

WAY-OUT NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Adriana Mazieiro Rezende¹
Alessandra Obara Soares da Silva²
Eugenia Cristina Cleto Marolla³

Sumário: 1. Introdução; 2. A concessão sob a perspectiva da Nova Gestão Pública; 3. Rescisão antecipada das Parecerias Público-Privadas na literatura estrangeira; 4. Distrato no direito administrativo brasileiro; 5. Elementos das cláusulas que disciplinam o *way-out* – a experiência do Estado de São Paulo; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto da experiência das autoras atuando na área da consultoria da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no assessoramento da Administração Pública bandeirante, no desenho e acompanhamento da execução de parcerias *lato sensu* entre o Poder Público e o setor privado, especialmente concessões de serviço público.

É também decorrência do conhecimento compartilhado entre colegas Procuradores do Estado no âmbito do Núcleo de Estudos sobre

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada pela Universidade Mackenzie.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Doutoranda em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP.

3 Subprocuradora Geral do Estado de São Paulo - Área da Consultoria. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pela Universidade de São Paulo.

Parcerias Público-Privadas, que permitiu debater melhores práticas para essas parcerias, sob coordenação da então Subprocuradora Geral da Consultoria Geral, atual Procuradora Geral do Estado Adjunta, Cristina M. W. Mastrobuono.

Propõe-se, nas linhas que seguem, analisar as parcerias entre o setor público e o setor privado na área de infraestrutura sob enfoque que permita, no desenho das contratações no Estado de São Paulo, atrair parceiros privados comprometidos a conjugar esforços com o setor público, com vistas a atender às necessidades da sociedade paulista.

A experiência obtida com a execução dos contratos de concessão, o avanço nos estudos desse tipo especial de contrato administrativo, bem como a maior interação entre os âmbitos público e privado, são fatores que levaram ao aprimoramento dos instrumentos contratuais, com a introdução de novas ferramentas para torná-los mais eficientes.

Este breve artigo abordará uma dessas inovações, o chamado *way-out*, ou o término antecipado do contrato de concessão por acordo das partes (distrato). Apesar do distrato ser previsto no ordenamento jurídico brasileiro ele não costumava ser considerado, de maneira expressa, nos contratos de parceria como forma de encerramento antecipado do acordo. É essa possibilidade que será explorada neste breve estudo.

2. A CONCESSÃO SOB A PERSPECTIVA DA NOVA GESTÃO PÚBLICA

O estudo dos contratos administrativos de concessão nada mais é do que o estudo das parcerias firmadas entre Poder Público e particular, na categoria de contratos denominados de concessão comum ou parcerias público-privadas. Desde a reforma administrativa de 1967, busca-se desenvolver as capacidades institucionais do Estado brasileiro, reconhecendo a inviabilidade prática de o Estado prover integral e satisfatoriamente todas as necessidades da sociedade. Embora aludida reforma não tenha se completado e, possivelmente, em decorrência de sua implementação parcial, abriu-se espaço, na década de 90, para a reforma gerencial, já durante a vigência da Constituição Cidadã.

Ambas as reformas referidas tinham como finalidade privilegiar o controle de resultados, o alcance de metas predefinidas (em 1967, pelo

Governo Central, reconhecendo-se a possibilidade de delegação de atividades de execução⁴ para os entes subnacionais apenas se esses demonstrassem possuir capacidade técnica para bem desempenhar as atividades delegadas de forma a alcançar as metas predefinidas, o que seria mais eficiente em razão da capilaridade e proximidade com os administrados) e a satisfação das necessidades sociais.

Em especial, a reforma gerencial da década de 90, veiculada pela Emenda Constitucional 19/98, enfatizou a colaboração dos particulares com a Administração Pública em relações jurídicas negociais. Ampliaram-se as margens para formalização de parcerias não apenas com entes públicos (por meio de convênios), mas também entre público e privado, esse último composto não apenas pelo segundo setor (mercado), mas também pelo terceiro setor. Ganhando corpo a ideia de descentralização para maior eficiência e efetividade da função de planejamento – essa última reservada ao Poder Público como atividade de sua competência exclusiva –, foi possível reduzir, ou ao menos tentar reduzir, a máquina pública, delegando o exercício de atividades não exclusivas ao particular (em atuação subsidiária ao Poder Público) e, ao mesmo tempo, aproximando o particular do Poder Público, entabulando relações consensuais de parceria para atingimento do interesse público com a efetiva satisfação das necessidades do indivíduo-cidadão, podendo-se falar na geração de valor público.

