

EXTINÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA Nº 011/2014 (PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA LINHA 18-BRONZE DO METRÔ DE SÃO PAULO): CABIMENTO E CONSEQUÊNCIAS

Diego Brito Cardoso¹

Lucas Pessoa Moreira²

Marcello Garcia³

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A modelagem da PPP da Linha 18-Bronze do Metrô de São Paulo e o condicionamento da plena eficácia do contrato à superação de sua etapa preliminar; 3 – A impossibilidade de obtenção de financiamento pelo Poder Concedente e a consequência da

-
- 1 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
 - 2 Procurador do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
 - 3 Procurador do estado de São Paulo, com atuação na Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ausência de consenso sobre a prorrogação do prazo para cumprimento da etapa preliminar do contrato; 4 – O não enquadramento da extinção antecipada em nenhuma das hipóteses previstas na Lei nº 8.987/95 e no Contrato, e o direito implícito de ambas as partes à rescisão; 5 – A indenização devida à Concessionária; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O trabalho analisa a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, celebrado entre o estado de São Paulo e a Concessionária do Monotrilho da Linha 18-Bronze S.A., encerrado antecipadamente por razões macroeconômicas alheias à vontade das partes. Consta que a modelagem adotada previa a existência de uma Etapa Preliminar, com natureza de condição suspensiva à plena eficácia do Contrato e ao início da vigência da Concessão. Demonstra que a impossibilidade de o Poder Concedente realizar a estruturação financeira não decorreu de mero arbítrio, pelo que não se tratava de cláusula puramente potestativa. O encerramento antecipado do Contrato era inevitável, uma vez que não havia perspectiva de obtenção de financiamento para realização dos aportes, pelo que seria necessária uma análise aprofundada da forma de extinção do contrato aplicável ao caso, bem como as consequências financeiras da extinção antecipada.

PALAVRAS-CHAVE: Parceria público-privada. Condição suspensiva. Extinção antecipada. Rescisão. Direito potestativo. Indenização.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, celebrado entre o estado de São Paulo e a Concessionária do Monotrilho da Linha 18-Bronze S.A., que tinha por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da linha em questão da Rede Metroviária de São Paulo, com tecnologia de monotrilho, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação e manutenção. O Contrato foi encerrado

antecipadamente por razões macroeconômicas alheias à vontade das partes⁴, o que ensejou a instauração, por iniciativa da Concessionária, de procedimento arbitral.

Tal análise terá como ponto de partida a exposição da modelagem adotada para a parceria, que previa a existência de uma Etapa Preliminar, anterior ao início da vigência da Concessão. Na sequência, será verificado o impacto da impossibilidade da obtenção de financiamento por parte do Poder Concedente – em razão de condições macroeconômicas adversas –, que era necessário para realização dos aportes de recursos destinados a custear desapropriações e investimentos realizados pela Concessionária. A não obtenção desse financiamento exigiu das partes, em um primeiro momento, a formação de consenso a respeito de sucessivas prorrogações, entre 22 de fevereiro de 2015 e 22 de novembro de 2018, do prazo inicialmente previsto para cumprimento dessa obrigação. Tais prorrogações, no entanto, não foram suficientes para viabilizar a conclusão da Etapa Preliminar, o que acabou por tornar o Contrato desatualizado, inviabilizando sua execução e conduzindo a seu encerramento prematuro.

Ao final, serão avaliadas premissas jurídicas e econômicas para definir a forma adequada de cálculo da indenização devida à Concessionária, conforme previsto no art. 36 da Lei n° 8.987/95, em um cenário no qual, tal como na concessão patrocinada da Linha 18, inexistia disciplina contratual quanto à metodologia de cálculo da indenização.

4 Em abril de 2017, o Secretário dos Transportes Metropolitanos enviou ofício ao Secretário da Fazenda, solicitando esclarecimentos sobre a disponibilidade de recursos para estruturação financeira exigida no contrato de concessão da Linha 18. A Secretaria da Fazenda informou, por meio do Ofício n° 358/2017-GS-ACR, que: “1. Em relação ao financiamento de US\$ 182,7 milhões, destinado aos pagamentos de desapropriação da Linha 18, a metodologia de cálculo da capacidade de pagamento ainda não foi revisada pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN e, portanto, o Estado de São Paulo continua com a classificação fiscal “C-”, que impede de contratar novas operações de crédito com aval da União. 2. Quanto à operação de crédito junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, no valor de R\$ 1,276 bilhão, a posição do Banco é de somente retomar as negociações e a análise do projeto uma vez definido o equacionamento do financiamento de desapropriação, indicado no item acima. 3. Portanto, entendemos não ser viável o cumprimento do dispositivo contratual, previsto no item 4.1.2.1 do Contrato de Concessão, que estabelece o fluxo de aporte de recursos pelo Poder Concedente a favor da Concessionária até a data limite de 22/05/2017” (SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Secretaria dos Transportes Metropolitanos. Ofício n. 358/2017-GS-ACR. São Paulo: Secretaria da Fazenda, 2017).

2. A MODELAGEM DA PPP DA LINHA 18-BRONZE DO METRÔ DE SÃO PAULO E O CONDICIONAMENTO DA PLENA EFICÁCIA DO CONTRATO À SUPERAÇÃO DE SUA ETAPA PRELIMINAR

Conforme estabelecido na Cláusula Primeira do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, uma vez iniciada a sua vigência, a Concessão seria desenvolvida em duas fases sucessivas, sendo a primeira, em síntese, relativa à execução da infraestrutura, instalação de sistemas e aquisição de material rodante, e a segunda relativa à operação do serviço público delegado. Dentre outras obrigações, cabia à Concessionária, na função de implantação, a elaboração de projetos de engenharia, a execução de desapropriações e obras civis, a instalação de sistemas e o fornecimento de material rodante⁵.

De modo a tornar o projeto concessório viável, o modelo econômico adotado previu a realização de aporte de recursos por parte do Poder Concedente, cujo valor máximo foi fixado em R\$ 1.928.372.000,00 (na data base do mês de apresentação da proposta), sendo que as parcelas seriam desembolsadas até o quarto ano da Concessão, em conformidade com o Fluxo de Desembolso de Parcelas do Aporte de Recursos e em função da efetiva execução dos investimentos envolvendo construção (obra civil) e aquisição de bens reversíveis⁶. Para que o Poder Concedente pudesse dar cumprimento a essa obrigação, a Lei Estadual nº 14.477/2011, com a redação dada pela Lei Estadual nº 15.388/2014, autorizou o Poder Executivo a realizar operações de crédito no valor de

5 “1.1.2. A CONCESSÃO se desenvolverá em 2 (duas) fases progressivas, envolvendo as seguintes funções:

FASE I – Execução da infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de via permanente e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de material rodante e demais ações necessárias para permitir a adequada operação da LINHA 18;

FASE II – Operação dos serviços públicos de transporte de passageiros da LINHA 18, com todas as suas estações, no trecho Tamanduateí – Djalma Dutra, compreendendo a prestação de serviços relativos às funções de operação, conservação e manutenção da linha, com o funcionamento das estações, dos terminais de integração intermodal, do centro de controle operacional, do controle do acesso de passageiros e da validação de créditos de viagem, incluindo segurança operacional, pessoal e patrimonial em parâmetros compatíveis com a demanda” (SÃO PAULO. Contrato de concessão patrocinada n. 011/2014: linha 18-bronze. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2014, p. 5).

6 Cf. previsto no item 27.1 do Contrato (Ibidem, p. 114).

R\$ 1.704.000.000,00, que deveriam ser obrigatoriamente aplicados na execução do projeto da Linha 18-Bronze.

