 55. Disponível em:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23234> Acesso em: 22 março 2022.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 57.

#### 4.1 Diferença entre a transferência de obrigação e a cláusula “back to back”

Na aplicação prática do direito contratual brasileiro muitas vezes ocorre uma confusão conceitual que pode levar a graves consequências, principalmente no caso da ocorrência de algum fato que acarrete prejuízos. Tal equívoco ocorre na utilização do instituto da transferência de obrigações contratuais como se fossem a cláusula *back to back*.

Para que ocorra a transferência de obrigações contratuais deve haver a alteração na composição de seu elemento pessoal, sem que esse fato atinja sua individualidade, de modo que o vínculo contratual subsistirá na sua identidade, apesar das modificações operadas pela sucessão singular ativa ou passiva<sup>75</sup>.

Acerca desse ponto GONÇALVES<sup>76</sup> elucida:

O ato determinante dessa transmissibilidade das obrigações denomina-se *cessão*, que vem a ser a transferência negocial, a título gratuito ou oneroso, de um direito, de um dever, de uma ação ou de um complexo de direitos, deveres e bens, de modo que o adquirente, denominado *cessionário*, exerça posição jurídica idêntica à do antecessor, que figura como *cedente*.

Para SILVIO RODRIGUES<sup>77</sup>:

A cessão de contrato, ou melhor, a cessão de posições contratuais, consiste na transferência da inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída.

A expressão cessão de contrato utilizada por RODRIGUES não condiz com o que a doutrina contemporânea reconhece, já que não é o contrato que é cedido, mas os direitos e deveres emergentes da posição de contratante<sup>78</sup>, porém, é fundamental para que entendamos o conceito de transferência de obrigações.

Essa transferência ocorre por meio da cessão para um terceiro da posição jurídica de um dos contraentes no contrato bilateral. Tal cessão envolve três personagens: o *cedente* (que transfere a sua posição contratual); o *cessionário* (que adquire a posição transmitida ou cedida); e o *cedido* (o outro contratante, que consente na cessão feita pelo cedente). O contrato-base transferido deve ter natureza bilateral, gerando obrigações recíprocas.<sup>79</sup>

Consolidado o conceito de transferência de obrigações, podemos relembrar o que foi dito acerca da cláusula *back to back* para que possamos diferenciá-las corretamente. Sabemos

<sup>75</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 217

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 217

<sup>77</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2 p. 109.

<sup>78</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. II, p. 344; CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, São Paulo: Saraiva. 1987 p. 66

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 242-3

que para que ocorra a operação *back to back* deve haver o repasse de obrigações e responsabilidades do construtor-projetista para o subempreiteiro, isto é, o empreiteiro principal estrutura o subcontrato de forma que, sem alterar formalmente a sua relação com o cliente, faça com que o subempreiteiro assuma financeiramente –como se fosse o empreiteiro principal relativamente à parte subcontratada do projeto– a execução de um acúmulo de situações jurídicas passivas (obrigações, responsabilidades e riscos) que o contratante principal havia recebido originalmente do cliente<sup>80</sup>.

Ocorre na cláusula *back to back*, portanto, a criação de um novo contrato (subcontrato dependente do contrato principal) de mesma natureza com um terceiro que assumirá as obrigações, responsabilidades e riscos que eram do contratante principal. Enquanto no instituto da transferência de obrigações contratuais, por meio da cessão, ocorre a mudança de uma das partes de um contrato pré-existente, sucedendo a transmissão da posição contratual para um terceiro.

## 4.2 Jurisprudência

O uso inadequado da transferência de obrigações e da cláusula *back to back* pôde ser observado no processo nº 1102041-34.2014.8.26.0100. Trata-se de apelação em ação de cobrança, fundada em contrato de prestação de serviços, cujo pedido principal foi julgado parcialmente procedente e improcedente o reconvenicional pela sentença de 1º grau e pelo acórdão de 2º grau para condenar a ré no pagamento de multa contratual.

Em análise profunda do acórdão<sup>81</sup> que julgou a demanda em 2º grau é possível verificar que a autora relatou em petição iniciou que firmou Consórcio ENFIL/DENVER -CED com a

---

<sup>80</sup> REBAZA, Vásquez. W. *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*. Derecho & Sociedad, 2021. p. 57. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23234> Acesso em: 22 março 2022.

