Nº 43 – Julho/Agosto/Setembro de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

STEP-IN RIGHTS E O REGIME DA ADMINISTRAÇÃO TEMPORÁRIA NO ÂMBITO DA LEI DE CONCESSÕES

Lucas de Moraes Cassiano Sant'Anna
Mestre pela Columbia University School of Law em Nova Iorque, Estados Unidos. Graduado e Mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Advogado em São Paulo.

Pedro Romualdo Saullo
Graduado pela PUC-SP. Advogado em São Paulo.

I. INTRODUÇÃO

Após pouco mais de duas décadas da redemocratização e da promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil ainda padece de graves problemas no âmbito social, potencializados pelo atual momento de estagnação econômica. Segundo o último Relatório de Desenvolvimento Humano divulgado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) brasileiro foi avaliado em 0,744[1], ocupando a 79ª posição no ranking mundial em uma lista de 187 países, na faixa das nações classificadas como com "elevado desenvolvimento humano", mas abaixo da média da América Latina em relação aos quesitos educação e expectativa de vida.

Sabe-se que o país necessita de projetos destinados à satisfação das necessidades coletivas básicas da população, bem como para atender às reivindicações dos agentes econômicos que estão descontentes e receosos em realizar investimentos, constituindo obstáculo para o crescimento interno. Porém, sabe-se também que projetos dessa ordem são demasiadamente complexos por demandarem elevados aportes de recursos financeiros, a alocação de materiais e de pessoal, bem como o gerenciamento de uma diversificada matriz de riscos pelas partes envolvidas.

[1] O índice varia em uma escala de 0 a 1. Quanto mais próximo de 1, mais elevado é o IDH.

Dada essa complexidade dos projetos de infraestrutura necessários para a devida tutela do interesse público e, consequentemente, para o desenvolvimento nacional, justifica-se o receio das instituições financeiras de conceder financiamentos para esses empreendimentos. Na legítima busca por resultados econômicos, os financiadores buscam mapear os riscos existentes e se precaver contra a materialização de cada um deles, utilizando-se para tanto de institutos previstos no ordenamento jurídico para assegurar seus direitos de crédito e interesses correlatos.

O instituto do *step-in rights* é um desses instrumentos que viabilizam grandes projetos de infraestrutura sob a ótica dos financiadores, pois busca compatibilizar o interesse destes *players* privados fomentadores de crédito com o atendimento de necessidades coletivas. Sabe-se que o interesse econômico, privado e individual dos particulares representa uma das faces do denominado interesse público e merece ser devidamente salvaguardado pela ordem jurídica, sem, entretanto, prevalecer em relação aos verdadeiros interesses públicos. Isso porque o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é, ao lado da indisponibilidade do interesse público pela Administração, fundamento basilar do Direito Administrativo Brasileiro e diretriz essencial para a correta interpretação das normas e institutos típicos que permeiam o exercício da atividade administrativa.

O mecanismo de *step-in* encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro em dois dispositivos legais: artigo 27-A da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ("**Lei de Concessões**") e artigo 5-A da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 ("**Lei Federal de PPPs**") – a qual introduziu as parcerias público-privadas *stricto sensu* no Brasil.

Referidos dispositivos legais tiveram como origem o antigo Projeto de Lei de Conversão nº 18/2014 ("**Projeto de Lei**"), por meio do qual ocorreu a conversão em lei da Medida Provisória nº 656, de 7 de outubro de 2014 ("**MP 656**"), resultando na Lei Federal nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015 ("**Nova Legislação**"), publicada no Diário Oficial da União, de 20 de janeiro de 2015, após sanção parcial da Presidente da República.

Entretanto, apesar da previsão legal, esse mecanismo garantidor de crédito criado em favor dos financiadores e garantidores de determinado projeto jamais foi acionado na prática.