Além da autorização legislativa, era necessário assegurar ao Poder Concedente prazo para estruturação das operações financeiras destinadas à obtenção de recursos junto à União e ao BNDES. Para tanto, foi idealizada Etapa Preliminar com duração de seis meses contados da assinatura do Contrato, que, em princípio, poderia ser prorrogada por até seis meses. Dentro do prazo dessa Etapa, as partes contratantes deveriam tomar as providências previstas na Cláusula 4.1.2.1 do Contrato, conforme segue:

4.1.2.1. A Etapa Preliminar que tem duração prevista de 6 (seis) meses, contados da data de assinatura do CONTRATO, podendo ser prorrogada por no máximo, 6 (seis) meses, mediante solicitação expressa e motivada da CONCESSIONÁRIA ou determinação do PODER CONCEDENTE, compreendendo as seguintes atividades:

I – formalização da participação da CONCESSIONÁRIA no sistema de arrecadação centralizada, nos termos da Cláusula Vigésima Oitava deste CONTRATO de Concessão;

II – estruturação financeira definida pelo PODER CONCEDENTE do fluxo de APORTE DE RECURSOS a favor da CONCESSIONÁRIA, observando-se a Cláusula Vigésima Sétima do CONTRATO, abrangendo os recursos provenientes do Orçamento Geral da União e a aprovação do contrato de financiamento do BNDES autorizado pela Lei Estadual nº 14.477/2011, alterada pela Lei 14.822/2012 (indicados pelo PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC2 – Mobilidade Grandes Cidades);

III – formalização do CONTRATO de penhor e outros instrumentos necessários para a efetividade da Garantia da Contraprestação Pecuniária prevista na Cláusula Quinquagésima Segunda;

IV – apresentação pela CONCESSIONÁRIA de um Plano de Financiamento detalhado da CONCESSÃO, indicando as fontes de todos os recursos (recursos próprios e/ou de terceiros) que suportarão os investimentos em obras civis, sistemas e material rodante, assim como demais despesas da fase de implantação da LINHA 18,

devendo incluir: i) carta de intenção/compromisso de instituições financeiras envolvidas com a viabilização do plano apresentado; ii) documento(s) que demonstre(m) claramente a tomada de providências concretas, perante seus acionistas e/ou financiadores, no sentido de assegurar a execução das atividades previstas em consonância com o Cronograma de Implantação do Empreendimento e com o Cronograma do Fluxo de Aporte de Recursos, no caso do financiamento para suportar as atividades a serem realizadas no primeiro ano de vigência da CONCESSÃO; iii) Cronograma Físico-financeiro das Desapropriações e correspondente previsão de Aporte de Recursos, observados os prazos e ritos estabelecidos na Cláusula Trigésima Sétima;

V – alteração pelo PODER CONCEDENTE do Decreto de Utilidade Pública nº 59.762 de 19 de novembro de 2013, transferindo para a CONCESSIONÁRIA a atribuição de proceder às desapropriações, ocupações temporárias e servidões administrativas dos imóveis necessários à implantação do empreendimento;

VI – apresentação pela CONCESSIONÁRIA de Plano Preliminar de Desapropriação, Ocupação Temporária e Servidão Administrativa, para ocupação dos imóveis necessários à implantação da Linha 18, baseado no traçado definido no Projeto Funcional – Volume I do Anexo I, e nos Volume I (Decreto Nº 59.762, de 19 de novembro de 2013) e Volume II (- Desenhos – Perímetros dos blocos de desapropriação constantes da DUP) do Anexo VIII, contendo cronograma de previsão para liberação de todas as áreas, com indicação do caminho crítico e ações prioritárias, conforme Cronograma de Implantação do Empreendimento;

VII – informação pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA acerca de estudos e projetos de intervenções municipais, inclusive de sistemas viários, que influenciam e se relacionam com a implantação, operação e manutenção da LINHA 18;

VIII – informação pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA acerca das condições de eventuais projetos relacionados às interfaces com demais linhas do serviço público metroferroviário a serem consideradas na implantação da LINHA 18;

IX – formalização pela CONCESSIONÁRIA da contratação da CERTIFICADORA DA IMPLANTAÇÃO, nos termos da Cláusula Nona deste CONTRATO e no prazo estabelecido no item 9.4;

X – transferência da titularidade da Licença Prévia – LP para a CONCESSIONÁRIA, com a competente responsabilidade pela continuidade do processo de licenciamento do empreendimento, pela obtenção da Licença de Instalação – LI e da Licença de Operação – LO e pelas renovações desta última, durante o prazo da CONCESSÃO;

XI – Compromisso preliminar firmado com o terceiro a ser contratado, nos termos da Cláusula Oitava item 8.1.38, observada a Cláusula Trigésima Quinta item 35.1.1.1, indicando os instrumentos jurídicos que assegurem o cumprimento das obrigações decorrentes do CONTRATO, relativos a obras civis;

XII – formalização do “contrato de prestação de serviços de administração de valores em conta vinculada”, previsto no item 37.12, a ser celebrado entre a CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE e o “Agente Financeiro”, que se constituirá no ANEXO XX deste CONTRATO.

XIII – A CONCESSIONÁRIA deverá, por meio de documento hábil e adequado, demonstrar ao PODER CONCEDENTE de que forma cumprirá a obrigação declarada no item 12.1.5 do edital e constante da Cláusula Oitava item 8.8, deste Contrato;⁷

Denota-se, portanto, que, conforme previsto no inciso II da Cláusula 4.1.2.1 do Contrato, na Etapa Preliminar deveria ser comprovada a estruturação financeira do fluxo de aporte de recursos a favor da Concessionária. Somente quando superada a Etapa Preliminar é que seria iniciada a Fase I e, portanto, haveria a possibilidade de a Concessionária realizar qualquer investimento de capital – próprio ou de terceiros – na execução das obras civis e na aquisição de material rodante e sistemas⁸.

⁷ Ibidem, p. 16-19.

⁸ A título de comparação, é importante destacar que o projeto concessório possuía CAPEX (do inglês *Capital Expenditure*) estimado em R\$ 4,3 bilhões, sendo R\$ 2,4 bilhões de investimento público e R\$ 1,9 bilhão de investimento privado (cf. quadro-resumo contido na Plataforma Digital de Parcerias, disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119>. Acesso em: 25 jul. 2022).

Ainda no âmbito de análise da modelagem, deve ser destacada a expressa previsão contratual no sentido de que o prazo de vigência da concessão, que era de vinte e cinco anos, somente teria início a partir da emissão da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, depois de concluídas as obrigações do Poder Concedente previstas na Etapa Preliminar:

4.1. O prazo de vigência da CONCESSÃO é de 25 (vinte e cinco) anos.

4.1.1. A Concessão contempla as fases de implantação da infraestrutura (FASE I) e de operação, conservação e manutenção dos serviços (FASE II), previstas nos itens 4.1.3 e 4.1.4, respectivamente.

4.1.2. O prazo de vigência da CONCESSÃO estabelecido no item 4.1 desta Cláusula inicia-se com a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, emitida após concluídas as obrigações do PODER CONCEDENTE previstas na Etapa Preliminar.⁹

Decorre dessa previsão que, conquanto seja inegável que já havia obrigações a serem cumpridas pelas partes contratantes durante a Etapa Preliminar, o prazo transcorrido nessa etapa, fosse ele de um, seis ou doze meses, não teria qualquer impacto no prazo de vigência da Concessão; além disso, o não cumprimento da Etapa Preliminar tinha como óbvia consequência o fato de tornar inexecutável o cumprimento das obrigações previstas para serem realizadas durante as Fases I e II.

Dado que o integral cumprimento das obrigações elencadas na Etapa Preliminar era essencial para dar início ao prazo de vigência da Concessão, com avanço para a Fase I, indubitavelmente essa etapa possuía natureza de condição em relação às fases seguintes, de modo que o próprio Contrato, analisado em seu conjunto, tinha sua eficácia plena condicionada ao cumprimento das obrigações previstas no item 4.1.2.1.

Consequentemente, de rigor reconhecer que, nos termos da modelagem contratual adotada, a não conclusão da Etapa Preliminar impedia que o contrato produzisse alguns de seus possíveis efeitos jurídicos entre as partes, fazendo com que o ajuste fosse tido como

⁹ Ibidem, p. 16.

válido, vigente e parcialmente eficaz¹⁰. Com efeito, é certo que não ocorreu, com a mera assinatura do Contrato, a delegação efetiva da implantação e posterior operação da Linha 18-Bronze, haja vista que a Etapa Preliminar, cujo cumprimento condicionava o início da vigência da Concessão, se amolda ao previsto no art. 121 do Código Civil, segundo o qual “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”¹¹.

Condição que, segundo Francisco Amaral, “é o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito”. Prossegue o autor:

O agente pode ter motivos para subordinar o início ou a permanência dos efeitos de sua declaração de vontade à ocorrência de acontecimentos para si relevantes.

[...]

A condição amplia, assim, o âmbito de atuação da autonomia privada, permitindo que o ‘o sujeito jurídico adapte os efeitos de sua vontade a acontecimentos futuros’.

[...]

Do ponto de vista da estrutura do negócio jurídico, a condição é elemento acidental, no sentido de ser dispensável à existência do negócio, mas útil e conveniente à produção dos seus efeitos; acidentalidade como sinônimo de exterioridade ou extrinsecalidade, embora se reconheça que, em face de um concreto negócio jurídico, possa caracterizar-se como elemento essencial.¹²

10 Segundo Orlando Gomes, “o contrato é ineficaz, *stricto sensu*, quando, embora válido, não produz, temporária ou definitivamente, total ou parcialmente, seus efeitos, em razão da existência de obstáculo extrínseco que impede a modificação da relação jurídica a que tende. Assim, o que contém cláusula subordinando sua execução à condição suspensiva. Seus efeitos somente se produzem se a condição se verificar, e, no caso afirmativo, a partir de seu implemento” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 197). Logo, pode-se afirmar, com apoio em Anderson Schreiber, que “a condição, em sentido técnico-jurídico, é sempre uma modalidade do negócio jurídico e, portanto, uma limitação voluntária à eficácia” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 229).

