

Término da parceria público-privada: hipóteses de extinção contratual e pontos polêmicos

Alessandra Obara Soares da Silva¹

Igor Volpato Bedone²

Guilherme Martins Pelegrini³

Vinicius Teles Sanches⁴

Yara de Campos Escudero Paiva⁵

Sumário: 1. Introdução; 2. Intervenção do Poder Concedente na execução do contrato de concessão. Dispositivos “gerais” e dispositivos aplicáveis ao setor elétrico; 3. Transferência de controle da concessionária (SPE) para seus financiadores (“step in rights”); 4. Extinção do contrato; 4.1. Advento do termo contratual; 4.2. Encampação; 4.3. Caducidade; 4.4. Rescisão; 4.5. Anulação; 4.5.1. Liquidação de danos em caso de anulação de contratos de PPP; 4.6. Possibilidade de afastamento da autotutela administrativa por

1 Procuradora do Estado de São Paulo Assessora. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela COGEAE/SP. Monitora do curso de Especialização em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

3 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

4 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

5 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

previsão contratual; 4.7. Falência ou extinção da concessionária; 5. Caso fortuito ou força maior; 6. Reversão dos bens; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

No estudo das parcerias público-privadas não se pode perder de vista que a delimitação das formas possíveis de extinção do contrato, sejam elas prematuras ou a termo, constitui importante elemento da modelagem de tais ajustes.

Todo o planejamento da parceria, desde a fase de sua gestação, deve ser efetivado com considerações a respeito da conclusão do projeto, a fim de assegurar, não só sua viabilidade técnica e jurídica, mas também sua eficiência e, em última análise, a satisfação do interesse público.

Nessa etapa de planejamento, da qual depende a decisão do Poder Público de levar adiante um projeto de PPP, há diversas questões correlatas às hipóteses de extinção do contrato que não podem ser menosprezadas. Bem por isso, cabe apontar que este trabalho, além de analisar cada uma das hipóteses de extinção previstas no ordenamento jurídico, aborda, ainda que perfunctoriamente, assuntos correlatos à extinção propriamente dita, como a intervenção na concessão, a assunção do controle da concessionária pelos seus financiadores e a questão fundamental da reversão de bens. Os dois primeiros assuntos podem anteceder a extinção prematura da concessão e o último é de grande relevância em toda e qualquer hipótese de extinção do contrato de concessão na modalidade PPP. A predefinição dos aspectos atinentes à reversão de bens traz, de um lado, segurança jurídica tanto ao Poder Concedente, permitindo a continuidade dos serviços prestados, quanto ao concessionário que terá garantia do recebimento da indenização relativa aos bens reversíveis, se for o caso.

Cumprе advertir o leitor, também, que o presente trabalho é fruto de estudo conjunto baseado em pesquisas empíricas (experiência nacional e internacional em PPPs), doutrinária e jurisprudencial, sendo certo que, por se tratar de modalidade relativamente nova de contratação pelo ente público, não há notícia de experiência concreta de extinção de contratos de PPP. Isso, contudo, não impediu que se alcançassem as conclusões que a seguir serão expostas.

2. Intervenção do Poder Concedente na execução do Contrato de Concessão. Dispositivos “gerais” e dispositivos aplicáveis ao setor elétrico

Antes de proceder à extinção do contrato, no curso de sua vigência, é possível que se constate a ocorrência de hipótese que autorize a intervenção do Poder Concedente na concessão, conforme arts. 29 e 32 a 34, da Lei federal nº 8.987/95, já que o Poder Concedente permanece como titular do serviço público concedido. Esses dispositivos trazem previsões genéricas a respeito da viabilidade, em tese, de intervenção na concessão e, por isso, podem ser chamados de “gerais”.

Segundo esses comandos legais, há possibilidade de intervenção do titular do serviço quando constatada a necessidade de zelar pela sua adequada prestação e em condições de segurança, conforme previsto no contrato e normas legais e regulamentares aplicáveis.

Como se trata de medida excepcional e aplicável em caso de grave ameaça à continuidade do serviço ou à segurança dos usuários ou da sociedade, é necessário que se dê por meio de decreto (ato normativo privativo do Chefe do Poder Executivo), com indicação do interventor, prazo, limites da medida e objetivos da intervenção. Nas hipóteses em que o contratante não é o Poder Concedente (como, por exemplo, agência reguladora⁶), há quem defenda⁷ a possibilidade de o ato de intervenção ser “decretado” pela autoridade máxima da entidade que figurou no polo “contratante”. Essa possibilidade, contudo, dependeria de um reforço da sua legitimidade, o que poderia ser feito mediante expressa delegação por parte do Poder Concedente à entidade contratante (seja por meio de decreto que regulamenta a concessão futura, seja por meio de lei em sentido estrito). Cabe, assim, ao Poder Concedente, por cautela, ao modelar a concessão, analisar a quem será atribuída a competência para concretizar a medida da intervenção.

Demais disso, é recomendável que o interventor utilize as receitas da contratada para solucionar os eventos que motivaram a intervenção,

6 Autarquia, com personalidade jurídica própria.

7 Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Altas, 2011.

compensando-se as despesas que vier a realizar com os pagamentos devidos à contratada. Vale anotar, que a intervenção não modifica as obrigações e compromissos financeiros assumidos pela contratada.

Diz-se que, esses dispositivos legais viabilizam, desde 1995, a intervenção, em tese, do Poder Concedente na concessionária porque, de fato, no ano de 2012, o Poder Público federal constatou a ocorrência de hipótese de intervenção junto ao Grupo Rede de Concessionárias do Setor Elétrico. Naquela ocasião, verificou-se a ausência de normas que pudessem viabilizar, em concreto, a adoção das medidas previstas em abstrato.

Nesse cenário, e diante da necessidade prática de intervenção, pela União Federal nas concessionárias Caiuá/SP, Cemat/MT, Cepa/PA, Celtins/TO, Enersul/MS, Nacional/SP, Bragantina/SP, Vale Parapanema/SP, Força e Luz do Oeste/PR, editou-se a Medida Provisória nº 577, de 29/08/2012, posteriormente convertida na Lei federal n. 12.767, de 27/12/2012⁸. A novel legislação veiculou regras específicas para o setor elétrico, abrangendo regramentos para extinção das concessões e para a intervenção. Cabe destacar, que foi expressamente autorizada a intervenção do Poder Concedente “*por intermédio da ANEEL*”⁹, pelo prazo de até 1 (um) ano, prorrogável uma única vez, por até mais dois anos. Afastou-se expressamente a aplicação ao setor dos arts. 32 a 34, da Lei federal nº 8.987/95 e previu-se a transferência imediata da gestão da concessionária ao interventor.

Durante a intervenção, o interventor, que será remunerado com recursos da própria concessionária, deve prestar contas à ANEEL; e seus atos que implicarem “*disposição ou oneração do patrimônio da concessionária, admissão ou demissão de pessoal*” somente poderão ser implementados após prévia e expressa autorização da ANEEL, deles cabendo recurso dirigido à agência reguladora, no prazo de 10 dias.

Uma das alterações mais importantes trazidas pela Lei nº 12.767/2012 é a possibilidade de a concessionária receber recursos financeiros

8 Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; e altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

9 Agência Nacional de Energia Elétrica, instituída pela Lei n. 9.427, de 26/12/1996.

do Poder Concedente para assegurar a continuidade e prestação adequada do serviço, enquanto durar a intervenção. Esses valores devem ser restituídos aos cofres da União no prazo de 90 (noventa) dias, após a cessação da intervenção.

Uma vez decretada a intervenção, os acionistas da concessionária têm o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar à ANEEL um plano de recuperação, sem prejuízo do cumprimento das obrigações tributárias da concessionária. *Deferido* o plano de recuperação, cessa a intervenção, que será seguida de fiscalização pela ANEEL, sob pena de caducidade. *Indeferido* o plano, o Poder Concedente poderá: (i) declarar caducidade; (ii) autorizar cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas e ações; (iii) alteração do controle acionário; (iv) aumento de capital social; (v) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. Importante lembrar que, da decisão de indeferimento do plano, cabe pedido de reconsideração à ANEEL. A legislação em comento prevê, ainda, a possibilidade de a agência reguladora estabelecer “*regime excepcional de sanções regulatórias*” e afasta, expressamente, a aplicação dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, salvo posteriormente à extinção da concessão.