Nesse contexto, o axioma da supremacia do interesse público sobre o particular passou a ser desconstruído e enfraquecido, com a revisão do conceito de poder de império do Estado, que não mais se coaduna com a sociedade contemporânea, em que a supremacia da pessoa humana, em seus dois aspectos – indivíduo e cidadão⁵, emerge do ordenamento constitucional, competindo ao Poder Público atuar de forma transparente, imparcial e eficiente, com efetivo controle da sua atividade. Verifica-se que a ideia de contraposição de interesses é relativizada não apenas porque em muitos casos o Poder Público estaria atuando de forma mais consensual com o particular, despindo-se de seus poderes de império –

4 Mantendo-se as atividades de planejamento exclusivamente com o poder central.

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147.

esses ainda permanecem, dadas as especificidades inerentes ao exercício de função pública, mas de maneira mitigada –, mas também porque se harmonizam com o conceito de equilíbrio para alcance de finalidades que embora possam, *a priori*, parecer opostas ou contrapostas, ao fim e ao cabo, são coincidentes.

A expectativa de coincidência de objetivos entre Administração Pública e particular pode parecer distante da realidade, mas, fato é que a delegação de serviços públicos constitui um exemplo em que a ambas as partes contratantes interessa satisfazer as necessidades do cidadão-usuário de forma eficiente⁶.

3. RESCISÃO ANTECIPADA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LITERATURA ESTRANGEIRA

Focalizar contrato administrativo de concessão sob a perspectiva da Nova Gestão Pública implica reconhecer que as partes envolvidas entabulam negócios jurídicos. Conforme o momento, o objeto e a finalidade que se pretende alcançar em cada contratação, o formato da contratação será diferente. Diversos fatores são extremamente relevantes nesse desenho, porém, seu detalhamento extrapolaria os limites deste artigo.

De qualquer sorte, tais parcerias envolvem uma contraprestação ao particular, eis que não seria razoável exigir, num Estado Democrático de Direito, que o privado prestasse determinada atividade de forma graciosa à sociedade. Isso não implica, automaticamente, afirmar que seus interesses sejam contrapostos aos do Poder Público, mas que a atuação em parceria pressupõe benefícios para ambas as partes de forma a alcançar a satisfação de necessidades públicas e a geração de valor público, sem prejuízo do particular que atua em colaboração com o Estado.

Nesse contexto, as parcerias comumente vigoram por prazos alongados, porque envolvem, em regra, vultosos investimentos cujo retorno financeiro para o particular não será imediato. Com efeito, de acordo

6 “(...) A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas.” (PDRAE)

com a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, os contratos de parceria público-privada devem ter valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), envolvendo investimento, ou CAPEX⁷, e operação, ou OPEX⁸, necessariamente, e vigor por no mínimo cinco e no máximo trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação, de forma “compatível com a amortização dos investimentos realizados” (art. 5º, I).

Durante esse período, várias são as intercorrências possíveis, o que justifica – na etapa de planejamento e desenho da futura parceria – a consideração, em matriz de risco do negócio jurídico, de tantos eventos quantos se possam antecipar, com seus respectivos métodos de prevenção e mitigação ou remédio, inclusive a responsabilidade por suportá-los. Insere-se, nessa atividade de alocação de riscos, o estabelecimento das possíveis hipóteses de rescisão da parceria. A literatura internacional orienta a previsão de causas de rescisão antecipada (“early termination”) nos contratos de parceria público-privada conforme os seguintes gatilhos⁹: (i) falhas atribuídas ao parceiro privado (descumprimento contratual pelo parceiro privado em razão de falha na conclusão do projeto, falha recorrente em atingir metas de performance, ou insolvência da companhia) – hipótese que a rescisão antecipada é, em regra, antecedida da possibilidade de assunção temporária do controle da companhia pelos seus financiadores (“lenders”), com a finalidade de restaurar a normalidade na execução do contrato e sanar as falhas constatadas; (ii) falhas atribuídas ao parceiro público (descumprimento contratual pelo parceiro público) – hipótese em que a rescisão antecipada ensejará indenização do parceiro privado, não apenas pelas parcelas de obrigações executadas, como também pelos lucros cessantes e parcelas não amortizadas de investimento, se houver; (iii) interesse público (conforme previsto na legislação aplicável) – hipótese em que deveriam ser aplicadas as mesmas regras pertinentes à rescisão em razão de descumprimento contratual do