11 BRASIL. *Código civil e normas correlatas*. 5. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2014, p. 54.

12 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 460 e 462-463.

A Etapa Preliminar, como visto, limitava a eficácia plena do Contrato, uma vez que, antes de sua superação, não tinha início o prazo de vigência da Concessão.

A respeito da limitação da eficácia jurídica atribuída aos negócios jurídicos, Marcos Bernardes de Mello ensina que:¹³

Um negócio jurídico sob condição suspensiva, por exemplo, cria, desde a sua formalização, uma relação jurídica que, embora tenha protraído para o momento da implementação da condição o surgimento de seu conteúdo eficaz.

[...]

O negócio jurídico sob condição suspensiva, e.g., produz, apenas, eficácia parcial, uma vez que sua eficácia total somente se produzirá se e quando implida a condição. Enquanto pendente condição suspensiva, há eficácia interimística (vide, adiantem, “iii”), pois, embora se forme de logo a relação jurídica, dela só se irradiará direito expectativo, em cujo conteúdo se incluem, por exemplo, os direitos à conservação do bem, à defesa de sua posse e, em especial, o direito expectado. O mesmo não ocorre com o termo inicial, espécie em que a eficácia produzida é total. O termo inicial não impede a aquisição do direito, mas, apenas, seu exercício, o que faz dele tão só um elemento limitante de eficácia, contudo não mutilante.

[...]

Diferentemente, é interimística a eficácia negocial quando sua permanência no mundo jurídico é, por natureza, interina, provisória, mas que pode tornar-se definitiva. Ocorre a espécie: (a) quando a eficácia do negócio jurídico está subordinada a condição suspensiva ou resolutiva, de modo que pode desfazer-se ou tornar-se definitiva se implida ou não a condição; (b) quando se trata dos efeitos do ato anulável.

[...]

13 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 51, 59 e 69.

A transitoriedade da eficácia afeta a plenitude dos direitos, pretensões, ações e exceções que integram seu conteúdo, limitando-os em alguns dos poderes e faculdades lhes são inerentes.

O Contrato de Concessão Patrocinada n° 011/2014, portanto, tinha sua eficácia plena submetida ao cumprimento de uma condição suspensiva, chamada de Etapa Preliminar. Ainda que as obrigações relativas a essa etapa, quanto à sua existência e conteúdo, fossem certas, seu cumprimento era incerto, assim como era incerto o momento em que seriam cumpridas. Tanto assim que, passados mais de cinco anos da assinatura do contrato, tais obrigações não haviam sido cumpridas.

Havia um estado de incerteza sobre se as obrigações contidas na Etapa Preliminar seriam cumpridas, e quando tais obrigações seriam cumpridas, o que é suficiente para se afirmar que a Etapa Preliminar era uma condição à plena eficácia do contrato, que somente ocorreria a partir do início da vigência da concessão. Nesse sentido:

A existência de uma condição pressupõe os seguintes elementos: voluntariedade, futuridade, incerteza e possibilidade. Se a eficácia do negócio jurídico for subordinada por determinação de lei, não haverá condição; e sim, *condicio iuris* (CC, art. 121). O evento há de ser futuro. Se já verificado ou contemporâneo à prática do negócio, não o condiciona. Há de ser também incerto, podendo verificar-se ou não. A incerteza deve ser objetiva, subsistente para todos. O acontecimento certo não é condição, é termo; e o direito decorrente do negócio, não condicional, mas certo. A incerteza pode manifestar-se no se e no quando (se o papa vier ao Rio de Janeiro, *dies incertus an, incertus quando*), no se, mas não no quando (se o papa governar 25 anos, *dies incertus an, certus quando*), somente quando (no dia em que o papa morrer, *dies certus an, incertus quando*). A condição configura-se nas duas primeiras hipóteses; na terceira, um termo. A futuridade e a incerteza conjugam-se, sendo inter-relacionadas.¹⁴

Na mesma linha de raciocínio, Antônio Junqueira de Azevedo denomina de fator de eficácia do negócio o advento do evento futuro e incerto referido pela cláusula condicional:

14 AMARAL, op. cit., p. 468.

De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra fatores como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

São, por exemplo, casos de negócios que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos).¹⁵

No Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, a modelagem contratual previu a existência de uma Etapa Preliminar que continha diversas obrigações cujo cumprimento era evidentemente incerto, assim como era igualmente incerto o momento de seu cumprimento (caso viesse a ocorrer), restando caracterizada, deste modo, a natureza de condição suspensiva de cada uma das obrigações componentes dessa etapa. A plena eficácia do contrato somente adviria depois do advento da totalidade dos fatores de eficácia previstos em suas cláusulas 4.1.2 e 4.1.2.1: cumprimento das obrigações que antecediam às fases I e II, e emissão, pelo Poder Concedente, da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”. Antes desse momento, a eficácia do contrato era apenas parcial.

A caracterização da Etapa Preliminar como condição suspensiva não implica reconhecimento de que se trataria de hipótese de condição potestativa pura, que seria vedada por força do art. 122 do Código Civil¹⁶.

Isso porque, conquanto a vigência da concessão fosse condicionada ao cumprimento das obrigações descritas na Etapa Preliminar, daí não decorre que o negócio jurídico estava inteiramente sujeito

15 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

16 “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes” (BRASIL, 2014, p. 54).

ao arbítrio do Poder Concedente, como se este pudesse escolher, arbitrariamente e independentemente de qualquer fator externo, entre cumprir ou não cumprir a obrigação de viabilizar a estruturação financeira do aporte de recursos.

O Contrato foi celebrado antes da viabilização, pelo Poder Concedente, dos financiamentos de longo prazo que trariam os recursos necessários à realização dos aportes, circunstância que era de pleno conhecimento da Concessionária e que motivou a inserção dessa condição na Etapa Preliminar (cf. cláusula 4.1.2.1, II). Para assegurar a obtenção do montante necessário à realização dos aportes, o Poder Concedente poderia ter se valido de recursos orçamentários, o que dependia de condições fiscais adequadas e da destinação de recursos para essa finalidade, realizada pelo Poder Legislativo, ou poderia ter obtido financiamento junto ao mercado, o que dependia do cumprimento de requisitos legais impostos para realização de operações financeiras por entes subnacionais, além, naturalmente, do atingimento de negociação satisfatória com agente disposto a realizar tal operação.

Tem-se, assim, que a condição prevista no Contrato para o início da vigência da Concessão, qual seja, a superação da Etapa Preliminar, por meio do integral cumprimento das obrigações cometidas a cada uma das partes, não ostenta natureza de condição puramente potestativa, tal como essa figura é definida por Silvio Rodrigues:

Nem todas as condições potestativas são ilícitas. Só o são as puramente potestativas, isto é, aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula “si voluero”, ou seja, se me aprouver.¹⁷

Francisco Amaral, na mesma linha, ensina que apenas as condições puramente potestativas são proibidas em nosso direito:

17 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1, p. 245. No mesmo sentido: “a condição puramente potestativa decorre da inexistência de interferência de qualquer fator externo e, por isso, não é considerada lícita.” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.3, p. 498-499).

As condições podem ser casuais, quando a verificação depende do acaso ou da vontade de terceiro; potestativas, quando o acontecimento depender da vontade ou do poder de uma das partes; puramente potestativas, se exclusivamente do arbítrio da parte; e simplesmente potestativas, se não dependerem exclusivamente da vontade de quem se obriga; mistas, se dependerem, ao mesmo tempo, da vontade das partes e do acaso. No caso de condição puramente potestativa, a permanência ou a resolução do negócio dependem da vontade da parte, que tem poder de decisão sobre a eficácia, ou não, do ato, equivalente a verdadeiro poder de resolução ou revogação. As puramente potestativas são proibidas em nosso direito (CC, art. 122), se forem suspensivas; e da parte do devedor, como na hipótese deste ceder o seu contrato de locação sob condição de sua transferência, e esta depender exclusivamente de seu pedido, pois obrigando-se alguém dessa forma, na verdade não se obriga, e nulo será o ato jurídico por falta de manifestação de vontade. Note-se que o arbítrio é do devedor, não do credor. Em suma: a) só é defesa a condição puramente potestativa suspensiva, que sujeita a eficácia do negócio jurídico ao arbítrio do devedor a resolutive não, pois que não impede a formação do negócio nem a produção de seus efeitos; b) da parte do credor a condição vale, seja pura ou simplesmente potestativa.