A edição dessas novas normas, ao final de 2012, trouxe, contudo, algumas dúvidas que ainda pendem de solução, dada a novidade do assunto. A primeira dúvida que surge refere-se à possibilidade de aplicação dessas regras a outros setores, que não o elétrico; ou, ainda, à sua extensão aos Estados federados, Municípios e Distrito Federal, aplicando-se aos serviços públicos que competem materialmente aos demais entes da Federação. Ao que parece, por trazer novidades que, em tese, não desbordam os limites legais das hipóteses de intervenção do Poder Concedente na concessionária de serviço público, a aplicação das novas disposições poderia ser, em princípio, transportada para contratações em outros setores, desde que tal disciplina seja contemplada no edital de licitação.

Questão mais delicada refere-se à possibilidade de aplicação dos novos dispositivos legais aos contratos em vigor. O entendimento menos controvertido e mais intuitivo, impediria a aplicação de novas regras a contratações já em curso. Essa posição, contudo, não pode inviabilizar a aplicação do instituto da intervenção. Em razão disso, caso sejam identi-

ficadas situações concretas que se amoldem às hipóteses legais de intervenção, a sua operacionalização poderá vir disciplinada em decreto de intervenção que, observados os limites da legalidade, poderá esmiuçar as disposições gerais da Lei federal nº 8.987/95.

Dado esse cenário, é recomendável que, na modelagem de novas PPPs, seja avaliada a possibilidade e conveniência¹⁰ de serem incluídas regras mais detalhadas a respeito da intervenção para viabilizá-la em concreto, caso seja necessário, já que se trata de medida que pode evitar o fim prematuro da parceria.

3. Transferência de controle da concessionária (SPE) para seus financiadores ("step in rights")

Outra questão correlata ao tema da extinção dos contratos e que merece ser aqui abordada, ainda que sucintamente, é a transferência de controle da concessionária (sociedade de propósito específico – SPE) contratada.

Em tese, é juridicamente possível que o contrato autorize o Poder Concedente a aceitar, motivadamente, a transferência de controle da concessionária para seus financiadores ("step in rights"), como uma alternativa à intervenção.

Trata-se de hipótese inserida no art. 5º, §2º, da Lei 11.079/2004 e no art. 27, §§ 2º a 4º, da Lei 8.987/95, segundo a qual os financiadores da SPE podem assumir, com a anuência do Poder Concedente/Contratante, o controle da concessionária em caso de inadimplência com o Poder Público, ou com os próprios financiadores. O objetivo é promover a reestruturação financeira da concessionária e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Essa hipótese não exclui, contudo, a possibilidade de o Poder Concedente intervir na concessionária, mostrando-se, em realidade, uma alternativa discricionária do Poder Concedente à intervenção.

Como bem alertado por Maurício Portugal Ribeiro¹¹, o *step in right* é uma opção dos financiadores e não um dever. Além disso, não se confunde

¹⁰ Fala-se em conveniência da avaliação em razão da possibilidade de a regulamentação detalhada das regras de intervenção trazer um risco regulatório que pode vir a ser considerado demasiado pelos potenciais licitantes, encarecendo o projeto.

¹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Altas, 2011, p. 151.

com a alteração ordinária de controle da SPE, a qual deve obedecer aos ditames do art. 27, *caput* e §1º, da Lei nº 8.987/95. Por isso, tal direito de assunção de controle tem requisitos menos rigorosos para ocorrer, do que aqueles estabelecidos para a alteração de controle da concessionária.

Cabe recordar, que o art. 27 da Lei n.º 8.987/95 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2.946, proposta pelo Procurador-Geral da República), em razão de supostamente implicar em burla ao princípio da licitação (art. 175, CF/88). Em defesa da constitucionalidade do *step in right*, alguns autores apontam que não há, propriamente, alteração do polo contratado; não há assunção do serviço por outra pessoa¹².

Em razão da celeuma envolvida, Maurício Portugal Ribeiro entende que poderão ser reduzidas as chances de questionamentos com relação à viabilidade de assunção de controle de SPE por seus financiadores se essa possibilidade for incluída no edital e na minuta de contrato, condicionando-se, também, a possibilidade de exercício do *step in right* (i) ao compromisso firme do financiador de garantir a continuidade e qualidade dos serviços e de assumir responsabilidade pelos atos praticados durante o período em que estiver no controle da SPE e (ii) à comprovação de inadimplência (real ou iminente da concessionária), plano de reestruturação financeira e, quando cabível, prova de contratação de empresa detentora de comprovada qualificação técnica e idoneidade para gestão da SPE¹³.

4. Extinção do Contrato

Como é sabido, por força do art. 3º, *caput* e §1º, da Lei federal nº 11.079/2004¹⁴, a extinção do contrato de concessão administrativa ou patrocinada rege-se pelo disposto nos arts. 35 a 39, da Lei federal nº 8.987/95. Segundo o ordenamento jurídico, a extinção da concessão constitui “encargo do Poder Concedente”, que poderá fazê-lo nos casos

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas.

13 RIBEIRO, Maurício Portugal, *op. cit.*, p. 164.

14 Art. 3º - As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º - As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

previstos na lei e na forma estabelecida no próprio contrato (Lei federal nº 8.987/95, art. 29, inciso IV¹⁵).

São seis as hipóteses de extinção do contrato expressamente previstas no ordenamento jurídico, sendo certo que a doutrina¹⁶ já insere mais uma (decorrente de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados e que impeçam a execução do contrato).

Além dessas hipóteses, podem ser consideradas aquelas previstas na Lei nº 8.666/93, cabendo ao contrato indicá-las expressamente. Em virtude dos prazos das PPPs serem usualmente longos, vários incidentes podem ocorrer ensejando detalhamento das circunstâncias e hipóteses de extinção, em especial: (a) as circunstâncias nas quais o contrato pode ser rescindido por uma das partes em data anterior a prevista; (b) o pagamento que deve ser realizado pelo parceiro público ao particular na rescisão, caso devido; e (c) a condição dos ativos a serem devolvidos (revertidos) ao parceiro público, após a rescisão.

De qualquer sorte, ocorrida uma das hipóteses extintivas do contrato, as consequências jurídicas daí advindas não são as mesmas, senão vejamos.

4.1 Advento do termo contratual

O contrato extingue-se ordinariamente pelo advento do termo contratual. Nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei federal nº 11.079/2004, “o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”, constitui cláusula essencial do ajuste. Assim, o advento do termo final de vigência da avença acarretará sua extinção.

Apesar de ser, em teoria, o modo menos problemático de encerramento da relação com o parceiro privado, algumas diretrizes devem nortear a atuação do Poder Público desde a elaboração dos termos do edital e da minuta contratual, até o fim da execução do objeto. Neste trabalho, cabe enfatizar dois objetivos principais que devem ser busca-

15 Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...]

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

16 Por todos, confira-se RIBEIRO, Maurício Portugal. *op. cit.*, p. 172.

dos por ocasião do encerramento contratual: (i) garantir a continuidade da prestação do serviço, sem interrupção e decréscimo de qualidade; e (ii) receber todos os bens que sejam considerados reversíveis em bom estado de uso e conservação, bem como garantir a correta indenização em relação àqueles que o particular faça jus.

Como o término da PPP representa um momento de transição e ruptura, em que a prestação do serviço será retomada pelo Estado ou então repassada a outro particular, a preocupação deve estar centrada em garantir a continuidade dos serviços prestados.

Para tanto, o ideal seria que o edital trouxesse a previsão de que o parceiro privado deverá colaborar e encetar esforços para garantir que o fim da prestação, de sua parte, não afete os destinatários do serviço. Ademais, é salutar que sejam descritos os compromissos que poderão ser exigidos da parte mesmo após o fim do contrato, a exemplo do fornecimento de informações não detidas pelo Estado sobre o serviço.

Com efeito, cumpre lembrar que, com base na previsão do art. 422 do Código Civil, entende-se atualmente que a obrigação das partes de agir com boa-fé não cessa com a conclusão do contrato, mas, sim, se estende para a chamada fase pós-contratual¹⁷.