<sup>81</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 27ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 1102041-34.2014.8.26.0100. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE COBRANÇA E RECONVENÇÃO. Sentença de parcial procedência da ação principal e improcedência da reconvenção. Apelo da ré reconvinte e recurso adesivo da autora reconvinda. Contrato de parceria para participação em procedimento licitatório de concessionária de energia para descontaminação e destinação final de equipamentos (transformadores e capacitores), óleo e solo, contaminados com triclorobenzeno e PCB (Bifenila policlerado). Rescisão do contrato de parceria pela ré reconvinte, sob a alegação de que a autora reconvinda deu causa à avaliação negativa da ré pela cliente AES Eletropaulo por não ter conseguido a liberação de sua área localizada em Suzano/SP e não ter realizado a importação do maquinário para a descontaminação do óleo mineral com retorno do óleo regenerado. Obtenção das licenças ambientais da área em Suzano/SP que era de responsabilidade de ambas as parceiras, conforme cláusula 4.7, “a”, do contrato de parceria. Incineração do óleo como alternativa à



ré a fim de participar de procedimento licitatório da empresa Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A - AES, celebrando as partes o "Contrato de Parceria, Prestação de Serviços e Outras Avenças", por meio do qual obrigaram-se ambas as empresas pela consecução do escopo do contrato mediante mútua colaboração, sem exclusão de responsabilidade de quaisquer delas pelo alcance do escopo final do contrato de prestação de serviços a ser firmado com a concessionária, o qual, a despeito de celebrado apenas em nome da ré, responsabilizava ambas as empresas pelo adimplemento, tanto que repartido em partes iguais o resultado financeiro.

A autora afirmou que foi notificada pela ré, fazendo missiva à comunicado remetido pela cliente AES em 31.01.2014, na qual foi informada da desconformidade da prestação dos serviços, no qual foi exigido a disponibilização de área licenciada (diversa da planta da cliente) para armazenamento de equipamentos contaminados até o dia 17.02.2014, diversamente do que fora contratado, pois o pacto previa que os equipamentos seriam tratados "dentro da localidade do cliente, na Rua do Lavapés, Cambuci, São Paulo/SP, até junho de 2014, ou outra data posterior, limitada a dezembro de 2014, a ser acordada com o cliente na reunião de início do projeto", ressaltando que, a partir de então, a ré passou a adotar conduta como se contratante fosse, até imputar à autora a culpa pela rescisão do contrato celebrado entre partes, vindo a entabular negociações com terceiros, excluindo a autora.

A autora declarou que a ré passou a negociar diretamente com a cliente AES em prejuízo da autora, impondo-lhe obrigações não assumidas e aceitando modificações contratuais perante

---

descontaminação e regeneração que foi incluída no plano de ação e aceita pela cliente AES Eletropaulo sem ressalvas, tornando inócua a discussão sobre a responsabilidade de importação do maquinário para descontaminação e regeneração do óleo. Descontaminação que, ademais, também era de responsabilidade de ambas as partes, as quais deveriam atuar de forma conjunta na resolução dos contratamentos. Ré que apenas imputou ambas as responsabilidades à autora, rescindindo unilateralmente o contrato de parceria em afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Multa da cláusula 6.1 devida à autora até o limite de 50% do valor total remanescente do contrato, a ser aferida em sede de liquidação. Ausência de evidências quanto à exclusão da autora nas tratativas entre a ré e a cliente AES Eletropaulo. Mudança do local de prestação dos serviços que, além de prevista no contrato entabulado com a concessionária ao qual se obrigou a autora, foi motivada pela desativação da planta do Cambuci. Busca pela ré por empresa terceira para continuidade dos serviços que foi incentivada pela própria autora e que, ademais, não se concretizou, não se vislumbrando, portanto, a quebra contratual de exclusividade, não sendo devida esta multa. Honorários advocatícios que devem ser arbitrados com base no valor da condenação, do proveito econômico ou da causa, tendo em vista a subsidiariedade da fixação por equidade. Precedente do C. STJ. Fixação que, no caso, ocorre com base no valor da condenação e do decaimento em relação à ação principal e no valor da causa em relação à reconvenção. Sentença parcialmente reformada.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Comarca da São Paulo. Relator: Alfredo Attié. Data de julgamento: 01.07.2021. Data de publicação: 27.07.2021. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14839679&cdForo=0>. Acesso em 20 de maio de 2022