É lícita a condição potestativa da parte do devedor sempre que não seja de puro alvedrio, mero capricho. “Ao sistema do nosso Código Civil não repugna a idéia de uma condição potestativa pendente da vontade do devedor. O que se deve concluir é que somente às condições denominadas puramente potestativas pelos comentadores franceses, e meramente potestativas pelos italianos, se refere a condenação do art. 122, quando diz defesas as condições que sujeitarem o ato ao arbítrio de uma das partes”¹⁸

18 AMARAL, op. cit., p. 469-470. No mesmo sentido: “A lei destaca (Código Civil, art. 115, segundo membro; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 27), de entre as condições que invalidam o ato aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: o ‘si volam’, ou ‘si volueris’, dos exemplos clássicos (‘dar-te-ei 100 se eu quiser’) ou (‘dar-me-ás 100 se quiseres’), é uma cláusula que nega o próprio ato. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, dès que fique o ato na dependência de lhe atribuir ou

A ilicitude que advém da condição puramente potestativa decorre da sua natureza de representar condição cuja ocorrência é sujeita ao absoluto arbítrio de uma das partes, não dependente de interferência de qualquer fator externo, atribuindo, portanto, a uma das partes contratuais a prerrogativa de decidir, ao seu alvedrio, se a condição será ou não satisfeita.

Não é, à toda evidência, o que se observa da condição prevista na Cláusula 4.1.2.1, inciso II do Contrato, eis que a estruturação financeira do aporte de recursos, a cargo do Poder Concedente, não estava, em nenhuma medida, sujeita a mero arbítrio do próprio estado de São Paulo; muito ao contrário, a complexa operação sofria interferência de diversos fatores externos, dentre os quais as circunstâncias macroeconômicas do país e os correspondentes impactos sobre a situação fiscal do estado, bem como a própria disponibilidade de financiamento, em si dependente de avaliação, tanto pela Secretaria do Tesouro Nacional, como pelos próprios agentes financeiros de suas condições fiscais.

Evidente, então, que havia inúmeros fatores externos capazes de influenciar, e até mesmo inviabilizar, o cumprimento da condição prevista na cláusula 4.1.2.1, inciso II do Contrato, na medida em que a obtenção de financiamento de grande vulto, especialmente em um cenário de dificuldades fiscais e de restrição de acesso a crédito, além de não depender exclusivamente da vontade do estado, não pode ser entendida como providência simples, notoriamente a partir da crise econômica, fiscal e orçamentária verificada no Brasil a partir do final de 2014.

não o interessado qualquer eficácia. Tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa pura, a indeterminação potestativa da prestação, por ver que, neste caso a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimada da ‘res debita’, equivalendo nos seus efeitos ao ‘si volam’. Ao inquirar a lei de nulidade o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação de preço (Código Civil, artigo 1.125; Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 373), está coibindo uma declaração de vontade, que é espécie de gênero ‘condição potestativa pura’, pois dizer o agente que paga ‘quantum volam’ é apenas a especificidade do ‘si volam’. Na verdade, ‘pagarei quanto quiser’, é o mesmo que ‘pagarei se quiser’, pois o arbítrio do devedor poderá restringir a soma devida a proporções tão irrisórias que a solução da obrigação ficaria no limite do quase nada (‘sestertio nummo uno’)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 366-367).

De fato, ainda que tenha havido empenho por parte do Poder Concedente para dar cumprimento à obrigação de viabilizar a estruturação financeira necessária para a realização dos aportes, o insucesso na obtenção do financiamento – uma das causas invocadas pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGPPP) para fundamentar a inafastável necessidade de extinção antecipada do Contrato –, não é suficiente para lançar sobre a condição contratualmente prevista a natureza de puramente potestativa, justamente porque a realização da operação financeira estava sujeita a circunstâncias absolutamente alheias ao controle das partes contratantes.

A Etapa Preliminar, portanto, não possuía natureza de condição puramente potestativa, seja porque ambas as partes contratantes tinham assegurada a faculdade de não firmar novo aditamento de prorrogação do prazo de sua duração, seja porque a inviabilização da estruturação financeira do aporte de recursos não decorreu de puro alvedrio ou mero capricho do Poder Concedente, mas de circunstâncias macroeconômicas e condições fiscais que inviabilizaram a destinação de recursos públicos a esse projeto.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO PELO PODER CONCEDENTE E A CONSEQUÊNCIA DA AUSÊNCIA DE CONSENSO SOBRE A PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ETAPA PRELIMINAR DO CONTRATO

As partes estabeleceram, como visto, a existência de uma Etapa Preliminar cuja superação era imprescindível ao início da vigência da Concessão. As obrigações incluídas nessa etapa deveriam ser cumpridas em até seis meses, podendo este prazo ser prorrogado, por iniciativa de qualquer das partes, por até seis meses. Não há dúvida, portanto, de que as partes reconheceram, no momento da formação da relação contratual, que a Concessão somente teria início se, ao longo deste prazo máximo de doze meses, fossem superadas todas as condições suspensivas contidas nas Cláusulas 4.1.2 e 4.1.2.1 do Contrato.

Qualquer postergação desse prazo, naturalmente, sempre dependeu da celebração de aditamento contratual, para o qual, ressalvadas as

hipóteses de exercício da prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos, era indispensável a consensualidade das partes.

Enquanto a prerrogativa estatal de alteração unilateral dos contratos é extraída diretamente da lei, a possibilidade de prorrogação do prazo por consenso das partes podia ser depreendida da própria modelagem contratual adotada, por ser evidente o interesse mútuo na conclusão da Etapa Preliminar, o que acabou por ser confirmado pelo conteúdo dos próprios Termos Aditivos de prorrogação¹⁹.

O Termo Aditivo n° 01 previu que o prazo estabelecido no item 4.1.2.1 ficava prorrogado por mais seis meses, podendo ser objeto de outras prorrogações, mediante concordância das partes, por sucessivos períodos com duração estabelecida no respectivo ato de deliberação da prorrogação, até o limite de vinte e quatro meses contados da data de assinatura do contrato.

Já no Termo Aditivo n° 02 foi prevista a necessidade de, ao longo do período de prorrogação, serem realizadas reuniões mensais entre as partes, em que seriam avaliadas

as medidas já tomadas pelo Poder Concedente e pela Concessionária VEM ABC, os atos de planejamento subsequentes para verificação da financiabilidade do projeto, incluindo, mas não se limitando, a análise dos andamentos e providências futuras para obtenção dos financiamentos de longo prazo pela Concessionária VEM ABC e pelo Poder Concedente²⁰.

O Termo Aditivo n° 03, por sua vez, alterou o item 4.1.2 do Contrato para reconhecer de forma expressa a preexistente natureza condicional da Etapa Preliminar, cuja superação era essencial para plena eficácia do Contrato e para início do prazo de vigência da Concessão (cf. parágrafo primeiro da Cláusula Primeira):

19 Os termos aditivos podem ser encontrados em: www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/119. Acesso em: 25 jul. 2022.

20 SÃO PAULO. **Termo aditivo n. 02** ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016a, p. 3.

Redação original do item 4.1.2 do Contrato	Redação do item 4.1.2 do Contrato, dada pelo Termo Aditivo nº 03
O prazo de vigência da CONCESSÃO estabelecido no item 4.1 desta Cláusula inicia-se com a “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, emitida após concluídas as obrigações do PODER CONCEDENTE previstas na Etapa Preliminar.	O início do prazo de vigência da concessão, com a respectiva emissão da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão” fica condicionado à estruturação financeira do PODER CONCEDENTE e à aprovação do financiamento de longo prazo da CONCESSIONÁRIA.

Fica claro, portanto, que houve consenso para que as postergações do prazo de conclusão da Etapa Preliminar ocorressem, sendo relevante o fato de que a Concessionária tinha plena ciência de que a celebração dos aditamentos era necessária para viabilizar a estruturação financeira do Poder Concedente, a qual, reconhecidamente, dependia da análise da situação macroeconômica do país e da situação fiscal do estado, realizada por possíveis agentes financiadores²¹.

21 Nesse sentido, tanto o considerando (vi) do Termo Aditivo nº 02, como o considerando (vi) do Termo Aditivo nº 03, elencados como parte das justificativas para a necessidade das prorrogações: Termo Aditivo nº 02: “(vi) que diante da proximidade do vencimento do prazo previsto para cumprimento da Etapa Preliminar, o Poder Concedente, por meio do Ofício GS/STM 249/2016, de 13 de junho de 2016 indagou a Secretaria da Fazenda sobre novos fatos relacionados à captação de recursos para a Linha 18 que, em resposta, por meio do Ofício 436/2016-GS-ACR, de 27/06/2016, esclareceu que: (i) em relação ao financiamento de US\$182,7 milhões, destinado ao pagamento das desapropriações, a Secretaria Executiva da Comissão de Financiamentos Externos/COFIEIX comunicou que o pleito foi retirado de pauta em função da inexistência de capacidade de pagamento, apurada pelo Ministério da Fazenda, por meio de classificação fiscal; (II) o Governo do Estado poderá reapresentar o pleito à SEAIN/COFIEIX quando superada a questão, alertando que a próxima classificação está prevista para agosto de 2016; (ii) quanto à operação de crédito junto ao BNDES, o Banco apenas retomará as negociações uma vez definido o equacionamento do financiamento das desapropriações” (Ibidem, p. 2). Termo Aditivo nº 03: “(vi) que diante da proximidade do vencimento do prazo previsto para cumprimento da Etapa Preliminar, o Poder Concedente, por meio de mensagem eletrônica indagou a Secretaria da Fazenda sobre novos fatos relacionados à captação de recursos para a Linha 18 que, em resposta, por meio de mensagem eletrônica de 20 de setembro de 2016, noticiou que, ao menos por ora, não há prazo para que a estruturação financeira do Poder Concedente seja finalizada, apontando ainda que: (i) tendo em vista a inexistência de capacidade de pagamento do Estado, apurada pelo Ministério da Fazenda por meio de classificação fiscal, a União fica impossibilitada de conceder garantia ao Estado de São Paulo, inviabilizando assim a contratação de financiamento externo; (ii) quanto à operação de crédito junto ao BNDES, o Banco apenas retomará as negociações uma vez definido o equacionamento do financiamento das desapropriações constantes no item anterior” (SÃO PAULO. Termo aditivo n. 03 ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016b, p. 2).