Outrossim, como incentivo a que o processo de transição ocorra da maneira mais salutar possível, Lucas Navarro Prado sugere ser conveniente que, ao final do contrato, seja estabelecido pagamento relevante, baseado em indicadores de eficiência¹⁸.

De mais a mais, como forma de garantir que o Poder Público assuma toda a operação do serviço sem qualquer ônus, os editais em geral trazem a previsão de que, por ocasião da extinção do contrato, o contratado deverá encerrar todas as relações celebradas com terceiros, garantindo a transferência do objeto de forma livre e desembaraçada ao Estado.

No que toca aos bens reversíveis, a princípio não haveria direito do particular à indenização paga pelo Poder Público, dado que, em tese,

17 Nesse sentido, conferir o Enunciado nº 25 das Jornadas de Direito Civil, dispondo que “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

18 *Extinção de contratos de PPP's e concessão*. Apresentação proferida na PGE/SP em 09 de novembro de 2012.

com o advento do termo contratual, todos os investimentos feitos pelo parceiro privado estarão depreciados ou amortizados.

Porém, durante a execução do contrato é possível que o Poder Público solicite investimentos não previstos originariamente, ou que aprove novos investimentos propostos pelo próprio contratado e absolutamente necessários para prestação contínua e adequada do serviço, hipóteses nas quais deve haver indenização por ocasião da extinção, em relação à parcela dos investimentos ainda não depreciada ou amortizada.

Essa é a previsão do art. 36, da Lei federal nº 8.987/95, aplicável subsidiariamente às PPP's, no sentido de que *“a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”*.

Nesses casos, cabe pontuar que os editais de concessões e PPP's, apesar de reproduzirem a previsão legal, não trazem a discriminação a respeito da metodologia utilizável para o cálculo da indenização.

Entretanto, é de rigor que seja estabelecido de antemão qual o critério que será utilizado para o cálculo do pagamento. Veja-se que a Lei nº 8.987/95, no seu art. 23, inciso XI, prevê como cláusula essencial do contrato de concessão aquela relativa *“aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso”*.

A ausência de disposição dessa importância não é recomendável, uma vez que abriria espaço para divergências entre as partes quando do acerto de contas – gerando riscos de judicialização ou remessa à arbitragem da questão –, além de representar um elemento de insegurança aos participantes da licitação, o que pode impactar negativamente na formulação da melhor proposta possível.

Como exemplo de situação problemática decorrente da ausência de clareza quanto aos critérios indenizatórios, podem-se citar os desdobramentos ocorridos no setor elétrico com a publicação da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012 (posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013).

Com efeito, no intento de proporcionar redução no preço das tarifas, a União, por meio do referido diploma, facultou às concessionárias

a renovação dos contratos atuais de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica pelo prazo máximo de trinta anos; e as concessões de geração de energia termelétrica pelo prazo máximo de vinte anos, desde que obedecidas algumas condições previstas na lei, principalmente a aceitação da nova tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para cada usina hidrelétrica.

Nesse sentido, os concessionários que aceitassem as condições, teriam os contratos prorrogados, podendo a União antecipar em até 60 (meses) o termo inicial da prorrogação, enquanto os que não aceitassem as novas regras, veriam os serviços como objeto de nova licitação ao final do prazo contratual.

Tanto na hipótese de extinção com o advento do termo contratual para os contratados que não optarem pela prorrogação, quanto nos casos de aditamento, poderá haver saldo a indenizar ao concessionário, decorrente de parcelas vinculadas a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Porém, os contratos não estabeleceram critério específico para o cálculo da indenização, mas trouxeram apenas uma previsão genérica a respeito¹⁹. O detalhamento da metodologia acabou contido na própria Medida Provisória nº 579/12, segundo a qual o pagamento seria feito com base no “*valor novo de reposição*”²⁰. Posterior-

19 Confira-se a redação do contrato:

CLÁUSULA DÉCIMA – EXTINÇÃO DA CONCESSÃO E REVERSÃO DOS BENS VINCULADOS

[...]

Quarta subcláusula - Para atender ao interesse público, mediante lei autorizadora, o PODER CONCEDENTE poderá retomar o serviço, após prévio pagamento da indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, inclusive serviço da dívida e outros encargos, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados pela TRANSMISSORA para garantir a continuidade e a atualidade do serviço.

20 Art. 8º [...] § 2º O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.[...]

Art. 15. A tarifa ou receita de que trata esta Medida Provisória deverá considerar, quando houver, a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo poder concedente, e será revisada periodicamente na forma do contrato de concessão ou termo aditivo.

§ 1º O cálculo do valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, para a finalidade de que trata o caput ou para fins de indenização, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.

mente, tal critério foi melhor esclarecido pela ANEEL, a qual, em subsídios fornecidos ao Ministério de Minas e Energia, entendeu que “o *valor residual dos ativos será calculado com base na depreciação contábil, ou seja, pela depreciação linear ao longo da vida dos ativos*”²¹.

Nesse ponto, cumpre observar que, de acordo com as práticas contábeis, existem diversos critérios de indenização, podendo-se falar, dentre outras, em depreciação linear, depreciação pela soma dos dígitos (método Cole) ou ainda pela unidade de tempo trabalhada ou das quantidades produzidas²².

Lucas Navarro Prado ainda menciona que, seria possível adotar um critério financeiro como forma de cálculo de eventual indenização. A aplicação desse critério pressupõe “a *existência de um caso-base em que estejam preestabelecidos os custos/despesas, as receitas e a taxa de desconto a serem considerados no fluxo de caixa*”²³. Assim, a partir do caso-base modela-se a concessão ao longo do prazo de vigência, de forma que todos os investimentos estejam amortizados ao final, ou, ao contrário, seja devida uma indenização.

Com esse critério, é possível adequar o projeto de forma que não exista indenização devida à concessionária ao final da concessão, ainda que investimentos futuros sejam realizados durante sua execução e de antemão previstos. Isso porque esse método permite modelar o contrato de forma que as receitas tarifárias e a contraprestação pública remunerem não somente o investimento inicial, mas também aquele futuro que vier a ser feito durante a vigência do contrato, ao menos aqueles que já podem ser previstos.

21 Conferir a Nota Técnica nº 396/2012-SER/ANEEL, disponível em http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/092/documento/nt_053_-_ressarcimentosinvestimentos_mateus_ludimila_luciana_hng_07ago2013.doc_-_mmn_e_sgh_scg_sfg.pdf.

22 Na depreciação linear aplica-se um percentual fixo em todos os períodos de tempo, não havendo variação ao longo do tempo da medida da depreciação. O sistema Cole é baseado no tempo de vida útil do bem, de modo que a perda de valor ocorre de maneira crescente após cada intervalo de tempo, sem alteração da base de cálculo, porém. A unidade de tempo trabalhada considera a depreciação a partir do número de horas de uso do bem no período, ao passo que pelo método das unidades produzidas, de forma análoga, a depreciação ocorre a partir das unidades produzidas no período em contraposição à quantidade total que o bem é capaz de produzir.

23 PRADO, Lucas Navarro. “Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei federal nº 8.987/95”, in: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luis Chrysostomo, *Parcerias Público-Privadas. Experiências, Desafios e Propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, pp. 288-298.

A par desta digressão, o que importa pontuar é que, independentemente do mérito da política formulada pela União quando da publicação do ato normativo que regulou o término e prorrogação das concessões, não havia clareza quanto ao montante a que as concessionárias fariam jus. Sendo assim, após a divulgação do montante da indenização calculada pelo Poder Concedente, os valores foram considerados muito baixos pelo setor, gerando desvalorizações acionárias das companhias, demissão de trabalhadores, complicações políticas e, por fim, a judicialização da questão com provocação do Supremo Tribunal Federal²⁴.

Portanto, conclui-se que, para evitar conflitos do tipo e melhor regular uma situação que após décadas poderá mostrar-se problemática, é altamente recomendável que os editais definam, de antemão, quais critérios serão adotados para o cálculo das indenizações devidas ao concessionário e em quais hipóteses.

É possível diferenciar, também, entre eventual indenização que seria já prevista no início do contrato, graças a investimentos futuros programados – para a qual, a princípio, seria mais conveniente utilizar o critério financeiro como forma de depreciação – e aquela outra hipótese, representada pelas indenizações que decorram de fatos não antevistos inicialmente, para as quais algum critério também deverá ser eleito.