7 Sigla que vem da expressão inglesa “Capital Expenditure”, significando despesas de capital ou investimento em bens de capital.

8 Sigla que vem da expressão inglesa “Operational Expenditure”, significando o capital utilizado para manter ou melhorar os bens físicos de uma empresa necessário à operação.

9 Fonte: <<https://pppknowledgelab.org/guide/sections/66-termination-provisions>>. Acesso em 3 de dezembro de 2018. Tradução livre das autoras. Na Europa, confira-se: <<http://www.eib.org/eppec/g2g/iv-project-implementation/41/416/index.htm>>.

parceiro público; (iv) força maior (situações prolongadas e incontroláveis pelas partes contratantes, que obstam o cumprimento adequado de todas as obrigações assumidas ou atingimento das metas ajustadas; em tese, deveriam ser cuidadosamente definidas no contrato e limitadas a eventos não sujeitos a seguro) – hipótese em que, constatada a ausência de culpabilidade de quaisquer das partes envolvidas, nenhuma delas deverá arcar com prejuízos de qualquer ordem.

O conceito de força maior na literatura estrangeira também abrange eventos ou situações próximas do conceito geral de força maior, isto é, eventos de impacto extraordinário e/ou de uma natureza claramente imprevisível. Assim, quando o impacto de um evento de força maior é significativo e dura por um período de tempo definido, normalmente 6 ou 12 meses, enseja a negociação entre as partes, público e privado, de forma a, amigavelmente, rescindir o ajuste, compartilhando os efeitos do evento, de sorte que nenhuma delas suportaria sozinha os ônus do término antecipado da parceria¹⁰.

Em princípio, essa concertação entre parceiros público e privado para rescindir amigavelmente o contrato quando verificado um evento de força maior não é admitida expressamente na legislação específica de concessão comum, administrativa ou patrocinada no Brasil, o que não significa que as hipóteses identificadas pela literatura e prática alienígena, que poderiam motivar as partes (público e privado) a negociarem a rescisão antecipada do ajuste, não possam ser incorporadas em parcerias público-privadas em território nacional.

4. DISTRATO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

As hipóteses de rescisão antecipada de contratos de concessão¹¹ (comum e patrocinada ou administrativa) previstas expressamente nos artigos 35 a 39 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, são:

10 Disponível em: <<https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/99-early-termination-provisions97>>. Acesso em 1º abr. 2019. Tradução livre das autoras.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 11. ed., 2017, p. 118-121. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2014, p. 807-818. Ambos os autores admitem em tese a possibilidade do distrato nas concessões de serviços públicos.

- (i) encampação – rescisão unilateral da concessão, antes do prazo estabelecido, quando a concessão se revelar contrária ao interesse público; equivale à retomada da execução do serviço público pelo poder concedente, fazendo o concessionário jus ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados;
- (ii) caducidade – rescisão unilateral por motivo de inadimplemento contratual, nesse caso não cabe indenização senão em relação à parcela não amortizada do capital;
- (iii) rescisão - por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim;
- (iv) anulação – por invalidade (vício) que macule a contratação;
- (v) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

A legislação sobre concessão estabelece expressamente os gatilhos para ocorrência de cada uma delas, não se incluindo nesse rol o distrato, entendido como a extinção antecipada do contrato por acordo das partes.

Especificamente no que se refere à rescisão de contratos com o Poder Público, ao mesmo tempo em que a lei geral de licitações e contratos estabelece hipóteses de rescisão unilateral, admite o distrato, *in verbis*:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - (...);

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - (...);

§ 1^a A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2^a Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

(...)