O prazo para cumprimento da Etapa Preliminar foi prorrogado em mais duas oportunidades, por meio dos Termos Aditivos nº 04 e nº 05, totalizando quase quatro anos de postergação²², sem que tenha sido viabilizada a estruturação financeira necessária para realização dos aportes.

Uma vez superado o prazo originalmente previsto, bem como os prazos resultantes das prorrogações, qualquer das partes podia, em qualquer momento anterior à celebração dos cinco termos aditivos, ter manifestado discordância sobre a postergação da duração da Etapa Preliminar²³.

Alcançado o termo fixado no Termo Aditivo nº 05 para estruturação financeira do Poder Concedente, sem que tenha havido sucesso, não foi exercida a prerrogativa de alteração unilateral e não houve consenso a respeito da celebração de um sexto termo aditivo, para nova prorrogação do prazo, reconhecendo-se, em caráter definitivo, o não cumprimento de condição que suspendia a eficácia plena do Contrato e o início de vigência da Concessão. Mais que isso, reconheceu-se não ser possível a continuidade de execução do Contrato, de modo que a extinção antecipada era inevitável²⁴, decorrendo tal conclusão da própria natureza jurídica que

22 Termo Aditivo nº 01 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses, prorrogáveis até o limite de 24 meses contados da data de assinatura do contrato; Termo Aditivo nº 02 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais três meses (até 22/11/2016); Termo Aditivo nº 03 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses (até 22/05/2017); Termo Aditivo nº 04 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais seis meses (até 22/11/2017); Termo Aditivo nº 05 – prorrogou o prazo de duração da etapa preliminar por mais 12 meses (até 22/11/2018).

23 Ressalvada, evidentemente, a prerrogativa estatal de modificar unilateralmente o contrato, com fundamento no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;” (BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993, art. 58).

24 Confira-se, a esse respeito, a manifestação da Procuradora Geral do Estado Adjunta, na já mencionada reunião conjunta do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização (CDPED) e do CGPPP, “que ponderou que, diante deste cenário de sucessivas prorrogações do prazo de vigência, sem perspectiva de verificação das condições necessárias à execução da Etapa Preliminar, não seria possível manter a atualidade do Contrato de Concessão Patrocinada apenas pela atualização monetária de seus valores, conforme entendimento já exarado pelo Tribunal de Contas da União e que, diante da caducidade do Decreto de Utilidade Pública relativo às desapropriações, seria recomendável encerrar a contratação, pela não existência das condições necessárias à sua continuidade” (SÃO PAULO. Contrato: PPP da Linha 18 Bronze (monotrilho) do Metrô. *Diário Oficial Estado de São Paulo*: poder legislativo, São Paulo, p. 16, 29 jul. 2020, p. 16).

possui a condição suspensiva de plena eficácia de uma relação contratual. Veja-se, a propósito, o ensinamento de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

Como observa Rose Venceslau, “normalmente é aposto um prazo para o adimplemento da condição. Porém, se nenhum prazo for estipulado, o estado de pendência continua, nas condições positivas, enquanto não se tiver certeza de que o evento não ocorrerá; e nas condições negativas, enquanto não se tiver certeza de que não poderá ocorrer mais o previsto” (“O Negócio Jurídico”, p. 214). O TJPR entendeu que “pactuada obrigação sob condição suspensiva subordinativa da eficácia obrigacional do próprio contrato, o não implemento da condição, por ato de terceiro, importa na extinção de pleno direito da obrigação. Em consequência, ante a perda de sua eficácia, extingue-se o próprio contrato, retornado os contraentes ao estado anterior a sua celebração”, de modo que julgou improcedente a ação de indenização por perdas e danos, já que a entrega da mercadoria estava prevista para dia certo, mas condicionada à aprovação de financiamento que não ocorreu (TJPR, 1ª C.C., AR 079571100, Rel. Des. Ulysses Lopes, julg. 19.10.1999).²⁵

O reconhecimento, pelo Poder Concedente, da impossibilidade de celebração de novo termo aditivo, para prorrogar o prazo de cumprimento da Etapa Preliminar, não configura qualquer violação contratual; ao contrário, essa conduta indica o estrito cumprimento da condição originalmente integrante da relação contratual estabelecida pelas partes.

Com efeito, ter o contrato por antecipadamente encerrado depois de alcançado o prazo previsto na Cláusula 4.1.2.1, sem que tivessem sido adimplidas as condições suspensivas da eficácia do Contrato e de início de vigência da Concessão, representa a consequência ordinária decorrente da própria modelagem contratual adotada, de modo que era a prorrogação do prazo que possuía natureza extraordinária e, portanto, dependente de consenso ou do exercício de prerrogativa estatal.

Nesse contexto, em cada oportunidade em que foi alcançado o prazo estabelecido para cumprimento da Etapa Preliminar, cabia a cada uma

25 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 253.

das partes, ao seu próprio juízo e de acordo com as justificativas que julgassem pertinentes à tomada de decisão, avaliar se era mais adequado dar continuidade às tentativas de adimplemento da condição suspensiva, firmando aditivos contratuais para prorrogação de prazo, ou era mais conveniente não modificar o regime contratual e simplesmente aplicá-lo, dando por encerrada a relação contratual, independentemente de consenso²⁶, por não ter sido satisfeita a condição estabelecida, indispensável ao avanço para a fase subsequente.

A partir do momento em que o Poder Concedente reconheceu a existência de óbice insuperável, que era alheio à sua vontade e capacidade de controle, e que impedia o cumprimento de condição necessária para plena eficácia do Contrato e para início da vigência da Concessão, não houve mais consenso a respeito de nova prorrogação do prazo para conclusão da Etapa Preliminar, advindo daí, como única consequência juridicamente possível em face da modelagem adotada, o encerramento antecipado do Contrato.

4. O NÃO ENQUADRAMENTO DA EXTINÇÃO ANTECIPADA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEI Nº 8.987/95 E NO CONTRATO, E O DIREITO IMPLÍCITO DE AMBAS AS PARTES À RESILIÇÃO

O Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, reproduzindo o conteúdo do art. 35 da Lei nº 8.987/95, indicou seis hipóteses de extinção da concessão:

42.1. Extingue-se a CONCESSÃO observadas as normas legais específicas, quando ocorrer:

- a. advento do termo contratual;
- b. encampação;
- c. caducidade;
- d. rescisão;

²⁶ O consenso, nessa hipótese, era desnecessário, por representar mera aplicação do contrato firmado, a respeito do qual fora estabelecido consenso no ato da contratação.

e. anulação;

f. falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA.²⁷

Não tendo sido expressamente prevista a possibilidade de encerramento antecipado do Contrato, em virtude de inviabilidade do cumprimento da Etapa Preliminar, tornou-se necessária a avaliação, pela Administração, do enquadramento jurídico adequado a ser dado ao inevitável encerramento do Contrato, por meio do cotejo entre a situação de fato verificada e as hipóteses legal e contratualmente admitidas.

Não era possível, evidentemente, enquadrar a situação nas hipóteses de extinção previstas nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f” da cláusula 42.1 do Contrato, tendo em vista que, respectivamente: (i) o contrato não chegou ao término do seu prazo de vigência; (ii) não houve descumprimento contratual grave por parte da Concessionária; (iii) não houve propositura de ação judicial por parte da Concessionária para rescisão do contrato (cf. art. 39 da Lei nº 8.987/95), dado que a extinção antecipada foi conduzida por iniciativa do Poder Concedente; (iv) não era caso de anulação do contrato, por não ter sido identificada qualquer ilegalidade no processo licitatório, na formalização do contrato ou em cláusula essencial que comprometesse a prestação do serviço²⁸; e (v) não se tratava de falência ou extinção da Concessionária.