Por fim, no que tange ao momento de pagamento da indenização, a jurisprudência vem entendendo que, no caso de extinção pelo advento do termo final, não há necessidade de pagamento prévio para que o Poder Público assumira os serviços²⁵. Assim, não há obstáculos a que o contrato defina que

24 Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.108, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria. A despeito de o fundamento jurídico da ação residir no vício formal das Medidas Provisórias nº 577/2012 e 579/2012, é possível sustentar que a razão do ajuizamento da ação reside na insatisfação com as consequências deflagradas no setor elétrico pelos atos normativos.

25 ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESCABIMENTO. 1. *Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. Não está condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida nas vias ordinárias. Precedentes do STJ.* 2. *Recurso especial não provido.* (STJ, REsp. 201103020553, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJE de 9/12/2012).

o pagamento ocorra quando da assunção do serviço concedido pelo Poder Concedente ou por terceiro, sem que se configure pré-condição ao ato.

4.2 Encampação

Avançando na análise das causas de extinção das concessões, passa-se a tratar da encampação, que é caracterizada por Marçal Justen Filho²⁶ como

a manifestação, no âmbito do instituto da concessão, do poder de extinção unilateral dos contratos, fundado na satisfação do interesse público, assegurado ao Estado. Trata-se da mais significativa exteriorização dos chamados poderes exorbitantes, no âmbito dos contratos administrativos.

O conceito de tal hipótese extintiva – denominada por alguns, também, pela expressão *resgate* – está presente no art. 37 da Lei federal n.º 8.987/1995, constituindo 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 art. 36 daquele diploma.

Partindo da definição em tela, passa-se a cuidar dos elementos distintivos da encampação.

Em primeiro lugar, trata-se de situação abreviadora do contrato, eis que a extinção se dá no curso do prazo da concessão. Além disso, a presença de razão de interesse público constitui requisito para a sua decretação.

Sobre os motivos para a encampação, José dos Santos Carvalho Filho ressalta que, “*embora esses fatores sejam próprios da avaliação dos administradores públicos, estão eles vinculados à sua veracidade*”. Assim – prossegue o autor –, “*se o concedente encampa o serviço sob a alegação do motivo A, fica vinculado à efetiva existência desse motivo; se inexistente o motivo alegado, o ato de encampação é irritado e nulo*”²⁷.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.580.

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 374-375.

Por se tratar de causa de extinção que independe de culpa da concessionária, a norma de regência é expressa ao afirmar que o pagamento da indenização deverá ser prévio.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal na 4ª Região já decidiu que:

No que pertine à necessidade de prévia indenização, destaco que, por ser mero ato administrativo – lei de efeito concreto –, as leis autorizadoras específicas a que se refere o art. 37 da Lei n.º 8.987/1995 não podem inovar o ordenamento jurídico, mormente quando não há a necessária competência legislativa na unidade federativa para dispor sobre matéria cuja competência legislativa pertence à União Federal. Disso, conclui-se que qualquer expressão posta nas aludidas leis autorizadoras que impliquem na subversão da necessidade de se realizar o efetivo pagamento prévio das indenizações, estas calculadas nos estritos termos da Lei e dos contratos de concessão, não podem ser tidas como válidas²⁸.

Ainda a respeito da indenização devida em decorrência da encampação, merece ser destacada a existência de polêmica quanto à inclusão dos lucros cessantes no montante. Sobre o tema, o art. 37 da Lei de Concessões, remete à norma precedente, que estabelece o seguinte:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Com base nesse dispositivo, parece possível afirmar que o direito posto não reconhece o direito à indenização dos lucros cessantes em caso de encampação, adstringindo a reparação aos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹, entretanto, enfatiza que:

A Lei 8.987, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não

28 TRF da 4ª Região, Terceira Turma – Agravo de Instrumento n.º 2003.04.01.054268-2/PR – Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ de 30/06/2004, p.729 (excerto da ementa).

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.749.

amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.

Mauricio Portugal Ribeiro³⁰, da mesma forma, opina que

é preciso proteger os investidores do parceiro privado (os detentores de participação acionária), no caso de encampação e rescisão do contrato. Nessas duas hipóteses, a extinção se dá por decisão política ou por descumprimento do contrato pela Administração. É preciso, por isso, nestes casos, garantir não apenas o ressarcimento dos valores investidos e não amortizados, mas também as expectativas de retorno dos investidores, de maneira que eles não sejam penalizados pela inadimplência da Administração ou pela antecipação do término do contrato por razões de natureza política.

Também Marçal Justen Filho³¹ defende a indenização dos lucros cessantes.

Apesar de tais opiniões, todavia, os artigos 36 e 37 já foram entendidos como empecilhos à indenização dos lucros cessantes em caso de encampação. De fato, ao analisar edital voltado à concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Garopaba, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, inicialmente, apontou, entre as possíveis irregularidades, a “*previsão de indenização e pagamento de lucros cessantes à concessionária em caso de encampação pelo concedente, com ausência de amparo legal e desconformidade com os arts. 36 e 37 da Lei nº 8.987/95*”³².

Na decisão proferida sobre tal edital, entretanto, a Corte de Contas catarinense determinou a anulação do edital por razões distintas, deixando de apreciar a questão dos lucros cessantes por considerar que a matéria teria sido saneada no curso do processo³³.

30 RIBEIRO, Mauricio Portugal. Obra citada, p.174.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria ...*pp.586-587.

32 Processo n. ELC - 08/00069307 – Decisão n.º 0607/2008.

33 A anulação foi determinada na Decisão n.º 0912/2009. Quanto ao saneamento, ele teria sido reconhecido no Relatório de Reanálise DLC/INSP2/DIV4 n.º 329/2008.

A falta de uma posição consolidada sobre o tema se reflete, também, na análise de editais do Estado de São Paulo e da União.

Com efeito, no âmbito estadual, a subcláusula 24.1, do contrato da Linha 4 do Metrô de São Paulo prevê que, em caso de encampação, o Poder Concedente deverá realizar o prévio pagamento de *lucros cessantes correspondentes à expectativa de retorno líquido econômico do capital próprio dos acionistas, conforme previsto no PLANO DE NEGÓCIOS, pelo prazo restante de vigência do CONTRATO*³⁴.

Todavia, editais mais recentes, como os da Linha 6 do Metrô (cláusula 44 da minuta de contrato)³⁵ e dos reservatórios do Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE (cláusula 31 da minuta de contrato) silenciam a esse respeito³⁶.

Na esfera federal, da mesma forma, não existe uniformidade: a minuta de contrato de concessão oriunda da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, relativa ao trem de alta velocidade (subcláusula 38.2.iii) traz a previsão do pagamento de lucros cessantes em caso de encampação³⁷, o que não se observa, por exemplo, nos contratos de concessão dos Aeroportos Internacionais de Brasília, Campinas e Guarulhos (Edital n.º 02/2011 da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, subcláusulas 13.13 a 13.15)³⁸.

Quer parecer que, à míngua de expressa previsão legal acerca de tal parcela, não se afigura recomendável, em primeira análise, a previsão do pagamento de lucros cessantes nos contratos de parcerias público-privadas. Cabe ao Poder Concedente, contudo, ponderar a questão no caso concreto, uma vez que qualquer decisão do titular do serviço público nesse campo será precificada.

Por fim – e, à parte da polêmica atinente à interpretação da regra geral prevista na Lei n.º 8.987/1995 –, cabe apontar que, ao menos em

34 Disponível em: http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_ppp/docs/edital_linha_quatro_do_metro_sp.pdf. Acesso em 09 de outubro de 2013.

35 Disponível em: <http://www.stm.sp.gov.br/index.php/edital-linha-6>.

36 Disponível em: <http://www.saneamento.sp.gov.br/daee120820.html>. Acesso em 09 de outubro de 2013.

37 Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/22585/Edital.html>. Acesso em 09 de outubro de 2013.