Embora a Lei federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não contemple previsão semelhante¹², interpretação sistemática do microsistema normativo de delegação de serviços públicos a particulares permite estender – com ponderações – as hipóteses de extinção amigável da Lei federal nº 8.666/93 aos contratos de concessão comum, administrativa ou patrocinada. Releva anotar que a Lei Paulista de Concessão e Permissão de Serviços Públicos – Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992 – expressamente prevê o distrato como hipótese de rescisão antecipada de contrato de delegação de serviço público. Confira-se:

Artigo 19 - Extingue-se a concessão por:

12 Maria Sylvia Z. Di Pietro entende que, ainda que tacitamente, a Lei federal nº 8.987/1995 admite a rescisão amigável:

“A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluios contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem ser opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao “foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.” Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isso não trazer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregue a Administração com os ônus de uma demanda judicial”. (2017:145)

I - término do prazo;

II - anulação;

III - caducidade;

IV - rescisão amigável ou judicial;

V - encampação ou resgate;

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

(...)

Artigo 26. O término antecipado da concessão, resultante de rescisão amigável, será obrigatoriamente precedido de justificação que demonstre o interesse público do distrato, devendo o respectivo instrumento conter regras claras e pormenorizadas sobre a composição patrimonial decorrente do ajuste.

Tal estipulação legal favoreceu a inserção, nas minutas de contratos de parcerias público-privadas no Estado Bandeirante, de cláusula de distrato.

A ausência de previsão similar na legislação federal que disciplina os contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada, não constitui óbice à aplicabilidade da legislação estadual, tampouco à reprodução desse tipo de previsão em contratos administrativos de delegação de serviço público firmados pelos demais entes da federação, ao argumento de contrariar legislação nacional – de competência da União Federal – em vigor a respeito do tema.

A competência legislativa para disciplina da licitação e do contrato administrativo de delegação de serviços públicos é concorrente, compete à União a edição de normas gerais e aos Estados e Municípios a promulgação de normas suplementares para atendimento de suas peculiaridades¹³. A Lei federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para

13 Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia Z. Di Pietro: “A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, consoante já mencionado, previu a elaboração de lei que viesse a dispor sobre concessão e permissão de serviço público, nos vários aspectos referidos nos incisos de I a IV. Não exigiu o dispositivo que se tratasse de lei federal, o que permite concluir que cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a matéria. No entanto, há que se observar que o art. 22, inciso XXVII, da Constituição, incluiu entre as matérias de competência privativa da União as que estabeleçam ‘normas gerais de licitação e

licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, não traz expressa previsão das hipóteses de extinção das concessões patrocinadas e administrativas que regula, aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei federal nº 8.987/95 na matéria (artigo 3º, Lei nº 11.079/2004). Além disso, também, aplicam-se, subsidiariamente, às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos, os dispositivos da Lei federal nº 8.666/93, por força do que dispõe seu artigo 124.

Portanto, a previsão do distrato como uma das hipóteses de rescisão contratual estipuladas pela Lei estadual nº 7.835/92, decorre do regular exercício da competência legislativa concorrente do Estado de São Paulo e está em harmonia com o previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos. Diante dessa moldura normativa, verifica-se a existência de margem de viabilidade jurídica de inserção da extinção antecipada dos contratos de concessão, por meio de rescisão amigável, nas hipóteses em que sobrevier evento de força maior, em relação ao qual não haja seguro, ou o prazo de sua duração do evento exceda a cobertura do seguro, ou mesmo nos casos da ocorrência de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que tornem a manutenção do contrato ruínosa para uma das partes.