Restou perquirir, portanto, se era juridicamente possível cogitar-se de hipótese de encampação, conceituada pelo art. 37 da Lei nº 8.987/95 como sendo “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”²⁹.

27 SÃO PAULO, 2014, p. 166-167.

28 “47.1. O CONTRATO poderá ser anulado em caso de ilegalidade no processo licitatório, em sua formalização ou em cláusula essencial que comprometa a prestação do serviço, por meio do devido processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa e iniciado a partir da notificação emitida pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA” (Ibidem, p. 174).

29 BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1917, 14 fev. 1995, art. 37.

Sendo incontroverso o fato de que a execução do Contrato se encontrava na Etapa Preliminar, não havia ainda, portanto, serviço público efetivamente concedido que pudesse ser retomado ou prazo de concessão em andamento. Somente estaria caracterizada a encampação se houvesse possibilidade de efetiva retomada de algo que tivesse sido concretamente concedido. Essa é a única interpretação possível do art. 37 da Lei nº 8.987/95, em conjunto com a Cláusula Quadragésima Quarta do Contrato, que tratava da encampação e de suas consequências, especialmente as cláusulas 44.2.1 e 44.2.2, que disciplinavam a indenização devida nessa hipótese³⁰.

O rol de obrigações impostas ao Poder Concedente e à Concessionária durante a Etapa Preliminar deixa claro que, antes do cumprimento integral dessa etapa, e antes da emissão da Declaração de Início de Vigência da Concessão, não havia efetiva concessão em favor da Concessionária do serviço público objeto do contrato, não havia autorização para utilização de bens públicos, assim como não havia obrigação de realização de desapropriações e tampouco havia obrigação de aquisição de bens ou investimentos vinculados à concessão, pela Concessionária.

Somente a partir do início da Fase I é que surgiria a obrigação da Concessionária de executar as obras civis, de adquirir sistemas e material rodante, de implementar desapropriações, ocupações temporárias e servidões administrativas de imóveis privados, e de se imitar na posse de todos os imóveis públicos e privados necessários à implementação do projeto, como se observa na Cláusula 4.1.3 do Contrato³¹.

30 “44.2. Em caso de encampação a CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização, nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 8987/95, paga previamente, que cobrirá, necessariamente:

44.2.1. As parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido;

44.2.2. Todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas, por decorrência da encampação, a fornecedores, contratados e terceiros em geral, em decorrência do rompimento dos vínculos contratuais” (SÃO PAULO, 2014, p. 169).

31 “4.1.3. A FASE I, composta pela execução da infraestrutura da LINHA 18, compreendendo as obras civis, aquisições de sistemas e material rodante, e todas as intervenções necessárias para permitir a OPERAÇÃO COMERCIAL da LINHA 18, deverá ser concluída no prazo máximo de 4 (quatro) anos a contar da data do início do prazo de vigência da CONCESSÃO.
4.1.3.1. Nos primeiros 12 (doze) meses da Fase I deverão ser tomadas as seguintes providências:

Logo, somente depois de iniciada a Fase I é que se poderia falar em plena efetividade da concessão a possibilitar a encampação do serviço concedido. A própria definição doutrinária da encampação corrobora essa conclusão:

É a encampação ou resgate um instituto de direito público, no qual se fundam direitos do Estado sobre bens determinados pertencentes a um particular, emergente do contrato ou da lei que autorizou a concessão, segundo o qual pode a pessoa administrativa concedente findar a convenção antes do seu termo normal, pagando uma indenização previamente acordada, correspondente ao montante dos capitais invertidos pelo concessionário para bem executar o serviço público.³²

Encampação ou resgate: é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo de concessão, por motivo de interesse público.³³

Na encampação, mediante indenização baseada em custo histórico, o poder concedente faz voltar ao seu controle direto, bens, direitos, instalações que, pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder concedente, ainda que tenham sido construídas e estejam sendo operadas pelo concessionário.³⁴

a) implementação da desapropriação, ocupação temporária ou servidão administrativa dos imóveis privados por parte da CONCESSIONÁRIA com a imissão de posse de todos os imóveis necessários à implementação do projeto e liberação dos imóveis correspondentes, de acordo com o cronograma apresentado juntamente com o Plano de Desapropriação Ocupação Temporária e Servidão Administrativa;

[...]

h) formalização entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA de documento hábil e adequado para reger a liberação com a efetiva transferência das áreas públicas e direitos para implantação da via elevada do Monotrilho em todo o seu traçado dentro dos municípios abrangidos pela Linha 18 (São Paulo, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul e Santo André) de acordo com o cronograma apresentado juntamente com o Plano de Desapropriação Ocupação Temporária e Servidão Administrativa, observado o caminho crítico;" (Ibidem, p. 19-21).

32 BROSSARD, Paulo. Resgate ou encampação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 409-417, 1950, p. 412.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 352.

34 ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito da energia*. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974. v. 3, p. 726.

Dois propósitos principais informam o conteúdo da encampação da concessão de serviço público: de um lado, a revogação, pela administração concedente, da concessão mesma – seja esta, ou não, de natureza contratual [...]; e, de outro lado, a aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados pelo concessionário à execução do serviço.

[...]

Na encampação, esse direito subjetivo público tem como conteúdo o poder exigir, a administração concedente, ao concessionário que não levante, este, revogada a concessão, os bens aplicados à execução do serviço concedido, para destiná-los a fim ou fins diversos, forçando-o, de tal modo indiretamente, a transmiti-los à administração concedente, mediante a satisfação do respectivo valor.³⁵

Não sendo possível entender que houve encampação, também não era exigível lei autorizativa específica e tampouco indenização prévia.

O Contrato, como evidenciado, foi antecipadamente encerrado em virtude da impossibilidade de implementação de condições que deveriam ter sido cumpridas durante a Etapa Preliminar. A inevitabilidade do encerramento do Contrato decorria da modelagem contratual adotada e resultava da existência de condições suspensivas cujo implemento era indispensável para avanço à fase subsequente e para o início de vigência da Concessão.

Contratos de concessão, como se sabe, são contratos de longa duração³⁶, modelados a partir de determinadas premissas econômicas, políticas e tecnológicas que nem sempre se confirmam durante a execução do ajuste. É natural, desse modo, que a alteração substancial de quaisquer das premissas adotadas cause impacto significativo

35 LIMA, Ruy Cirne. Concessão de serviço público – encampação – desapropriação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 74, p. 372-377, 1963, p. 373-374 e 376.

36 Contratos de parceria público-privada (concessões patrocinadas e administrativas), por força do art. 5º, inciso I da Lei nº 11.079/2004, não podem ter prazo de vigência inferior a cinco ou superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, não possuem prazos mínimo e máximo legalmente fixados, mas usualmente são objeto de contratos de longa duração, em virtude da necessidade de amortização de investimentos e de geração de remuneração para o concessionário.

nos termos avençados, podendo, no limite, tornar seu cumprimento impossível ou indesejável, à luz, primordialmente, do interesse público. O prazo dilatado do contrato, e o fato de ser ele baseado em premissas sensíveis, exige das partes maior cautela na interpretação contratual, especialmente quando houver necessidade de identificação e suprimento de eventuais lacunas.

Nesse contexto, observou-se que a situação fática verificada não poderia ser solucionada exclusivamente a partir dos termos previstos expressamente no Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, ou das Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/2004, para não possibilitar a ocorrência de significativo prejuízo ao erário e ao interesse público, caracterizado pela manutenção da parceria público-privada, e para evitar possível enriquecimento sem causa por parte da Concessionária.

Não sendo aplicável ao encerramento contratual em questão nenhuma das hipóteses legal e contratualmente previstas de forma expressa, e tendo a extinção ocorrido de forma inevitável, somente é possível enquadrar a situação fática na figura da resilição unilateral, disciplinada pelo art. 473 do Código Civil³⁷ e implicitamente admitida pelo Contrato como decorrência da modelagem contratual, especialmente do fato de que as prorrogações de prazo para conclusão da Etapa Preliminar ocorreram em virtude de ter havido consenso entre as partes contratantes.

Com efeito, desde a celebração do Contrato as partes anuíram, de modo irretroatável, que somente seria superada a Etapa Preliminar se fossem integralmente adimplidas todas as obrigações atribuídas ao Poder Concedente; *a contrario sensu*, as partes inequivocamente anuíram que, caso não adimplida qualquer dessas obrigações, o contrato seria formalmente encerrado, eis que, evidentemente, não seria cogitável a hipótese de, não podendo o contrato mais prosseguir por ter se mostrado de impossível cumprimento alguma das condições estabelecidas para seu prosseguimento, esse mesmo contrato também não poder ser reconhecido como extinto, permanecendo indefinidamente no mundo jurídico sem qualquer perspectiva de superação do impasse.

37 “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (BRASIL, 2014, p. 79).