A fim de conferir maior segurança jurídica em relação à implementação do step-in right no âmbito de determinado contrato de PPP ou concessão comum, o antigo Projeto de Lei de Conversão nº 18/2014 ("**Projeto de Lei**"), por meio do qual ocorreu a conversão em lei da Medida Provisória nº 656, de 7 de outubro de 2014 ("**MP 656**"), deu origem à Lei Federal nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015 ("**Nova Legislação**"), publicada no Diário Oficial da União, de 20 de janeiro de 2015, após sanção parcial da Presidente da República.

Resumidamente, temos que referida Nova Legislação, dentre outras inovações, alterou a Lei Federal de PPPs e a Lei de Concessões com os seguintes propósitos: estender o instituto do *step-in right* para os garantidores da SPE titular de

determinado empreendimento e criar, ao lado da transferência de controle da SPE para os financiadores, a figura da denominada "administração temporária".

Por meio da administração temporária, os financiadores do projeto poderão assumir poderes tais no âmbito da SPE financiada que, mesmo sem terem quaisquer direitos reais sobre as ações ou quotas sociais, passariam a exercer o controle sobre a empresa, influindo substancialmente na definição das principais diretrizes estratégicas e na tomada de decisões com vistas à sua reestruturação econômico-financeira. A principal diferença entre a transferência de controle e a administração temporária é que nesta o financiador ou garantidor do projeto passaria a controlar a SPE sem, contudo, assumir responsabilidades pelo pagamento de tributos, encargos, ônus sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive aqueles assumidos perante o poder concedente ou empregados.

Para uma análise mais aprofundada quanto a este ponto da Nova Legislação, desenvolvemos estas reflexões em quatro partes, a saber: (i) Aspectos Fundamentais sobre o *Step-in Right*; (ii) Considerações sobre a Nova Legislação; (iii) Necessidade de Regulamentação Infralegal e, por fim (iv) Conclusões.

Preliminarmente, ainda destacamos que outras alterações promovidas pela Nova Legislação que não aquelas introduzidas na Lei de Concessões e na Lei de PPPs estão fora do escopo desta análise.

II. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS STEP-IN RIGHTS

II.1. Contextualização: o Financiamento de Projetos

Os projetos de infraestrutura desenvolvidos ao longo das últimas décadas no Brasil consolidaram a utilização da modalidade de financiamento internacionalmente conhecida como *project finance* ou "financiamento de projetos".

Em estruturas financeiras dessa natureza, o fluxo de caixa gerado pela exploração de determinado empreendimento é a fonte primária de recursos para o pagamento das dívidas contraídas perante os financiadores externos. Assim, a análise dos riscos do financiamento é baseada, primordialmente, nos riscos do projeto isoladamente considerado e na capacidade dos empreendedores de implementá-lo. Diferentemente das modalidades tradicionais de financiamento (estruturas denominadas *corporate finance*), que dependem fundamentalmente de garantias pessoais ou corporativas lastreadas no patrimônio dos acionistas ou controladores da sociedade patrocinadora do empreendimento, tais como o aval ou a fiança, nas operações realizadas sob a modalidade *project finance*, as principais garantias oferecidas aos financiadores são garantias reais (como o penhor, a hipoteca, a cessão fiduciária, a cessão condicional, entre outros) sobre as receitas operacionais, ativos do projeto e as ações ou quotas da sociedade responsável pelo projeto.

No âmbito do contrato de penhor ou alienação fiduciária de ações, é permitida a outorga aos financiadores de direitos de veto em certas deliberações da sociedade, medida esta que pode constituir um instrumento de ingerência dos financiadores nas decisões mais relevantes da sociedade. Além do direito de veto

decorrente dos contratos de penhor ou alienação fiduciária de ações, a estrutura de *project finance* possibilita outra relevante forma de controle pelos financiadores: o *step-in right* ou direito de assunção do controle da sociedade financiada.

II.2. Definição de Step-in Right

O *step-in right*[2] é uma técnica contratual, oriunda dos países de origem anglo-saxônica, que possibilita a intervenção dos financiadores (instituições bancárias, agentes de fomento econômico, organismos multilaterais de crédito, dentre outros) na sociedade financiada quando a atual gestão desta ameaçar o sucesso do projeto financiado ou a sua capacidade de honrar os compromissos financeiros contratados. A cláusula de *step-in* autoriza a assunção pelo financiador do controle direto da sociedade que se encontra em situação de inadimplemento no âmbito do contrato de financiamento. Por meio da assunção do controle, o financiador exercerá pessoalmente o direito de voto na assembleia geral da sociedade, em substituição ao acionista original, podendo, inclusive, destituir a administração empossada e eleger outros membros de sua confiança.