Cuida-se de concretização do princípio da eficiência, mote da Reforma Gerencial da Administração Pública ocorrida no final da década de 90, norteadas pela teoria da Nova Gestão Pública¹⁴. Coaduna-se, outrossim, com a Administração Pública mais moderna e inovadora, em linha com a desburocratização da atividade administrativa e aproximação dos setores público e privado, com objetivo de satisfazer as necessidades do cidadão-cliente e, assim, gerar valor público.

contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III'. Conjugando-se os dois dispositivos, chega-se à conclusão de que a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, Estados e Municípios." (2017:84)

14 Conforme Plano Diretor da Reforma Administrativa do Estado.

5. ELEMENTOS DAS CLÁUSULAS QUE DISCIPLINAM O WAY-OUT - A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A previsão, no contrato de concessão comum ou de parceria público-privada, da possibilidade de distrato, com indicação das hipóteses que ensejam a extinção antecipada do contrato por acordo das partes (*way-out*), bem como das regras aplicáveis à indenização cabível, confere segurança aos contratantes e previne, ou, ao menos, limita, discussões pertinentes aos componentes da indenização e à fórmula de cálculo empregada para apuração dos valores devidos.

Atento a essa circunstância e alinhado com as melhores práticas internacionais relativas à modelagem dos contratos de concessão de serviços públicos, o Estado de São Paulo passou a prever a rescisão amigável dentre as espécies de extinção do contrato de concessão. Tal solução foi empregada nos contratos de concessão para a prestação dos serviços públicos de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração dos sistemas rodoviários denominados “lote Rodovia dos Calçados”¹⁵ e “lote Rodovias do Centro-Oeste Paulista”¹⁶.

As hipóteses ensejadoras do distrato podem descrever eventos, atos ou fatos que possuem aptidão para inviabilizar o prosseguimento da avença, cuja possibilidade de ocorrência foi vislumbrada no momento da modelagem do projeto, mas em relação à qual não detém o Poder Concedente – ou o particular – responsabilidade ou controle. A solução aventada prevê a concordância prévia das partes com o término antecipado do contrato de concessão em hipóteses específicas, previamente delineadas no instrumento contratual. Ou seja, no chamado *way-out*, as partes convencionam previamente a realização do distrato em determinadas hipóteses, evitando que a discussão ocorra quando da

15 Concorrência Internacional nº 5/2016 – Lote 29, denominado “lote Rodovia dos Calçados”, que compreende 720 quilômetros de vias que cruzam o Estado de São Paulo, ligando Minas Gerais ao Paraná. O contrato foi celebrado com a Concessionária Via Paulista (fonte: <http://www.artesp.sp.gov.br>, consulta em 7/3/2019).

16 Contrato ARTESP nº 352/2017 - Concorrência Internacional nº 3/2016 – Lote 28, denominado “lote Rodovias do Centro-Oeste Paulista”, que compreende 570 quilômetros de vias que cruzam o Estado de São Paulo, ligando Minas Gerais ao Paraná. O contrato foi celebrado com Entrevias Concessionária de Rodovias S.A. (fonte: <http://www.artesp.sp.gov.br>, consulta em 7/3/2019).

ocorrência do evento, o que poderia gerar conflitos e levar a um interminável impasse, impactando negativamente a consecução do interesse público e do interesse das demais partes. São casos de força maior ou caso fortuito¹⁷ não seguráveis, nos termos do contrato de concessão, e casos de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que tornem a manutenção do acordo extremamente onerosa para uma das partes, fazendo com que o melhor atendimento aos interesses público e privado esteja na rescisão do contrato e não na sua revisão, que, até mesmo, pode se mostrar inviável.

Além de eventos caracterizados como força maior, entendida em sua acepção lata para abranger eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, ou caso fortuito¹⁸, as hipóteses de *way-out* também podem encerrar hipóteses em que uma obrigação imposta a uma das partes, cuja observância seja essencial à continuidade do contrato, não se implemente, inviabilizando ou tornando extremamente oneroso o prosseguimento do acordo.

A avaliação sobre a causa da extinção antecipada será relevante para aferição dos elementos que irão integrar a indenização devida à concessionária em razão da ocorrência da hipótese de encerramento predefinida. A forma de cálculo da indenização também é previamente definida pelo contrato.

Para melhor ilustrar os pontos ora levantados, oportuna a transcrição das principais disposições pertinentes ao distrato, que constam do contrato celebrado entre o Estado de São Paulo e concessionária exploradora de rodovia (Via Paulista¹⁹):

17 “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (artigo 393, parágrafo único, do Código Civil). Ao comentar esse dispositivo, Hamid Charaf Bdine Jr. anota que “embora a lei não faça distinção entre estas figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra, etc.); enquanto força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade, etc.)”, destaca que seu caráter mais importante “é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas”. (Coord. Cezar Peluso, 2016:374).