38 Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/gru-vcp-bsb/>. Acesso em 09 de outubro de 2013.

um dispositivo específico, aplicável ao regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, o pagamento de lucros cessantes é expressamente afastado na indenização por encampação. Trata-se do art. 19 da Lei federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que estabelece o seguinte:

Art. 19. Na hipótese de encampação da concessão, a indenização devida ao concessionário, conforme previsto no art. 36 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, compreenderá as perdas decorrentes da extinção do contrato, excluídos os lucros cessantes.

4.3 Caducidade

A caducidade da concessão – disciplinada no art. 38 da Lei federal nº 8.987/1995 – decorre da inexecução total ou parcial do contrato ou do descumprimento de disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão.

Trata-se de uma punição ao concessionário, constituindo medida necessária à realização do interesse público no contexto da concessão. Por isso, caso seja verificada causa hábil, sua decretação constitui dever do Poder Concedente.

A propósito do texto do *caput* do dispositivo, é importante advertir – na esteira do escólio de Marçal Justen Filho³⁹ – que não se está, propriamente, diante de um ato declaratório de caducidade. Na verdade, a caducidade é materializada por meio de um ato constitutivo negativo. Por conseguinte,

a concessão somente se extingue no instante em que proferido o ato estatal que reconhecer inadimplemento ou perda de condições de habilitação. Até então, o concessionário mantém a situação jurídica correspondente. Não obstante já se ter produzido o evento que acarretará posterior extinção da concessão, permanece o regime jurídico próprio.

O §1º do art. 38 arrola hipóteses em que a caducidade poderá ser decretada pelo Poder Concedente. Tal rol, todavia, não deve ser tido como exaustivo. A própria Lei de Concessões (art. 27) traz outra hipóte-

39 . JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria ...*, p.592.

se de caducidade. Além disso, nada impede que o instrumento contratual estabeleça situações específicas para a decretação da medida⁴⁰.

Exemplo dessa possibilidade pode ser verificada na subcláusula 45.2.14 da Linha 6 do Metrô de São Paulo, que estabelece, como hipótese de caducidade, o “*atraso superior a 360 (trezentos e sessenta) dias em relação à data prevista para início da OPERAÇÃO COMERCIAL, constante do Cronograma de Implantação do Empreendimento, apresentado pela CONCESSIONÁRIA*”⁴¹.

Como já apontado, a caducidade pode ser decretada em situação que o ordenamento admitiria, também, a aplicação de outras sanções contratuais. Como determinar, pois, qual a punição apropriada em caso de inexecução?

Quer parecer que tal decisão poderá partir de uma premissa estabelecida por Marçal Justen Filho⁴²: mais do que uma punição, a caducidade deve ser entendida como medida de realização do interesse público. Assim, “*extingue-se a concessão porque a conduta do concessionário é defeituosa a ponto de autorizar a previsão de desastres futuros*”. Como decorrência desse juízo, afigura-se lícito concluir que

Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pelo concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição.

A decretação da medida, nos termos da Lei de Concessões, “*deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa*” (art. 38, §2º). Por sua vez, como condição à instauração do processo administrativo de inadimplência, o diploma normativo exige a comunicação prévia e detalhada, à concessionária, acerca dos descumprimentos contratuais mencionados no art. 38, §1º e a concessão de prazo para “*corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais*” (art. 38, §3º).

40 Nesse sentido, cabe reportar às considerações de Marçal Justen Filho (*op.cit.*, p.595.)

41 Disponível em: <http://www.stm.sp.gov.br/index.php/edital-linha-6>.

42 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p.594.

Caso a inadimplência seja comprovada, o Poder Concedente decretará a caducidade independentemente de indenização prévia (art. 38, §4º). Tal indenização será calculada na forma do art. 36, fazendo-se o desconto do valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária (art. 38, §5º).

Finalmente, cabe alertar que a decretação de caducidade não gera, ao Poder Concedente, responsabilidade quanto “*aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária*” (art. 38, §6º).

Do tratamento conferido ao tema em contratações mais recentes, quer parecer que merece destaque a permissão do exercício de *step in right* anterior à declaração de caducidade, prevista nos contratos de concessão dos Aeroportos Internacionais de Brasília, Campinas e Guarulhos (subcláusula 13.20)⁴³.

À parte disso – e, conforme afirmado no *caput* do art. 38 da Lei de Concessões – a decretação da caducidade será realizada a critério do Poder Concedente. Quer isso dizer que, não cabe ao Poder Judiciário substituir o administrador em tal atribuição.

Destaca-se, nesse sentido, aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em sede de apelação interposta pelo Ministério Público Federal. Na sentença recorrida, julgou-se improcedente pedido formulado em ação civil pública visando à decretação de caducidade de contrato de concessão de serviço de transporte ferroviário de carga. Da ementa do julgado, transcreve-se o seguinte excerto:

[...]

3. Cabe ao poder concedente, conforme oportunidade e conveniência, e não ao Judiciário, declarar a caducidade do contrato por eventual inexecução parcial.

4. “Evidenciado o caráter discricionário da decretação de caducidade do contrato de concessão de prestação de serviço público, e inexistente omissão da Agência Reguladora em fiscalizar e sancionar a concessionária, incabível a atuação do judiciário para

43 Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/gru-vcv-bsb/>. Acesso em 09 de outubro de 2013.

impor a extinção do referido contrato desconsiderando o juízo de conveniência e oportunidade da Administração”. (Parecer da Procuradoria Regional da República)

[...] ⁴⁴

A liberdade conferida ao administrador para decretar a caducidade, entretanto, deve ser bem compreendida.

Primeiro, ela não existe em caso de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente. Em tais situações, o art. 27, *caput*, da Lei n.º 8.987/1995 comina a decretação de caducidade da concessão como medida necessária.

No que concerne às demais inexecuções contratuais, devem ser considerados, como vetores decisórios, o princípio da proporcionalidade e a realização do interesse público subjacente à contratação. Sopesados tais elementos, cabe ao administrador optar pela aplicação da penalidade, fundamentando o ato.

4.4 Rescisão

Trata-se de hipótese de extinção do contrato por inadimplemento imputado ao Poder Concedente. Opõe-se à declaração de caducidade, que tem lugar na hipótese de inadimplemento atribuível ao concessionário. Conforme adverte Marçal Justen Filho ⁴⁵, “*para evitar dúvidas, a lei deu significado específico à expressão ‘rescisão’. É a extinção do contrato, em virtude de decisão judicial, decorrente do inadimplemento do poder concedente*”. Veja-se o art. 39, da Lei nº 8.987/95:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

44 TRF da 5ª Região, Segunda Turma – Apelação Cível n.º 505223/PE (2004.83.00.006142-0) – Rel. Des. Fed. Manuel Maia (convocado), DJe de 14/04/2011, p.103.

45 *Op. Cit.*, p. 766.

Da dicção legal, percebe-se que não há possibilidade de rescisão unilateral do contrato por parte da concessionária, que necessariamente deverá acionar o Poder Judiciário, com exceção, obviamente, de eventual rescisão amigável.

O parágrafo único do art. 39 impõe restrição à cláusula da *exceptio non adimplecti contractus*, ainda mais severa que aquela constante da Lei n.º 8.666/93, com vistas à preservação da continuidade do serviço público. É sabido que a restrição de oponibilidade da exceção de contrato não cumprido constitui uma das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que garantem a posição de verticalidade da Administração Pública nesse tipo de avença. De acordo com a Lei de Licitações e Contratos, conforme art. 78, XIV e XV, aplicáveis aos contratos administrativos em geral, há um lapso temporal de 90 ou 120 dias, a depender do caso, em que o contratado deverá cumprir o contrato mesmo sem receber a contraprestação da Administração Pública.

Pelo art. 39 da Lei n.º 8.987/95, todavia, não há um prazo temporal delimitado, devendo a concessionária manter a prestação de serviço até o trânsito em julgado da ação por ela intentada. Diante da severidade do dispositivo, alguns autores propõem seu temperamento por intermédio da interpretação calcada na razoabilidade e na proporcionalidade. Nesse sentido, Maurício Portugal Ribeiro⁴⁶:

Em primeiro lugar, note-se que, atualmente, geralmente, os contratos de concessão preveem a obrigatoriedade de utilização da arbitragem, de maneira que essa decisão fatalmente seria dada por uma corte arbitral. [...] não é razoável exigir que o parceiro privado continue a prestação do serviço indefinidamente até que haja uma sentença transitada em julgado. [...] Portanto, nos parece perfeitamente razoável que, comprovada a inviabilidade de manter a prestação dos serviços pelo prazo necessário para a decretação da rescisão do contrato, deve ser concedido liminarmente ao parceiro privado a possibilidade de, em data programada e, mediante transferência da operação dos serviços para a Administração Pública, cessar ou suspender a prestação dos serviços.