A principal finalidadedo mecanismo de *step-in* é sanear o inadimplemento e/ou crise financeira incorrida pela sociedade financiada, salvaguardando o direito de crédito do financiador, ou mesmo preparando a sociedade para a sua venda acionária em uma futura excussão das garantias. Há, porém, uma particularidade no que se refere a sua aplicabilidade no âmbito das concessões públicas: o instrumento deve ser utilizado somente em situações extremas, de grave inadimplemento da concessionária financiada, tendo em vista a intensidade da medida e as responsabilidades nas quais poderá incorrer o financiador ao assumir o empreendimento.

II.3. O Step-in Right em países do Common Law

Conforme ressaltado, o mecanismo contratual de *step-in* teve origem na estrutura de financiamento de projetos desenvolvida nos países de tradição jurídica anglo-saxônica, onde vigora o denominado sistema de *Common Law*.

No Direito norte-americano, uma vez constatado o inadimplemento contratual da sociedade responsável por determinado empreendimento, o financiador pode reivindicar a posse das ações da SPE recebidas em garantia real do financiamento contratado, podendo apropriar-se definitivamente delas como forma de pagamento de seu crédito (efetivação do denominado pacto comissório, vedado no ordenamento jurídico brasileiro) ou então exercer os direitos políticos inerentes a essas ações com o objetivo de organizar e preparar a SPE para uma posterior alienação judicial ou privada, não havendo um prazo máximo para que essa alienação ocorra.

Concepção semelhante é adotada no Direito inglês, segundo o qual o credor que detém garantias reais sobre as ações que formam o bloco de controle da SPE

[2] José Virgílio Lopes Enei esclarece que: "A expressão step-in right é uma simplificação da expressão *the right to step into the shoes of*, que pode ser traduzida como o direito de assumir a posição de alguém, de substituí-lo em determinado papel (literalmente, "calçar os sapatos de") (ENEI, José Virgílio Lopes. Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins) / São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235)

titular do empreendimento financiado tem a possibilidade de (i) promover a excussão (*foreclosure*) judicial ou privada dessas garantias com o objetivo de satisfazer o seu crédito, ou então de (ii) assumir o controle da SPE, por si próprio ou por meio da indicação de um "arrecadador" (*receiver*), não havendo, assim na legislação norte-americana, vedação ao pacto comissório. Nesta segunda hipótese, o receiver assume obrigações fiduciárias (*fiduciary duties*) em relação ao credor que o indicou, tendo a incumbência de providenciar a arrecadação de valores suficientes para viabilizar o pagamento do débito da SPE com esse credor detentor de garantias reais que o indicou, sendo que, nos termos da legislação britânica, é legítimo que o receiver priorize os interesses desse credor sobre os interesses dos demais players (*stakeholders*) da sociedade.

II.4. O Step-in Right no Brasil

A adoção do *step-in* no Brasil jamais foi livre de dúvidas e questionamentos, considerando que tal instituto foge à nossa tradição jurídica de *Civil Law* e que sua legalidade, além de ainda não ter sido testada perante os nossos tribunais, poderia ser questionada em vista da vedação ao pacto comissório - isto é, a proibição do financiador de ficar com o objeto da garantia, caso a dívida não seja paga no seu vencimento. Vale ressaltar que, no direito brasileiro, o credor deve, necessariamente, alienar o objeto da garantia – as ações da sociedade, por exemplo - a um terceiro e utilizar o produto dessa alienação na amortização dos valores devidos e não pagos no âmbito do financiamento, devolvendo ao devedor o montante que porventura restar.