18 Nessa hipótese, deverá ser avaliado se um dos contratantes assumiu o risco da realização do evento caracterizado força maior ou caso fortuito. Recordar-se que a Lei federal nº 11.079/04 determina que a matriz de risco do contrato contemple, inclusive, as responsabilidades por caso fortuito e força maior (artigo 5º, III).

19 Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br>>. Lote 29 - “Rodovia dos Calçados”. Acesso em 7/3/2019.

6.4. O CONTRATO poderá ser extinto antecipadamente por iniciativa de quaisquer das PARTES, quando da eventual ocorrência das seguintes hipóteses, observado o regramento estabelecido por este CONTRATO:

i. Atraso que exceda em 180 (cento e oitenta) dias o prazo estabelecido para a transferência do SISTEMA REMANESCENTE ou verificação da inviabilidade de transferência do SISTEMA REMANESCENTE, salvo na hipótese de a CONCESSIONÁRIA optar por seu direito à revisão, nos termos do presente CONTRATO;

ii. Verificação, no 24º (vigésimo quarto) mês contado da assinatura do TERMO DE TRANSFERÊNCIA INICIAL, da inviabilidade da contratação do(s) financiamento(s) de longo prazo pela CONCESSIONÁRIA, nos casos em que seja(m) necessário(s) para a continuidade da CONCESSÃO;

iii. Materialização de eventos de caso fortuito ou força maior, quando tais eventos não forem seguráveis conforme regramento estabelecido neste CONTRATO, e cujas consequências irreparáveis se estendam por mais de 90 (noventa) dias, ou por período definido de comum acordo entre as PARTES, quando da verificação de que os efeitos possam comprometer de forma irreversível a exploração da CONCESSÃO.

6.4.1. A hipótese prevista na cláusula 6.4, “ii”, não será aplicada caso a CONCESSIONÁRIA demonstre que sua estrutura financeira prescinde da obtenção de financiamento(s) de longo prazo.

[...]

40.1. A CONCESSÃO extinguir-se-á por:

[...]

viii. Configuração de qualquer das hipóteses de extinção antecipada elencadas na subcláusula 6.4. deste CONTRATO.

[...]

44.1. Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE ou pela ARTESP, mediante ação judicial movida especialmente para esse fim, salvo na hipótese de rescisão amigável, nos termos do artigo 26 da Lei estadual nº 7.835/1992.

44.1.1. Poderão dar ensejo à rescisão amigável as hipóteses descritas na subcláusula 6.4., (i), (ii) e (iii), sem prejuízo de outras que se enquadrem no dispositivo legal acima referido.

[...]

44.4. No caso de rescisão amigável, tal como prevista na Cláusula 44.1 e 44.1.1, quando da ocorrência das hipóteses previstas na subcláusula 6.4 deste CONTRATO, as indenizações devidas serão calculadas levando-se em consideração, para cada uma das hipóteses, os seguintes elementos:

i. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “i” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação, cláusula 42, exceto para os lucros cessantes, que serão calculados de acordo com a fórmula constante na cláusula 44.4.2;

ii. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “ii” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada nos termos da cláusula 43;

iii. Para os casos de extinção do contrato decorrente da materialização do evento previsto no item “iii” da subcláusula 6.4, a indenização será calculada de acordo com o mesmo regramento e a fórmula estabelecida contratualmente para os casos de encampação, cláusula 42, exceto para os lucros cessantes, que serão calculados de acordo com a fórmula constante na cláusula 44.4.3.

44.4.1. Em quaisquer dos casos, os valores auferidos a título de RECEITA TARIFÁRIA ou RECEITA ACESSÓRIA, percebidos pela CONCESSIONÁRIA após a declaração da extinção da CONCESSÃO, poderão ser descontados do valor devido de indenização.