46 *Op. cit.*, p. 174-175.

Marçal Justen Filho⁴⁷ externa posição no mesmo sentido:

O parágrafo único do artigo 39 consagra a impossibilidade de o concessionário invocar a exceção de contrato não cumprido. Mas o dispositivo tem de ser interpretado nos limites da proporcionalidade e segundo a estruturação constitucional do Estado. Se a manutenção do serviço, em face do inadimplemento do poder concedente, for hábil a acarretar o desaparecimento do concessionário ou o sacrifício de interesses fundamentais, não incidirá o parágrafo único do artigo 39. [...]. Depois, não se extrai do parágrafo único do artigo 39 uma autorização para o Estado manter indefinidamente seu inadimplemento, constringendo o concessionário a continuar a prestar serviços. Isso seria a mais completa consagração do arbítrio.

Diante de tal posicionamento doutrinário, bem como pela possibilidade de concessão de liminar determinando a devolução imediata do serviço ao Poder Concedente, parece recomendável que seja avaliada a possibilidade de fazer constar da minuta do contrato as cautelas que deverão obrigatoriamente ser adotadas, tudo com vistas à preservação do princípio da continuidade do serviço público.

No que tange à indenização, por se tratar de modo de extinção de vínculo contratual por fato atribuível ao Poder Concedente, devem ser utilizados os mesmos critérios válidos na hipótese de encampação.

Cumprе observar que, em se tratando de concessões patrocinadas ou administrativas, a lei de PPPs autoriza que o contrato estabeleça uma garantia em favor da concessionária, que poderá executá-la na hipótese de inadimplência do Poder Concedente. No caso da Linha 6 de Metrô de São Paulo, constou ainda previsão de que a não retomada dos pagamentos, pelo Poder Concedente, no prazo contratualmente fixado, ensejará a rescisão contratual, desde que solicitada pela concessionária, “*vedada a interrupção ou paralisação dos serviços antes do prazo de retomada estabelecido pelo Poder Concedente*” (cláusula 52.10). Como se vê, o contrato admite uma forma de rescisão contratual que dispensa autorização prévia do Poder Judiciário.

⁴⁷ *Curso...*, p. 766-767.

4.5 Anulação

O tema da invalidação ou anulação⁴⁸ é muito desenvolvido pela doutrina de Direito Administrativo na seara do ato administrativo. “*Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica*”⁴⁹.

Nesse sentido, quando se arrola a anulação como uma das modalidades de extinção do contrato de parceria público-privada, alberga-se a possibilidade de término do contrato por algum vício de legalidade, seja no procedimento licitatório, seja nas próprias cláusulas da avença. Conforme adverte Marçal Justen Filho⁵⁰:

[...] anulação diferencia-se de todas as demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado, até o momento da formalização da concessão. Não depende da conduta do concessionário no desempenho da concessão, nem se relaciona com um juízo de conveniência acerca de sua extinção.

O art. 35, V, da Lei nº 8.987/95 arrola a anulação como uma das modalidades de extinção do contrato de concessão, dispositivo que é aplicável às parcerias público-privadas pelo fato do tema da extinção não estar regulamentado na Lei nº 11.079/2004, a teor do seu art. 3º, *caput* e §1º⁵¹.

O poder de autotutela, adjudicado à Administração Pública, é antes um *dever-poder*, à medida que, regida pelo princípio da estrita legalida-

48 A doutrina diverge sobre a nomenclatura. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 440), José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 154) e Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 385) preferem o termo invalidação ou invalidade, à medida que o vício pode gerar não só anulação, mas também nulidade, ao passo que Aloísio Zimmer Jr. (*Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 201), dentre outros, utilizam o termo anulação, que deve ser compreendido em sentido amplo.

49 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 441.

50 *Op. Cit.*, p. 767.

51 Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

de, ela não pode optar por não invalidar o ato viciado. Atualmente, todavia, tem-se reconhecido hipóteses em que é aplicável a convalidação, ou em que há oportunidade de aplicação da teoria do fato consumado, em homenagem aos princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica.

A convalidação é conceituada como “o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, *de forma a confirmá-los no todo ou em parte*”⁵².

No âmbito estadual, poderá haver a convalidação do ato administrativo quando se tratar de vício relativo à forma ou à competência, sendo impossíveis de convalidação os vícios quanto ao objeto, à finalidade e ao motivo⁵³.

Por vício quanto ao objeto, entende-se aquele referente ao conteúdo do ato, correspondente ao seu efeito jurídico imediato. Nesse sentido, se o objeto for ilícito, há um vício insanável a contaminar o ato administrativo. Um contrato de parceria público-privada que tenha como único objeto o fornecimento de mão-de-obra, por exemplo, poderia ser anulado com fulcro no art. 2º, §4º, III, da Lei n. 11.079/2004⁵⁴.

Já o vício quanto à finalidade caracteriza-se como desvio de poder ou desvio de finalidade, que ocorre “tanto quando o administrador distorce o fim legal do poder que lhe era confiado pela regra de competência como quando não busca finalidades de interesse público (finalidade em sentido amplo), mas se orienta para fins particulares que nada têm a ver com os fins coletivos⁵⁵”.

Para aferir desvio de finalidade em parceria público-privada, deve-se ter em mente a função da espécie contratual, para que serve seu manejo, quais os interesses que busca consagrar. Não se pode admitir, assim, que o

52 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 162.

53 É o que se extrai do art. 11 da Lei Estadual n.º 10.177/1998.

54 Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.[...]

§ 4º. É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [...]

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

55 Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 211.

contrato sirva somente como uma fachada para encobrir uma flexibilização do regime jurídico de direito público, com transferência de recursos do Estado para atendimento a interesses particulares, mas sim deve ser ínsita sua lógica econômica, com ganhos ao parceiro privado e ao interesse público.

Por fim, o motivo é conceituado como o pressuposto fático que autoriza a edição do ato. Assim, o vício quanto ao motivo poderia ser a inexistência do fato ou a inadequação do fato com o pressuposto de direito (falsidade do motivo). Difícil imaginar uma possibilidade de anulação de parceria público-privada por vício de motivo, diante da quantidade de estudos técnicos, audiências públicas e consultas ao setor privado que, em geral, precedem o lançamento do edital.

Sobre a hipótese aventada no inciso II do art. 10 da Lei estadual n.º 10.177/1998, a “irregularidade” tem de ser interpretada como um vício de forma. Assim, o ato praticado com “irregularidade” é aquele que acabou por não observar alguma formalidade legal, tendo alcançado, mesmo assim, seu desiderato, sem causar prejuízo. O legislador, portanto, acaba prevendo duas modalidades de convalidação do ato administrativo com vício de forma: pelo art. 10, II, quando não houver prejuízo; pelo art. 11, II, quando, mesmo havendo prejuízo, o ato puder ser suprido de forma eficaz.

No que tange à teoria do fato consumado, foi construída pela doutrina de Direito Administrativo para afastar a invalidação de atos viciados quando seus efeitos já estiverem consolidados no tempo, em proteção da segurança jurídica e da boa-fé. No caso, com base na razoabilidade, deve prevalecer um juízo de ponderação, para verificar se o reconhecimento de vício poderia trazer consequências funestas ao interessado ou, principalmente, à Administração⁵⁶.

Dados os contornos gerais sobre a essência da anulação do contrato de parceria público-privada, cabe discorrer sobre dois pontos que têm especial interesse quando se trata dessa espécie de contrato administrativo, quais sejam, os critérios para liquidação do dano em havendo anulação do contrato e eventual possibilidade de previsão contratual para limitar a autotutela do Poder Concedente.

56 Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Op. cit.*, p. 229-230.