Para não incorrer na vedação ao pacto comissório, a assunção do controle direto sobre a sociedade, via exercício dos direitos políticos próprios da ação, deveria ser obtida temporariamente, com o intuito limitado de preparar a sociedade para a alienação de suas ações. Além disso, caso o inadimplemento fosse regularizado durante a fase de exercício do *step-in*, incumbiria ao financiador devolver as ações ao acionista original, uma vez que não haveria fundamento para a excussão da garantia sem saldo devedor vencido e não pago que a justifique. No entanto, é de se destacar que a lei não fixou um prazo máximo durante o qual o credor pignoratício pode manter a custódia do bem dado em garantia em preparação de sua excussão.

Não obstante a ideia do *step-in right* já existir no Brasil desde a década de 1990, época em que os primeiros empreendimentos estruturados sob a forma de *project finance* foram idealizados e levados a cabo tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada, o primeiro diploma legal a autorizar expressamente a sua utilização foi a Lei Federal de PPPs, em seu artigo 5º, §2º, inciso I[3]. Trata-se de uma autorização legal para a inclusão, nos contratos de PPPs, da cláusula de *step-in*, permitindo ao financiador assumir o controle direto da sociedade em caso de crise financeira. Na mesma linha, a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, alterou o artigo 27 da Lei de Concessões para autorizar, expressamente, a possibilidade de

[3] Tal dispositivo estabeleceu que os contratos de PPPs poderão prever "*os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*"

previsão nos contratos de concessão de obras e serviços públicos das condições pelas quais será permitida a assunção provisória do controle da concessionária pelos financiadores.

Vale ressaltar que tanto a Lei Federal de PPPs quanto a Lei de Concessões dispensaram o atendimento dos requisitos de capacidade técnica e idoneidade financeira pelos financiadores para exercício do *step-in*. Tais requisitos, em primeiro lugar, poderiam inviabilizar o exercício do direito de assunção de controle pelos financiadores, já que estes dificilmente teriam os atributos técnicos necessários à prestação do serviço e, por conta do perfil diferenciado de endividamento das instituições financeiras, poderiam não atender aos requisitos de idoneidade financeira exigidos originalmente da sociedade concessionária. Em segundo lugar, o não atendimento desses requisitos pelos financiadores em nada afetaria a qualidade da prestação dos serviços, já que, mediante o exercício do *step-in*, os financiadores assumem apenas o controle da sociedade concessionária, não a efetiva e direta prestação dos serviços. Assim, pressupõe-se que a sociedade concessionária já possui, por si só, os bens, a tecnologia e os recursos humanos e financeiros necessários à adequada prestação do serviço, e, nesse sentido, a mudança do controle da sociedade não alteraria esse cenário.

No Brasil, do ponto de vista contratual, o *step-in* costuma ser instrumentalizado mediante a outorga ao financiador de usufruto sobre as ações ou quotas da sociedade financiada, sujeito a condição suspensiva, a qual é justamente o inadimplemento da sociedade perante o financiador, seguido de uma notificação do financiador optando pela efetivação de tal mecanismo.

Ademais, o instituto do *step-in right* decorre diretamente do contrato de financiamento celebrado entre a SPE e os financiadores externos, de modo que dada a natureza eminentemente privada do primeiro, à relação jurídica existentes entre a concessionária financiada e o financiador que vier a assumir a concessão por meio da cláusula de step-in também será aplicável o regime jurídico de Direito Privado, pautado na autonomia da vontade das partes.

Por outro lado, ao assumir a concessão diante do inadimplemento da concessionária responsável pelo projeto, o financiador passa a atuar como verdadeiro concessionário, isto é, passa a exercer, ainda que efemeramente, o papel de *longa manus* do Poder Público na tarefa de tutelar interesses públicos, investido de todos os direitos e deveres estabelecidos na legislação aplicável e no contrato de concessão. Assim, o regime jurídico aplicável nas relações jurídicas do financiador-concessionário com o Estado e com os usuários diretos ou indiretos das atividades objeto da concessão será o regime jurídico de Direito Público.