A Concessionária, ciente da modelagem contratual proposta pelo Poder Concedente e fixada no edital da licitação, apresentou proposta e assinou o Contrato de Concessão Patrocinada nº 11/2014 consentindo com o fato de que o início da vigência da Concessão só ocorreria na hipótese de cumprimento das obrigações previstas na Etapa Preliminar. Tal ciência e consentimento, além de fato inexorável, é extraível do item 20.1.1 do Contrato, segundo o qual “a CONCESSIONÁRIA deverá promover levantamento pormenorizado dos riscos que assume com a assinatura deste CONTRATO e, na execução das atividades de implantação da LINHA 18, deve adotar soluções técnicas e/ou processos adequados e eficientes a mitigá-los”³⁸.

A previsão de que a vigência da Concessão somente se iniciaria depois de cumpridas as obrigações previstas na Etapa Preliminar aponta para o fato de que as partes implicitamente concordaram que, não cumpridas tais obrigações no prazo estipulado, e no prazo estabelecido por eventuais prorrogações, se não mais existisse perspectiva concreta e razoável de cumprimento, não haveria alternativa senão o encerramento antecipado do Contrato.

Com apoio em ensinamento de Orlando Gomes, é possível afirmar que existem, no caso, condições contratuais subentendidas, decorrentes do conteúdo do Contrato e da natureza das obrigações assumidas:

O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela aferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de condições subentendidas. Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas consequências, que realmente rejeitariam se as tivesse previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes.³⁹

38 SÃO PAULO, 2014, p. 75.

39 GOMES, op. cit., p. 36.

Se o Contrato previu que o início da vigência da Concessão ocorreria somente depois da conclusão da Etapa Preliminar, é forçoso reconhecer que as partes também previram, ainda que de forma não expressa, a possibilidade de encerramento contratual antecipado, antes do início da vigência da Concessão, na hipótese de impossibilidade, jurídica, técnica ou financeira, de cumprimento das obrigações previstas para aludida etapa.

Essa hipótese, que está implicitamente inserida no Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, passou a ser disciplinada de modo expresso nos contratos de concessão mais recentemente celebrados pelo estado de São Paulo, a exemplo, na própria Secretaria dos Transportes Metropolitanos, do contrato para concessão das Linhas 5 e 17 do Metrô (Cláusulas 10.3.2, 20.5.3.1.ii e 71.2), da minuta do contrato para concessão da Linha 15 do Metrô (Cláusulas 9.3.2 e 72.2), e, no âmbito da Artesp, do contrato para concessão das rodovias integrantes do Lote Piracicaba-Panorama (Cláusulas 45.1.1 e 45.4).

Consoante ensinamento de Orlando Gomes, “sob o nome de resilição [...] designa-se o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes”⁴⁰. O autor divide a resilição em bilateral, quando “as próprias partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo”⁴¹, e unilateral, quando depende da manifestação de vontade de apenas uma das partes, assinalando que “a natureza do poder de resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação: trata-se de um direito potestativo”⁴²⁻⁴³.

40 Ibidem, p. 189.

41 Ibidem, p. 189-190.

42 Ibidem, p. 191.

43 Na mesma linha, de se tratar de um direito potestativo: “Conceitualmente, a resilição é uma modalidade de extinção dos contratos decorrente de manifestação de vontade, correspondendo ao direito potestativo de um dos contratantes de impor a extinção do contrato – independentemente de inadimplemento pela outra parte, sem a possibilidade de oposição pelo outro, representando desdobramento da liberdade de contratar. Conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resilição unilateral é um negócio jurídico unilateral extintivo, decorrente unicamente da vontade de uma das partes. Nesse sentido, o instituto difere do distrato, que exige o consentimento de ambas as partes para o encerramento da relação jurídica, ou seja, por meio de ato jurídico bilateral. O direito a resilição unilateral atua como modo de proteção e reforço ao princípio da liberdade contratual, fundado no princípio de ordem pública de que ninguém pode vincular-se de modo perpétuo. Contudo, por outro lado, verifica-se que tal instituto fragilizaria a observância aos contratos, restando cabível uma avaliação caso a caso para identificar a natureza do contrato e propor uma interpretação

Portanto, a extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, tendo ocorrido por iniciativa do Poder Concedente, possui natureza jurídica de rescisão unilateral, por ter dependido da manifestação de apenas uma das partes, e não ter sido embasada na constatação de efetivo inadimplemento da outra parte, sendo certo, ademais, que a faculdade de não firmar novo aditamento de prorrogação do prazo de duração da Etapa Preliminar era igualmente assegurada a ambas as partes contratantes, como visto anteriormente, sem que as razões adotadas pela parte que deliberou pela rescisão pudessem ser sindicadas pela outra, por se tratar de direito potestativo.

Em suma, constatada a impossibilidade de cumprimento da Etapa Preliminar, em virtude da ausência de perspectiva de financiamento do projeto, não era juridicamente possível obrigar as partes a permanecerem vinculadas ao Contrato, por meio da celebração de tantos aditivos de prorrogação de prazo quantos fossem necessários até que houvesse mudança no cenário econômico e o projeto voltasse a ser financeiramente viável.

5. A INDENIZAÇÃO DEVIDA À CONCESSIONÁRIA

O encerramento contratual antecipado, por meio de rescisão unilateral, acarreta consequências financeiras, conforme sustentado por Anderson Schreiber:

Ninguém pode ser compelido a permanecer obrigado para sempre, mas se as partes celebram um contrato, a “saída” de qualquer das partes antes do seu cumprimento representa, em regra, descumprimento do contrato, de modo que, embora o contratante sempre possa romper o vínculo, arcará com as consequências dessa ruptura, em especial com a reparação das perdas e danos causados à contraparte.⁴⁴

Ainda que tenha sido possível extrair da modelagem contratual a hipótese de encerramento antecipado do ajuste, conforme já exposto,

alinhada com os princípios do direito empresarial, se for o caso” (LUPION, Ricardo; DUARTE, Victória Albertão. Contratos empresariais: a rescisão unilateral e a recuperação dos investimentos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 1.935-1.976, 2019, p. 1.950-1.951).

44 SCHREIBER, op. cit., p. 472.

o mesmo não pode ser dito a respeito de suas consequências financeiras. Nesse cenário, é essencial a realização de atividade de interpretação e integração do ajuste, de modo a colmatar, com base na boa-fé objetiva, a lacuna contratual relacionada à compensação financeira devida à Concessionária em decorrência do encerramento contratual antes do início da vigência da Concessão.

A doutrina reconhece a possibilidade de interpretar e completar contratos com base em princípios, sendo o mais relevante, para tal finalidade, o da boa-fé objetiva:

A função interpretativa da boa-fé está prevista no art. 113 do Código Civil. A interpretação dos contratos pode se desenrolar em duas fases. A primeira tem por objetivo a determinação da intenção ou sentido comum atribuído pelas partes à declaração contratual. Contudo, a declaração contratual frequentemente apresenta deficiências (lacunas, ambiguidades ou obscuridades) insanáveis mediante a busca da intenção dos contratantes. Entra em jogo, então, a segunda fase de interpretação, cujo fim é eliminar as falhas da declaração negocial. Tendo em vista que todo contrato implica conflito de interesses, essa segunda etapa interpretativa segue critérios objetivos, notadamente a boa fé e os usos em função interpretativa. Interpretar conforme a boa-fé é substituir o ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência.⁴⁵

O ponto de partida dessa atividade interpretativa, obrigatoriamente, é o art. 36 da Lei nº 8.987/95, aplicável às hipóteses de extinção da concessão antes do advento do termo contratual (cf. estabelecem o art. 35, § 4º, e o art. 38, § 5º). Está ali previsto que a indenização a que tem direito a Concessionária corresponde ao valor “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”.

45 GOMES, op. cit., p. 37.

Da perspectiva do parceiro privado, o contrato de concessão não se diferencia de qualquer outro negócio financeiro, em que o investidor mobiliza recursos para uma finalidade produtiva visando obter, como vantagem econômica, um retorno sobre o capital investido que compense os riscos assumidos no projeto:

O contrato de concessão, mais que um típico contrato público de obra segundo uma determinada modalidade, se caracteriza por ser um negócio financeiro. O colaborador da Administração na provisão de bens públicos destina recursos próprios (equity) ou por ele gestados (dívida) à construção da obra e à sua exploração. O Estado se obriga a executar as prestações que permitem ao privado recuperar seu investimento (cessão de pedágio, por exemplo). A vantagem econômica que o concessionário persegue com a celebração deste contrato não surge do preço pactuado, como no contrato de obra, mas sim do rendimento dos recursos investidos para cumprir o objeto contratual.⁴⁶

Esse aspecto da realidade econômico-financeira dos contratos de concessão já foi ressaltado, em sede institucional, pelo Conselho de Estado da Colômbia, órgão de última instância da jurisdição administrativa daquele país, que assim se pronunciou:

O contrato de concessão é para o contratado, mais do que a realização de uma obra, um negócio financeiro, uma vez que sua finalidade é a de recuperar o capital investido por aqueles que financiaram o projeto, pois para estes o importante é a recuperação do mesmo acrescido dos rendimentos correspondentes.⁴⁷

Naturalmente, não se ignora que em um contrato de concessão há inúmeras atividades a cargo do parceiro privado, relacionadas à própria implantação da infraestrutura e à exploração do correspondente serviço público, de maneira que não se pretende defender

46 PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019, p. 62-63, tradução nossa. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6035>. Acesso em: 7 dez. 2021.