4.5.1 Liquidação de danos em caso de anulação de contratos de PPP

Há dificuldade em regulamentar a questão da indenização cabível nas hipóteses de extinção do ajuste em decorrência da sua anulação, já que o objeto do contrato e a modelagem da concessão interferem na regulamentação dessa indenização. Costuma-se determinar os critérios de liquidação remetendo aos mesmos critérios no caso de caducidade (quando houver *culpa* da concessionária) ou encampação (quando não houver *culpa* da concessionária).

Deve-se evitar a utilização do termo “culpa” quando se estiver a falar em contrato administrativo, à medida que o termo pode dar espaço a indagações subjetivas e à constatação de negligência, imprudência ou imperícia. Aliás, não são poucas as vozes, na esfera da responsabilidade contratual, que se levantam questionando o papel que, atualmente, é reservado à culpa, dada a crescente necessidade de objetivação daquela espécie de responsabilidade⁵⁷. Ademais, em contratos de vulto como parcerias público-privadas, com alto grau de especialização técnica, e pelos expressivos montantes envolvidos, não cabe que se ceda espaço a subjetivismos.

Nessa esteira, melhor fazer constar dos contratos que será o caso de liquidar o dano pelos critérios da caducidade quando houver *fato atribuível* à concessionária, ou pelos critérios da encampação quando *não* houver *fato atribuível à concessionária*. Dessa maneira, fecha-se dentro do contrato um sistema absolutamente coerente no que tange à indenização dos danos decorrentes da anulação do contrato.

Por fim, deve-se evitar, na espécie, a estipulação de cláusulas contratuais demasiado abertas, fixando que a indenização derivada de anulação será apurada *a posteriori*, de acordo com os danos decorrentes do evento. Cláusula de tal amplitude pode gerar problemas sérios entre o Poder Concedente e a concessionária caso sobrevenha anulação, sem contar que tal grau de incerteza certamente será precificado e aumentará o custo do contrato. Preferível, assim, que se feche o sistema com

⁵⁷ Cf. VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2007, *passim*; CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade civil contratual*. Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2011, *passim*.

a referência aos critérios de indenização próprios da caducidade e da encampação.

4.6 - Possibilidade de afastamento da autotutela administrativa por previsão contratual

Questão interessante que se coloca é a possibilidade de afastamento, por previsão contratual, do poder-dever de autotutela administrativa. Em outras palavras, questiona-se se seria possível a previsão no contrato de parceria público-privada, e de resto em qualquer contrato de concessão, de cláusula afastando a prerrogativa do Poder Concedente de anular o contrato independentemente de provocação do Poder Judiciário.

A resposta é negativa. Com efeito, a autotutela é antes um *poder-dever*, de modo que, colocado diante de uma ilegalidade, deve o administrador providenciar a invalidação do ato viciado, salvo se existente algum impedimento trazido pelo art. 10 da Lei nº 10.177/98. Conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸, “*sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas*”. O *caput* do art. 10, aliás, é claro ao prescrever que “*A administração anulará*” os atos inválidos, não deixando margem à discricionariedade.

Nesse sentido, inviável à Administração Pública abrir mão de uma prerrogativa própria do regime jurídico de Direito Público via contrato, pois não há possibilidade de disposição nesse caso, à medida que não autorizada por lei. Outrossim, examinando a questão sob uma perspectiva teleológica, se não cabe ao administrador optar por invalidar ou não o ato inválido depois de percebido o vício, nada autoriza supor que ele pudesse fazê-lo antes do aparecimento dele, abrindo mão da prerrogativa da autotutela, essencial ao regime jurídico administrativo.

Conclui-se, então, pela impossibilidade de afastamento do exercício da autotutela administrativa via inserção de cláusula contratual nesse sentido em contrato de parceria público-privada.

⁵⁸ *Op.cit.*, p. 456.

4.7 Falência ou Extinção da concessionária

Se a contratada não tiver mais condições de dar prosseguimento ao contrato, por falta de capacidade econômica ou financeira, extinguir-se-á a contratação por falência.

Há divergência nessa hipótese, em relação ao regime indenizatório aplicável. Alguns modelos de contratos analisados para este trabalho previram distinção na forma de cálculo da indenização conforme o motivo da decretação da falência. Se ocorrida fraude (imputável à concessionária), a indenização seria paga nos moldes da extinção em razão da caducidade. Caso a falência decretada não fosse fraudulenta, a indenização a ser paga obedeceria aos regramentos da hipótese de extinção em razão de encampação.

Em outras modelagens, contudo, essa distinção não apareceu, ou seja, independentemente do motivo para a decretação da falência, o contrato fez remissão ao pagamento da indenização previsto para o caso de caducidade. Fica, contudo, a critério do Poder Concedente definir a melhor forma aplicável a cada caso concreto. Além disso, na falência, a garantia de execução do contrato deverá ser integralmente revertida ao Poder Concedente.

Cabe apontar que alguns contratos pesquisados (como, por exemplo, aquele que tem por objeto a Linha 6 do Metrô bandeirante) incluem, na hipótese de extinção do contrato, a recuperação judicial que prejudique a execução do ajuste. Embora não exista nenhum óbice a essa inclusão, ela se afigura, em princípio desnecessária, por estar contida na hipótese de extinção do contrato em razão de caducidade. Cabe, contudo, ao Poder Concedente, à vista de cada caso concreto e analisando de forma global a modelagem da concessão, verificar a pertinência ou não da inclusão, dentre as causas de extinção da parceria, da “recuperação judicial que prejudique a execução do contrato”. Caso opte por incluí-la, vale apontar que a forma de indenização a ser prevista deverá ser a mesma estabelecida para a hipótese de falência.

5. Caso fortuito ou força maior

Alguns contratos incluem, dentre as hipóteses de extinção prematura do ajuste, a ocorrência de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada, e que impeça a continuidade da execução do contrato.

Dependendo do caso concreto, o Poder Concedente poderá definir a necessidade de incluir essa previsão no contrato, sem confundi-la com as hipóteses de encampação ou caducidade, postas linhas acima.

6. Reversão dos bens

A reversão de bens constitui preceito tradicional nas leis brasileiras referentes à concessão de serviços públicos, que se aplicam inteiramente aos contratos de parcerias público-privadas, sendo aspecto intimamente ligado à extinção do contrato em qualquer das hipóteses previstas na Lei nº 8.987/95.

De modo pragmático, e como já alertado linhas acima, na extinção dos contratos de parcerias público-privadas, deve-se sempre proteger e garantir a continuidade dos serviços prestados, dando destaque especial às cláusulas relacionadas aos bens reversíveis e critérios para cálculo e forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária.

A previsão da reversão dos bens nos contratos de concessão é objeto de atenção do legislador pátrio antes mesmo de sua celebração, isto é, deve ser considerado na fase interna e contemplado no edital do certame que selecionará o projeto e o licitante vencedores.

Os bens reversíveis, conforme disposto na Lei nº 8.987/95, devem ser expressamente indicados no edital de licitação (art. 18, X), com suas características e condições, inclusive, quando pertencentes ao Poder Público e entregues ao concessionário para o cumprimento do contrato.

A importância da correta definição e previsão dos bens que serão revertidos ao Poder Concedente ao final do contrato, independentemente da modalidade de extinção, sejam aqueles que já lhe pertenciam, como aqueles adquiridos ou utilizados pelo parceiro privado na execução do contrato, tem por escopo a continuidade dos serviços prestados nos respectivos contratos, uma vez que a supremacia do interesse público⁵⁹ é o princípio norteador de todos os serviços públicos delegados ou outorgados para que o bem público seja resguardado em relação a certos interesses individuais, em especial aqueles de mero interesse econômico.

⁵⁹ Consubstanciada na prestação contínua e adequada dos serviços públicos.

Por outro lado, a previsão contratual da reversão dos bens na extinção do contrato protege o retorno dos investidores, quando esta se der por ato da Administração Pública, e o pagamento das dívidas, na hipótese em que ocorrer o inadimplemento ou extinção do contrato por ato do parceiro privado.

O patrimônio do concessionário constituído em decorrência da atividade da SPE, não vinculado ao objeto do contrato, não constitui bem reversível e dele o parceiro privado pode dispor; vale dizer, o Poder Concedente não pode se apropriar de todo e qualquer bem do concessionário, sob pena de configuração de apossamento administrativo.