Nota-se, portanto, que a criação de uma regulamentação para o exercício do direito de *step-in* representou um importante avanço em termos de segurança jurídica para a utilização desse instituto no âmbito das concessões públicas. Por outro lado, permanecem antigas dúvidas e potenciais questionamentos em razão de o mecanismo de *step-in* ainda não ter sido acionado na prática em nenhum projeto de PPP ou concessão, bem como pelo fato de a constitucionalidade e a legalidade de referido instituto não terem ainda sido objeto de análise por parte do Poder Judiciário.

III. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI FEDERAL Nº 13.097, DE 19 DE JANEIRO DE 2015, QUE INSERIU O ART. 27-A, NA LEI FEDERAL Nº 8.987/95.

Originalmente, a MP 656 tratava tão somente sobre matérias tributárias, mas sofreu diversas alterações ao longo do processo de conversão em lei. Uma dessas alterações, resultado de emenda parlamentar proposta pelo Senador Romero Jucá (PMDB – RR), tratou justamente da questão dos *step-in rights* em projetos de concessão e PPP. Essa emenda teve por objetivo alterar o artigo 27 da Lei de Concessões e o artigo 5º da Lei Federal de PPPs, bem como criar na Lei de Concessões e na Lei Federal de PPPs os artigos 27-A e 5-A, respectivamente, com o propósito de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de "administração temporária" ao lado da já existente figura da transferência de controle da SPE aos financiadores do projeto, bem como estender a lógica de *step-in* para os garantidores dos projetos de concessões e PPPs. A parte do Projeto de Lei relativa a essas modificações foi integralmente sancionada pela Presidente da República, nos termos da redação dada pela emenda parlamentar de autoria do Senador Romero Jucá.

A partir de uma simples leitura do parecer elaborado pelo Senador Romero Jucá no âmbito das discussões legislativas sobre a criação da administração temporária, é possível constatar que a razão para a criação desse novo instituto foi o fato de que, ao assumir o controle da SPE, o financiador expunha-se a uma quantidade de riscos elevada, conforme se observa da seguinte passagem:

> *"A assunção do controle acionário, no entanto, traz alguns problemas aos financiadores. Os credores, ao assumir o controle, incorrem no risco de sucessão de passivos, tais como tributários, trabalhistas, socioambientais etc."*[4]

De acordo com a legislação anterior, uma vez constatado o inadimplemento do contrato de financiamento celebrado entre concessionária e financiador, e, consequentemente, acionado o mecanismo de *step-in*, o financiador do projeto assumia o controle da SPE, subrogando os controladores originais em todas as obrigações inerentes ao empreendimento.

Isso significa que ao assumir o controle da SPE, os financiadores também assumiam a responsabilidade de arcar com passivos tributários, trabalhistas, ambientais e de outras naturezas decorrentes dos atos por ele realizados durante o tempo em que ocupar essa posição. Essa lógica foi preservada pela Nova Legislação no que se refere ao conceito de transferência de controle. Por outro lado, com a administração temporária, os financiadores e garantidores poderão assumir a administração propriamente dita da SPE, sem responder pelo pagamento de tributos, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive perante o poder concedente ou empregados.

Nos termos dos novos artigos 27-A (Lei de Concessões) e 5-A (Lei Federal de PPPs), a administração temporária caracteriza-se pela outorga dos seguintes poderes ao financiador ou garantidor do empreendimento: (i) indicar os membros do

[4] http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=158395&tp=1

Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei Federal nº 6.404, de 1976, ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; (ii) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; (iii) exercer o poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem ou possam representar prejuízos à reestruturação financeira da SPE e à continuidade da prestação dos serviços; e (iv) outros poderes necessários para tanto. Nota-se que o rol de poderes contido nos artigos mencionados acima possui caráter meramente exemplificativo, pois "outros poderes necessários" para a concretização da administração temporária poderão vir a ser outorgados aos financiadores e garantidores.

Para que ocorra a implementação da administração temporária também há a necessidade de autorização do poder concedente e observância de eventuais regras contidas no contrato de concessão, assim como ocorre com a transferência de controle, sendo que a Nova Legislação ainda estabelece que o administrador temporário não poderá ter vínculo societário direto com os acionistas da SPE.