a cliente. Ainda, a autora alegou que a ré descumpriu com os deveres de cooperação firmados com a autora no contrato de parceria, assumindo, fora dos limites da cláusula *back to back*, compromissos perante o cliente jamais negociados com a autora; negociou com parceiros durante a vigência do contrato, sem o conhecimento da autora e, por fim, rescindiu unilateralmente, e desmotivadamente, o contrato com a autora enquanto vigente o contrato de prestação de serviços com a cliente.

A autora ainda afirmou que a modificação dos parâmetros contratuais não poderia ser imposta à autora, sequer com base na cláusula *back to back*, a qual possui limites definidos no contrato. Entendendo assim, que a ré incorreu em infrações contratuais.

Em contrapartida, a ré imputou a culpa à autora que, além de não obter a licença da área de sua propriedade, cuja obrigação era exclusivamente sua, não importou o maquinário necessário para a implementação do serviço de total descontaminação do óleo mineral isolante com retorno do óleo regenerado, defendendo que a conduta gerou avaliação negativa da ENFIL pela cliente AES.

Restou incontroverso que as partes atuaram como parceiras na consecução do escopo do contrato celebrado com a concessionária de energia, consoante descrição de serviço feita alhures. Concordaram, ainda, que, por questões estratégicas, apenas a ré ENFIL figuraria naquele contrato como empresa "contratada", conforme item "d" do contrato de parceria, vigorando o princípio *back to back*, isto é, "aplicando-se a DENVER as disposições e obrigações assumidas pela ENFIL ao assinar o Contrato de Serviços, limitado ao escopo e participação da DENVER no projeto".

Foi analisado em processo que, a alteração do local da prestação dos serviços, ao contrário do que definido pela autora, não foi motivada pela "desconformidade dos serviços prestados" noticiada pela cliente AES, como asseverou na inicial, mas pela própria desativação da planta do complexo do Cambuci pela contratante AES, o que, além de ser de conhecimento da autora DENVER desde dezembro de 2013, conforme observado nos e-mails acostados aos autos, não contrariava o contrato de serviços entabulado com a concessionária de energia, primeiro porque lá se previa expressamente a possibilidade de alteração de locais de prestação de serviços e segundo porque tal contrato de serviços - ao qual a autora DENVER também se obrigou - prevalecia sobre quaisquer outras disposições contratuais, inclusive sobre o contrato de parceria, ao qual se apegou a autora para defender que os serviços deveriam ser prestados no complexo do Cambuci até junho de 2014 ou data posterior.

Desse modo, seja porque expressamente aprovou o contrato de serviços entabulado entre a ré ENFIL com a concessionária de energia, seja porque celebrou o contrato de parceria com cláusula *back to back*, não beneficia à autora a mera remissão ao prazo de prestação de serviços no complexo no Cambuci entabulado apenas entre as litigantes, até porque a própria atuação de descontaminação de transformadores pela concessionária de energia no local foi obstada pela própria CETESB, inviabilizando a continuidade dos serviços prestados pela contratada (ENFIL por meio da DENVER) naquele local, e não porque houve alteração contratual por parte da cliente AES, aceita pela ré ENFIL, sem a participação da autora, como esta pretendeu no processo. Não restando reconhecida a violação ao pacto de parceria como insistiu a autora.

O risco de rescisão do contrato de serviços entabulado com a AES com a imposição de condição posterior pela concessionária para a continuidade do avençado com a substituição da DENVER deveria ter sido assumido por ambas as litigantes, na medida em que a relação entre elas era de parceria e não de subcontratação. Ainda que reconhecida a responsabilidade da autora em importar *equipamento especializado de alta tecnologia*, a descontaminação do óleo era mesmo de responsabilidade de ambas as parceiras (tanto que a busca pela solução alternativa de incineração foi concretizada pela ré ENFIL), bem como a busca pela alternativa mais viável e com o melhor resultado, que, ao que constou, foi a incineração, até porque foi aceita pela cliente sem ressalvas. Ademais, nada confirma que a alternativa de incineração do óleo tenha gerado alguma consequência negativa à cliente a motivar a rescisão da parceria, como sustentou a ré. E ainda que houvesse a insatisfação da cliente nesse ponto, o contrato de parceria foi bastante claro quanto à responsabilização de ambas as partes, caso em que não seria devida multa contratual a nenhuma delas.