44.4.2. Na hipótese prevista no item “i” desta Cláusula 44.4, a CONCESSIONÁRIA fará jus aos lucros cessantes, calculados conforme a fórmula a seguir:

$$LC = A \times [(1 + NTNB')^n - 1]$$

Onde:

LC = lucros cessantes indicados no inciso (iii) da cláusula 42.2.

A = os investimentos indicados no inciso (i) da cláusula 42.2.

NTNB' = taxa bruta de juros real de venda das Notas do Tesouro Nacional – Série B (NTN-B), ex-ante a dedução do Imposto de Renda, com

vencimento mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional considerando média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data do pagamento da indenização, capitalizada de um *spread* ou sobretaxa sobre os juros equivalente a 148,32% (cento e quarenta e oito vírgula trinta e dois por cento) ao ano, base 252 dias úteis.

n = período entre o início do ano contratual no qual ocorreu o reconhecimento do investimento e o pagamento da indenização, na mesma base da NTN B'.

44.4.3. Na hipótese prevista no item “iii” desta Cláusula 44.4, a CONCESSIONÁRIA fará jus aos lucros cessantes, calculados conforme a fórmula a seguir:

$$LC = A \times [(1 + NTN B')^n - 1]$$

Onde:

LC = lucros cessantes indicados no inciso (iii) da cláusula 42.2.

A = os investimentos indicados no inciso (i) da cláusula 42.2.

$NTN B'$ = taxa bruta de juros real de venda das Notas do Tesouro Nacional – Série B (NTN-B), ex-ante a dedução do Imposto de Renda, com vencimento mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional considerando média das cotações disponíveis nos 12 meses anteriores à data do pagamento da indenização.

n = período entre o início do ano contratual no qual ocorreu o reconhecimento do investimento e o pagamento da indenização, na mesma base da NTN B'.

44.5. As multas, as indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE serão descontados da indenização prevista para o caso de rescisão do CONTRATO.

44.6. Para fins de cálculo da indenização indicada na subcláusula 44.3 e 44.4, considerar-se-ão os valores recebidos pela CONCESSIONÁRIA a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão.

O exemplo acima colacionado evidencia o vanguardismo do estado bandeirante na matéria, contribuindo para a evolução das parcerias público-privadas no Brasil, em conformidade com o ordenamento jurídico em vigor.

6. CONCLUSÃO

A expressa inclusão de hipótese (s) de rescisão antecipada concertada dos contratos de parceria público-privada, para além de ser juridicamente possível porquanto consentânea com o ordenamento jurídico nacional, pode trazer vantagens para o Poder Público e, via de consequência, coadunar-se com o interesse público.

Como vantagens do instrumento para o Poder Público, pode-se enumerar, sem pretensão de esgotá-las: o não pagamento de indenização em razão da rescisão prematura de contrato de longo prazo; o fato de encontrar-se, tal decisão, no campo da competência do Poder Executivo, prescindindo de autorização legislativa prévia, o que pode contribuir para maior brevidade da solução; a atribuição de reparar prejuízos que o privado já tiver suportado; a possibilidade de negociação concertada de prazos para efetiva retomada dos serviços pelo Poder Público, sem prejuízo da continuidade na sua prestação; a solução administrativa da questão, prescindindo de judicialização; potencial redução do risco regulatório tanto para projetos em curso ou em fase de formação; a contribuição para a desburocratização, conferindo maior eficiência no exercício da função administrativa, o que se mostra em linha com as tendências contemporâneas do direito administrativo.

Por outro lado, do ponto de vista do parceiro privado, dentre as vantagens da previsão do distrato em parcerias com o Poder Público, pode-se citar a desburocratização, um adequado tratamento dos riscos, a ausência de imposição de sanções, rápida apuração (concertada) dos prejuízos eventualmente suportados e respectiva indenização (independentemente de precatório porque prescindível a judicialização), implicando, naturalmente, maior celeridade.

7. BIBLIOGRAFIA

COSTA, Judith Martins. *Crise e modificação da ideia de contrato no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/crise_modificacao_ideia_contrato.pdf>. Acesso em 3.12.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 5. ed., 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2014.

_____. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PELUSO, Cezar, coord., *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência, Lei nº 10.426, de 10.01.2002*, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2016.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, setembro, 1995.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. Fundamentos Econômicos-Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.