Com efeito, a criação desse instituto tem como principal objetivo conferir maior conforto aos financiadores e garantidores de projetos de concessões ou PPPs, reduzindo ao mínimo possível a sua exposição a riscos que são inerentes à assunção de projeto dessa natureza. A partir de uma visão eminentemente pragmática, é possível afirmar que a administração temporária constitui mais um mecanismo apto a assegurar os interesses creditórios de financiadores e garantidores que realizam investimentos em grandes projetos e se deparem com o inadimplemento por parte da sociedade tomadora do financiamento.

Por outro lado, se analisarmos a questão do ponto de vista dos acionistas da SPE, o instituto da administração temporária representa fundamentalmente uma forma de interferência externa direta no exercício do controle societário da companhia, cujo propósito será (i) a sua reestruturação econômico-financeira a fim de evitar o colapso do empreendimento explorado e (ii) a continuidade da prestação do serviço objeto de delegação pelo poder concedente.

IV. REGULAMENTAÇÃO

Uma análise preliminar da redação dada pela Nova Legislação aos novos artigos 27-A, da Lei de Concessões, e 5-A, da Lei Federal de PPPs, permite a conclusão de que esses dispositivos introduziram no ordenamento jurídico brasileiro normas cuja aplicabilidade deverá ser pormenorizada por meio da edição de decreto ou então através de composição entre as partes envolvidas – SPE e financiador – por meio do alinhamento de detalhes no contrato que prever a administração temporária. Isso porque a Nova Legislação não explicita a forma pela qual a figura da administração temporária será concretizada diante de um caso em que viesse a ser constatado o inadimplemento da SPE em relação ao contrato de financiamento, isto é, como os referidos poderes que caracterizam a administração temporária seriam outorgados ao financiador ou ao garantidor do projeto.

Além disso, uma questão que merece atenção é aquela relativa ao prazo de duração da administração temporária. A Nova Legislação estabelece que o poder concedente é o responsável por definir esse prazo. Porém, não há na norma critérios objetivos que sirvam como diretriz para tanto. Aspectos que impactam diretamente no controle da SPE não podem ter como base decisões arbitrárias por parte do poder público, mas, ao contrário, devem estar fundamentadas com um mínimo de previsibilidade e objetividade, fatores essenciais que caracterizam a segurança jurídica. Assim, se há dúvidas quanto ao prazo de duração da administração temporária, certo é que esse prazo deverá ser definido com base em princípios norteadores das atividades administrativas, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade, tendo sempre como norte a tutela do interesse público.

O princípio da razoabilidade diz respeito à legitimidade do exercício das competências administrativas. Determinado ato ou providência administrativa será razoável na medida em que estiver minimamente pautado em critérios racionais, não arbitrários, e que atendam a um senso geral de prudência, sensatez e moderação. Se a ordem jurídica deferiu à Administração Pública relativa discricionariedade para adotar providências mediante critérios de conveniência e oportunidade diante de um universo de possibilidades legalmente permitidas, por outro suprimiu dos administradores públicos qualquer possibilidade de condutas arbitrárias ao atribuir-lhes o encargo de adotar a medida mais razoável dentre as existentes.

Segundo os ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da razoabilidade significa que *"... a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa da finalidade que presidiram a outorga da competência exercida".* E prossegue afirmando que: *"... uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será necessariamente, violadora do princípio da finalidade"*.[5]

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade transparece, em última análise, a ideia de que toda e qualquer atuação da Administração Pública deve estar estribada em uma avaliação adequada da relação custo-benefício que a providência a ser implementada gerará em relação aos administrados, à luz da persecução do interesse público.

Mais uma vez, elucidativa é a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que *"... as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapasse o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam."*.[6]

---

[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, p. 111.

[6] Op. Cit., p. 113.

A análise da proporcionalidade de uma providência administrativa perpassa pelos três elementos que compõem referido princípio: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade stricto sensu da medida. Ressalta-se que existe entre referidos elementos um grau de prejudicialidade, de modo que a desconformidade do ato administrativo em relação a qualquer um deles já torna o ato desproporcional e, portanto, ilegal, tornando desnecessária a análise dos demais elementos.