Em carta enviada pela AES à ENFIL em 10.10.2014 ficou demonstrado que a solicitação de mudança da "subcontratada" foi pautada na morosidade em obter a "regularização ambiental" e não na utilização da alternativa de incineração do óleo, de modo que a alegação de que a importação do maquinário para descontaminação e regeneração do óleo realmente não poderia ser fator motivador da rescisão do contrato.

Mesmo não havendo prova de que a autora DENVER tenha investido capital para construção e importação de equipamento especializado de alta tecnologia, é certo que tal fato não motivou a queda da avaliação da ENFIL pela AES, e tampouco que tal avaliação negativa tenha sido motivada pela utilização da incineração do óleo como alternativa à descontaminação e regeneração e, ainda que fosse, a responsabilidade sendo de ambas as partes, à luz do princípio

da boa-fé objetiva, não autorizava a rescisão unilateral do pacto pela ré ENFIL, que, por sua vez, também não adotou as medidas necessárias para a obtenção das licenças conjuntamente à autora, este sim o fato ensejador da avaliação negativa pela concessionária de energia, com risco eminente de quebra contratual.

Não era possível alegar tampouco que a solicitação da AES para afastamento da DENVER para continuidade da prestação dos serviços fosse o motivador da rescisão da parceria, uma vez que, sob o ponto de vista da cliente AES, a DENVER era de fato apenas a "subcontratada" da ENFIL e quem não logrou obter as licenças necessárias para a continuidade dos serviços na área própria, quando, na realidade, a relação entre ENFIL e DENVER era de parceria, com obrigações individuais e conjuntas, como deveria ter prosseguido.

O desembargador relator da apelação concluiu então que a culpa pela rescisão unilateral do contrato de parceria realmente não foi da autora, como imputou a ré, consoante o conjunto fático-probatório constante nos autos da ação, desincumbindo-se a demandante de provar a tese nesse sentido defendida na inicial (art. 373, I, do CPC), comprovando que a ré foi quem rescindiu a avença de forma desmotivada, devendo, portanto, arcar com a multa contratual respectiva.

O uso descabido da cláusula *back to back* levou as empresas a eximir-se de responsabilidades contratuais demonstrando má-fé dos contratantes na tentativa de transferir os prejuízos e obrigações para a outra parte e deixando o serviço, que deveria ter sido prestado para a concessionária, deficitário, causando não só uma quebra contratual como um prejuízo ao coletivo, pois a concessionária cliente destas empresas parceiras em modelo de consórcio, presta serviço público ao Estado de São Paulo.

## 5 CONCLUSÃO

Retomando a ideia de que os empreendimentos adeptos ao modelo *project finance* utilizam a contratação de empresas especializadas nas obrigações de seus contratos de concessão por meio de Sociedades de propósito específico, é possível inferir que tal instituto é compatível com a utilização da cláusula *back to back* em contratos de concessão com a Administração Pública.

Isso porque, como VIEIRA<sup>82</sup> ilustrou e já analisamos, o *project finance* seria uma engenharia de projeto estruturada para segregar riscos, preservando a capacidade de endividamento de seus empreendedores ou patrocinadores (sponsors). Tal divisão entre vários interessados, economizaria no pagamento de tributos, garantiria a execução de um projeto grande e evitaria a necessidade de garantias reais, utilizando apenas a garantia de recebíveis do próprio projeto (fluxo de caixa autogerado).