47 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de febrero de 2006, Rad. 1674, *apud* PEÑA, op. cit., p. 67, tradução nossa.

a equivalência de um contrato de concessão à mera aplicação de recursos no mercado financeiro.

Busca-se, apenas, ressaltar o fato de que, assim como qualquer outra atividade empresarial, a atividade desenvolvida pelo parceiro privado é inserida no contexto de aporte de recursos no desenvolvimento da atividade eleita, perseguindo-se o almejado lucro proporcionado pela empreitada. Assim como os investidores em uma sociedade empresária aportam recursos na empresa com o objetivo de obter a correspondente rentabilidade, e não de meramente participar da produção dos bens ou serviços que qualificam a atividade dessa empresa, o parceiro privado de um contrato de concessão comparece à licitação e oferece sua proposta com o objetivo de obter a rentabilidade almejada pelos recursos que precisará investir no projeto, e não com o foco exclusivo de participar da prestação de um serviço público, por mais meritória que seja tal atividade.

Diante dessa premissa, e da ausência de qualquer disciplina contratual quanto à metodologia adequada para o cálculo da indenização devida à Concessionária em decorrência da rescisão unilateral do contrato quando ainda não superada sua Etapa Preliminar, o cálculo da indenização deve ser pautado, necessariamente, por metodologia que alcance resultados razoáveis sob o ponto de vista econômico e financeiro, reparando todos os danos efetivamente suportados pela Concessionária em razão da extinção antecipada da concessão, inclusive a frustração de sua expectativa de rentabilidade ao longo do período em que permaneceu com capital aportado ao projeto, mas sem lhe conferir, com o pagamento da indenização, rentabilidade que sequer seria alcançada pelo próprio desenvolvimento do projeto.

Vale ressaltar, neste ponto, que a garantia legal e contratual à indenização por extinção antecipada do contrato, quando inexistir culpa da Concessionária no evento que conduzir à extinção, cumpre a função de proteção ao investimento realizado pela Concessionária.

Assim, inexistindo metodologia contratualmente disciplinada, deve ser adotada aquela que proporcione, da maneira mais precisa possível, uma efetiva reparação do dano suportado pela Concessionária, dano este que pode ser mensurado em função da frustração, pela Concessionária, de sua expectativa de, com o decorrer do prazo da concessão e

a consequente percepção das receitas esperadas com o empreendimento, ter restituído o capital aportado ao projeto, devidamente remunerado ao longo do tempo em que permaneceu vinculado à concessão.

Não se pretende, neste trabalho, ingressar em uma análise sobre as metodologias mais adequadas para o cumprimento dessa finalidade, até mesmo pela natureza mais propriamente econômica do que jurídica da matéria.

Apenas se busca salientar que, qualquer que seja a metodologia adotada – e, note-se, existem diversas metodologias amplamente empregadas em âmbito internacional, que certamente podem ser consideradas enquanto parâmetros do que se tenha por melhores práticas no setor⁴⁸ –, esta deve ser julgada em função de sua capacidade de proporcionar, com o valor da indenização, a restituição à Concessionária da totalidade do capital empregado à concessão, que não tenha sido ainda amortizado pelas receitas proporcionadas pelo projeto, acrescida de remuneração compatível com o custo de oportunidade desse capital⁴⁹, ao longo do tempo em que permaneceu imobilizado para o projeto.

6. CONCLUSÃO

Analizados os aspectos fáticos e jurídicos relacionados à extinção antecipada do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014, constatou-se que a modelagem adotada previa a existência de uma Etapa Preliminar, com natureza de condição suspensiva à plena eficácia do Contrato e ao início da vigência da Concessão, na medida em que, antes da conclusão dessa etapa, a Concessionária não estava obrigada ao cumprimento de nenhuma das vultosas obrigações previstas na Fase I, consistentes na execução de obras civis, aquisição de sistemas e material rodante, implementação de desapropriações, ocupações

48 Cite-se, como exemplo, o contrato padrão do programa de parcerias inglês – *Private Finance 2 (PF2)* –, disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF. Acesso em: 26 jul. 2022.

49 Representado pela Taxa Interna de Retorno estabelecida na modelagem econômico-financeira do projeto.

temporárias e servidões administrativas de imóveis privados, e de imissão na posse de todos os imóveis públicos e privados necessários à implementação do projeto.

Muito embora o Contrato, em sua redação original, não tenha expressamente aludido à figura da condição, a conclusão de que a Etapa Preliminar possuía tal natureza era subentendida e decorria da natureza das obrigações que deviam ser adimplidas nessa etapa, especialmente a estruturação financeira do Poder Concedente, necessária para realização dos aportes, o que veio, posteriormente, a ser expressamente reconhecido no Termo Aditivo nº 03. Ademais, como evidenciado, era a prorrogação do prazo para conclusão da Etapa Preliminar que possuía natureza excepcional, sempre dependente do consenso das partes, pois a consequência natural do advento do prazo, sem cumprimento das obrigações, seria o encerramento do Contrato. Tendo sido admitida, por consenso, a prorrogação do prazo da Etapa Preliminar, o que sempre se materializou por meio da celebração de diversos termos aditivos, estava evidentemente implícita a possibilidade de, em algum momento, não ser alcançado o mesmo consenso, a juízo de qualquer uma das partes, insindivável pela outra.

Demonstrou-se, ainda, que a impossibilidade do Poder Concedente em realizar a estruturação financeira, fato determinante para a impossibilidade de continuidade do projeto, não decorreu de mero arbítrio, haja vista que sempre houve necessidade de avaliação por agentes externos – privados e da Administração Pública Federal –, a respeito da situação macroeconômica do país e da capacidade de endividamento do estado de São Paulo. Tal circunstância, como evidenciado no texto, afasta da condição representada pela Etapa Preliminar a pecha de puramente potestativa, o que a tornaria ilegal.

O encerramento antecipado do Contrato era inevitável, uma vez que não havia perspectiva de obtenção de financiamento para realização dos aportes. Nesse cenário, cotejou-se a situação fática com as hipóteses legais e contratuais de extinção do Contrato, para concluir, de modo inafastável, que não era possível o enquadramento em nenhuma de tais hipóteses, o que atraiu a aplicação do art. 473 do Código Civil, que trata da resilição unilateral, implicitamente admitida pelas partes, em decorrência da modelagem contratual.

Conquanto se trate de direito potestativo, que não admite contestação pela parte contrária, a rescisão impõe ao denunciante o dever de suportar as consequências financeiras da extinção antecipada, as quais, no caso, são aquelas previstas no art. 36 da Lei nº 8.987/95, observando-se, diante da ausência de disciplina contratual acerca da metodologia para o cálculo dessa indenização, a necessidade de adoção de alguma capaz de proporcionar, com o valor da indenização, a restituição à Concessionária da totalidade do capital empregado à concessão, que não tenha sido ainda amortizado pelas receitas proporcionadas pelo projeto, acrescida de remuneração compatível com o custo de oportunidade desse capital, ao longo do tempo em que permaneceu imobilizado para o projeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Direito da energia**. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974. v. 3.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código civil e normas correlatas**. 5. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

BROSSARD, Paulo. Resgate ou encampação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 409-417, 1950.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMA, Ruy Cirne. Concessão de serviço público – encampação – desapropriação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 74, p. 372-377, 1963.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

LUPION, Ricardo; DUARTE, Victória Albertão. Contratos empresariais: a rescisão unilateral e a recuperação dos investimentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 1.935-1.976, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEÑA, Santiago Fajardo. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. **Revista Digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 22, p. 61-96, 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6035>. Acesso em: 7 dez. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

SÃO PAULO. Contrato: PPP da Linha 18 Bronze (monotrilho) do Metrô. **Diário Oficial Estado de São Paulo: poder legislativo**, São Paulo, p. 16, 29 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Contrato de concessão patrocinada n. 011/2014: linha 18-bronze**. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2014.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda. Secretaria dos Transportes Metropolitanos. **Ofício n. 358/2017-GS-ACR**. São Paulo: Secretaria da Fazenda, 2017.

SÃO PAULO. **Termo aditivo n. 02** ao Contrato de Concessão patrocinada n. 11; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016a.

SÃO PAULO. **Termo aditivo n. 03** ao Contrato de Concessão patrocinada n. 011; 2014. São Paulo: Secretaria dos Transportes Metropolitanos, 2016b.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.