A adequação significa a pertinência, a idoneidade da medida adotada em relação ao interesse público subjacente. Trata-se da correlação lógica entre meio utilizado e a finalidade pública predefinida pela ordem jurídica. A necessidade, por sua vez, caracteriza-se pela indispensabilidade da medida e pela inexistência de outra alternativa menos onerosa aos administrados. Por fim, entende-se a proporcionalidade em sentido estrito como o necessário sopesamento entre vantagens e desvantagens obtidas com a providência administrativa, visando à justa medida. Busca-se por meio deste terceiro elemento identificar se os ganhos obtidos compensam do ponto de vista axiológico os prejuízos simultaneamente gerados.

Não nos parece que a mera previsão em lei do instituto da administração temporária seja suficiente para viabilizar a utilização prática desse instituto em todo e qualquer caso de PPP ou concessão em que a concessionária incorra em inadimplemento insanável perante seus financiadores ou garantidores. A ausência de regras especificando a forma pela qual seria feita a outorga de poderes caracterizadora da administração temporária, bem como quais critérios devem ser utilizados para a fixação do seu prazo de duração são obstáculos a serem superados para a devida maturação do instituto.

Ademais, existindo ou não regras a com critérios para a implementação da administração temporário, certo é que caso seja necessária a adoção desse expediente em determinado caso concreto, a Administração Pública deverá guiar-se pela observância dos princípios jurídicos de Direito Público ao executar as tarefas que lhe são incumbidas pela Nova Legislação.

V. Conclusão

Com base no exposto acima, entendemos que a Nova Legislação, por meio da figura da administração temporária, criou um modelo alternativo de implementação do *step-in*, pelo qual há significativa redução das responsabilidades dos financiadores em relação à assunção do projeto, isentando-o de pagar encargos de diversas naturezas da concessionária, mas mantendo praticamente as mesmas prerrogativas existentes na figura da transferência de controle propriamente dita.

Essa nova figura representa um ponto de atenção para concessionárias de projetos de concessão comum ou PPPs, na medida em que configura uma forma de transferência do controle da companhia para os financiadores ou garantidores, ainda que temporariamente, mas sem que estes respondam por encargos inerentes ao exercício desses poderes de controle.

Por fim, o fato de a Nova Legislação não deixar claro qual seria o instrumento ou procedimento a ser utilizado para viabilizar a efetivação da administração

temporária da SPE por parte de seus financiadores gera evidente insegurança jurídica em relação ao instituto. A ausência de previsibilidade e certeza quanto a esse ponto poderá gerar receio, dúvidas e questionamentos que dificultariam a utilização do instituto em situações concretas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público – privadas, leveraged buy – outs e outras figuras afins)* – São Paulo: Saraiva, 2007.

ENEI, José Virgílio Lopes. Financiamento *das Parcerias Público-Privadas: Experiências e Lições nos Primeiros 10 Anos de Vigência da Lei 11.079/2004*. DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). Parcerias Público – Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

FINNERTY, John D. *Project Finance: engenharia financeira baseada em ativos*/ John D. Finnerty; tradução Bazán Tecnologica e Linguistica, Carlos Henrique Trieschmann; supervisor Eduardo Fortuna. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1998.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2007.

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. *O federalismo e o financiamento de infraestrutura: a experiência do setor de infraestrutura de transporte rodoviário*" in Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público, ano 10, n. 49, maio;jun. Belo Horizonte : Fórum, 2008.

YESCOMBE, E. R. *Principles of Project Finance*. Oxford: Academic Press, 2014.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANT'ANNA, Lucas de Moraes Cassiano. SAULLO, Pedro Romualdo. STEP-IN RIGHTS E O REGIME DA ADMINISTRAÇÃO TEMPORÁRIA NO ÂMBITO DA LEI DE CONCESSÕES. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 43, julho/agosto/setembro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-43-JULHO-2015-LUCAS-CASSIANO-PEDRO-SAULLO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.