Já a cláusula *back to back* tem por objetivo constituir um subcontrato dentro do contrato principal, no qual esta cláusula será inserida para que seja possível, como bem vimos o entendimento de REBAZA<sup>83</sup>:

[...] mitigar o risco de dissociação ou "lacuna de responsabilidade" a que o empreiteiro geral pode estar exposto. Para este efeito, o empreiteiro principal estrutura o subcontrato de forma que, sem alterar formalmente a sua relação com o cliente, faça com que o subempreiteiro assuma financeiramente –como se fosse o empreiteiro principal relativamente à parte subcontratada do projeto– a execução de um acúmulo de situações jurídicas passivas (obrigações, responsabilidades e riscos) que o contratante principal havia recebido originalmente do cliente.

Assim, podemos inferir que tal cláusula viabiliza a segregação de riscos por meio da criação de um subcontrato com o objetivo exclusivo de repasse de obrigações e responsabilidades do construtor-projetista para o subempreiteiro.

No Brasil é muito comum confundir os institutos da transferência de obrigações e da cláusula *back to back* nestes contratos com a Administração Pública. Temos na cláusula *back to back* a criação de um novo contrato (subcontrato dependente do contrato principal) de mesma natureza com um terceiro que assumirá as obrigações, responsabilidades e riscos que eram do

<sup>82</sup> VIEIRA, Julian Fernandes. *Project Finance no Brasil e o seu papel fundamental*. Monografia (Especialização) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Especialização em Gerenciamento de Projetos. São Paulo, 2004. P. 4 Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55696?show=full> Acesso em: 28 março 2022.

<sup>83</sup> REBAZA, Vásquez. W. *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*. Derecho & Sociedad, 2021. p. 57. Disponível em:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23234> Acesso em: 22 março 2022.

contratante principal. Enquanto no instituto da transferência de obrigações contratuais, por meio da cessão, ocorre a mudança de uma das partes de um contrato pré-existente, sucedendo a transmissão da posição contratual para um terceiro, sem alterar qualquer conteúdo e propósito de tal contrato.

O exemplo jurisprudencial do caso da AES Eletropaulo apresentado acima demonstra muito bem como ocorre esse equívoco e as suas implicações no mundo fático. O uso indevido da cláusula *back to back* levou as empresas a eximir-se de responsabilidades contratuais na tentativa de transferir os prejuízos e obrigações para a outra parte e deixando o serviço, que deveria ter sido prestado para a concessionária, deficitário.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 27ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 1102041-34.2014.8.26.0100. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE COBRANÇA E RECONVENÇÃO. Sentença de parcial procedência da ação principal e improcedência da reconvenção. Apelo da ré reconvinte e recurso adesivo da autora reconvinde. Contrato de parceria para participação em procedimento licitatório de concessionária de energia para descontaminação e destinação final de equipamentos (transformadores e capacitores), óleo e solo, contaminados com triclorobenzeno e PCB (Bifenila policlerado). Rescisão do contrato de parceria pela ré reconvinte, sob a alegação de que a autora reconvinde deu causa à avaliação negativa da ré pela cliente AES Eletropaulo por não ter conseguido a liberação de sua área localizada em Suzano/SP e não ter realizado a importação do maquinário para a descontaminação do óleo mineral com retorno do óleo regenerado. Obtenção das licenças ambientais da área em Suzano/SP que era de responsabilidade de ambas as parceiras, conforme cláusula 4.7, “a”, do contrato de parceria. Incineração do óleo como alternativa à descontaminação e regeneração que foi incluída no plano de ação e aceita pela cliente AES Eletropaulo sem ressalvas, tornando inócua a discussão sobre a responsabilidade de importação do maquinário para descontaminação e regeneração do óleo. Descontaminação que, ademais, também era de responsabilidade de ambas as partes, as quais deveriam atuar de forma conjunta na resolução dos contratemplos. Ré que apenas imputou ambas as responsabilidades à autora, rescindindo unilateralmente o contrato de parceria em afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Multa da cláusula 6.1 devida à autora até o limite de 50% do valor total remanescente do contrato, a ser aferida em sede de liquidação. Ausência de evidências quanto à exclusão da autora nas tratativas entre a ré e a cliente AES Eletropaulo. Mudança do local de prestação dos serviços que, além de prevista no contrato entabulado com a concessionária ao qual se obrigou a autora, foi motivada pela desativação da planta do Cambuci. Busca pela ré por empresa terceira para continuidade dos serviços que foi incentivada pela própria autora e que, ademais, não se concretizou, não se vislumbrando, portanto, a quebra contratual de exclusividade, não sendo devida esta multa. Honorários advocatícios que devem ser arbitrados com base no valor da condenação, do proveito econômico ou da causa, tendo em vista a subsidiariedade da fixação por equidade. Precedente do C. STJ. Fixação que, no caso, ocorre com base no valor da condenação e do decaimento em relação à ação principal e no valor da causa em relação à reconvenção. Sentença parcialmente reformada.
- RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Comarca da São Paulo. Relator: Alfredo Attié. Data de julgamento: 01.07.2021. Data de publicação: 27.07.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14839679&cdForo=0>. Acesso em 20 de maio de 2022
- ARAÚJO, W. F. G. de. As estatais e as PPPs: o project finance como estratégia de garantia de investimentos em infraestrutura. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 57, n. 2, p. p. 170, 2014. DOI: 10.21874/rsp.v57i2.195. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/195>. Acesso em: 1 fev. 2022.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. São Paulo, ed. Celso Bastos, 2002.
- BEZZI, El contrato de obra pública, 1982.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão e permissão de serviços públicos, Curitiba, Ed. Juruá, 1995.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11 ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- CABRAL, Antonio da Silva. Cessão de contrato, São Paulo: Saraiva. 1987.

- CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado em Direito Comercial. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.
- CASTRO, Luiz Humberto de; RODRIGUES, Édna Râbello Quirino. *Sociedade de Propósito Específico*. Brasília: SEBRAE, 2014.
- Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CRETILLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1977; id. *Concessão de obra pública*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 17.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Contrato de obra pública*, In: *Direito atual dos contratos*, Cadernos Fundap, n. 11, 1985.
- DELALLEAU. *Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux public*. *Revue de Législation et de Jurisprudence*.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ENEI, José Virgílio Lopes. *A Lei de Concessões em Evolução: as Inovações da Lei do Bem (Lei nº 11.196/05)*. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, n. 6, nov/2017.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo didático*. Rio de Janeiro, 1979.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 2002.
- LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956.
- LÓPEZ, Ramon. *El subcontrato*. Madrid: Tecnos, 1973.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Tratado de direito privado, t. XLIV, Direito das obrigações*. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. de R. Fontanarrosa, Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1952.
- MEYER, Antônio Corrêa; ENEI, José Virgílio Lopes. *As parcerias público-privadas*. Artigo publicado no jornal *Valor Econômico*, numa série de 15 artigos sobre as parcerias público-privadas. Publicado em 26 de março de 2004.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- PINESE, Paulo Henrique Signori. *O regime jurídico do contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no financiamento de projetos (Project Finance)*. 2015. *Dissertação (Mestrado em Direito Civil)* - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09122015-145013. Acesso em: 31 mar. 2022.
- REBAZA, Vásquez. W. (2021). *Noción y funcionamiento de las cláusulas back-to-back en los subcontratos de construcción*. *Derecho & Sociedad*, p. 55. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/23234> Acesso em: 22 mar 2022.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Trad. De Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973.



SARRA DE DEUS, Adriana Regina. O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction. São Paulo: Almedina, 2019.

SILVA, Leonardo Toledo da. Os contratos de EPC e os pleitos de reequilíbrio econômico-contratual. In: Id. (org.) Direito e Infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 3. e 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Julian Fernandes. Project Finance no Brasil e o seu papel fundamental. Monografia (Especialização) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Especialização em Gerenciamento de Projetos. São Paulo, 2004. P. 4 Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55696?show=full> Acesso em: 28 março 2022.

WILLEMANN, David Pedro. A Sociedade de Propósito Específico - SPE no setor da Construção Civil. Florianópolis, Instituto Federal de Educação, ciência e tecnologia de Santa Catarina, 2019. Disponível em:

[https://repositorio.ifsc.edu.br/bitstream/handle/123456789/1840/TCC\\_DAVID%20PEDRO%20WILLEMANN\\_%20Engenharia%20Civil%2010122019.pdf?sequence=1](https://repositorio.ifsc.edu.br/bitstream/handle/123456789/1840/TCC_DAVID%20PEDRO%20WILLEMANN_%20Engenharia%20Civil%2010122019.pdf?sequence=1) Acesso em: 28.03.2022