Nesse cenário, a Lei nº 8.987/95, em seu art. 18, incisos X e XI, estabeleceu a necessidade de o edital de licitação indicar expressamente os bens reversíveis, com suas características e as condições em que serão postos à disposição, na hipótese de extinção da concessão anterior. De igual modo, o art. 23, X, da mencionada norma, estabeleceu que é cláusula essencial aquela que cuida dos bens reversíveis.

Como consequência da extinção do contrato, a reversão dos bens vem tratada nos arts. 35 e 36 do mencionado diploma normativo.

O primeiro obstáculo a ser superado para que a Administração Pública receba os bens reversíveis em razão da extinção da parceria público-privada, é a definição de quais bens podem ser assim qualificados.

Do exame de alguns contratos de concessão na modalidade de parceria público-privada, infere-se que a definição dos bens reversíveis vem bem delineada no contrato da Linha 4 do Metrô de São Paulo, onde consta que são *“todos aqueles vinculados à Concessão, construídos, adquiridos, produzidos/fabricados e implantados pela Concessionária (edificações/instalações, sistemas, equipamentos, máquinas, componentes, sobressalente, bens e direitos para a prestação dos serviços e outros), bem como os disponibilizados pelo Poder Concedente, e, eventualmente por seus agentes, que se façam necessários à execução da prestação do serviço concedido”*.

O que se observa, nesses diversos contratos examinados – e é recomendável que isso aconteça –, é a conceituação dos bens reversíveis. Essa conceituação não deve ser revestida de rigidez, na medida em que se está cuidando de contratos com prazos muito longos e que exigem

atualização tecnológica e técnica de equipamentos, e que, no curso do contrato, não é possível contemplar todas as situações para inclusão ou exclusão de bens necessários para garantir a continuidade dos serviços.

Assim, é recomendável que se adote uma listagem, inventário, e registro desses bens, que não só podem, como devem ser atualizados periodicamente, permitindo que, no momento da extinção do contrato, não ocorram imprevistos ou divergências entre os parceiros quanto aos bens que devem ser entregues ou os que devem retornar para o parceiro público.

Além do procedimento adotado pela ANEEL, na Lei nº 12.783/2011, como mencionado no item 3.1., mostra-se interessante aquele adotado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível por ocasião da desativação de instalações dos campos de exploração de petróleo e gás natural, ao editar a Resolução ANP nº 13/2011, disciplinando a articulação dos atos de Alienação e Reversão de Bens e Devolução de Áreas, definindo o que é reversão dos bens, os bens reversíveis, a devolução das áreas e a forma dessa devolução.

As parcerias público-privadas celebradas pelo Governo do Estado de Minas Gerais, em especial nos contratos da UAI (Unidade de Atendimento Integrado) e do Estádio do Mineirão, em que foi prevista a indicação de um Verificador Independente que terá como objetivo a realização de relatório de vistoria para retratar a situação dos bens reversíveis e definir, com a aprovação das partes, os parâmetros que nortearão a devolução dos bens integrantes da concessão, garantindo maior imparcialidade e segurança neste procedimento.

Relativamente aos bens imóveis, de propriedade do Poder Concedente, entregues ao concessionário (bens de uso comum, uso especial ou dominical), deve-se estipular de modo claro as regras e limitações ao seu uso e as condições de sua devolução, especialmente nos casos de investimentos do parceiro privado nesses bens, prevendo amortização desses investimentos e eventuais direitos à indenização, na hipótese de extinção antecipada do contrato.

Sobre os bens pertencentes ao parceiro privado ou a terceiros (por exemplo, na hipótese de contrato de *leasing*, em que a instituição financeira é a titular do domínio), é necessário observar os contratos existentes e cuidar das onerações incidentes sobre os mesmos, se cabíveis

no ajuste, como, por exemplo, serem apresentados como garantia de direitos reais (penhor, hipoteca, alienação fiduciária e outros).

Nesse diapasão, deve ser prevista cláusula contratual sobre a necessidade de o parceiro privado solicitar autorização do Poder Concedente antes de alienar, substituir ou onerar os bens reversíveis, ainda que por ele adquiridos, ressalvadas as hipóteses em que a oneração desse patrimônio seja consequência dos contratos de financiamento. Muito embora tal cláusula melhor se ajuste ao capítulo comumente intitulado “Regime Jurídico dos Bens da Concessão”, produz reflexos diretos no momento da extinção do contrato.

É importante destacar que a eficiência do parceiro privado está relacionada ao seu poder de negociação sobre os preços e modo de aquisição de seus bens, cabendo ao parceiro público sopesar o grau de interferência sobre esses contratos. Por isso, recomenda-se a inclusão de cláusula em que conste obrigação do parceiro privado de garantir a posse e o uso dos bens reversíveis, cuja titularidade é de terceiros, com a cessão automática ao Poder Concedente, que o substituirá no contrato, no caso de extinção do contrato de concessão.

Nesse tópico, nas hipóteses em que houver necessidade desses contratos extrapolarem o advento do termo final contratual, deve haver previsão de que caberá ao Poder Concedente decidir sobre a continuidade do contrato no qual se sub-rogou.

Para as diversas hipóteses de extinção e consoante objeto da parceria público-privada, devem ser redigidas cláusulas complementares relativas à reversão dos bens, observando-se eventual direito à retenção de valores na hipótese de entrega em desconformidade com o estabelecido, não devolução, desaparecimento ou danos.

A regra, que representa uma proteção mínima para o parceiro privado quanto aos investimentos, é a indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Porém, o art. 36 não previu como se dará essa indenização, cabendo a sua fixação no contrato. A legislação somente estabeleceu a prévia indenização na hipótese de encampação, consoante art. 37.

Todavia, o art. 6.º, § 5.º, da Lei nº 11.079/2004, com as alterações da Lei nº 12.766, de 2012, vedou a indenização de parcelas de investi-

mentos vinculados a bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados, quando esses investimentos forem provenientes de aportes do Poder Concedente, pois esses valores não advêm de numerário despendido pelo concessionário.

De um modo geral, os contratos de parcerias público-privadas devem cuidar da inclusão de disposições em que constem:

(i) as condições dos bens, o seu estado de conservação, funcionamento e atualidade, permitindo a continuidade dos serviços ao término do contrato, sendo recomendável a fixação de parâmetros confiáveis para essa aferição e um prazo mínimo adicional de vida útil desses bens;

(ii) fixação de metodologia para o cálculo da indenização dos bens reversíveis, quando o caso;

(iii) previsão de que, na hipótese de extinção da concessão, a indenização poderá ser atribuída à proponente vencedora de nova licitação ou aos seus financiadores;

(iv) que o Poder Concedente pode prever a compensação da indenização devida com multas, danos e quaisquer outros valores que lhe são devidos pela Concessionária;

(v) a entrega periódica de relação dos bens que são considerados reversíveis, com acompanhamento por meio de inventário de bens e direitos (que pode ter acesso eletrônico) integrantes do patrimônio da Concessionária, permitindo maior controle pelo Poder Concedente, facilitando a extinção do contrato e o pagamento de eventual amortização ou depreciação;

(vi) a previsão de nomeação de Verificador Independente ou Comissão específica para a elaboração de relatório de vistoria que retratará a situação dos bens reversíveis; e definição dos parâmetros para a reversão, garantindo total imparcialidade (PPP UAI e Mineirão);

(vii) a elaboração de Termo de Entrega dos Bens Reversíveis;

(viii) a previsão de eventuais indenizações devidas relativamente aos bens reversíveis, cuja base de cálculo é o valor contábil de acordo com a legislação aplicável ou podem ser fixados mediante avaliação, conforme previamente estabelecido no edital.

Questão polêmica diz quanto à possibilidade de o Poder Concedente prever o pagamento prévio dos bens reversíveis, já que o art. 37 da Lei nº

8.987/95 estabelece que esse pagamento somente ocorre quando a extinção do contrato se der por encampação. Autorizado a contratar, o Poder Concedente pode estabelecer as regras aplicáveis, assim como pode decidir sobre os riscos envolvidos e a qualidade dos serviços que devem ser prestados. Nesse aspecto, predefinir que a indenização ocorrerá *a posteriori*, pode envolver aumento dos custos, pois o parceiro privado, quando da quantificação dos custos e riscos envolvidos, certamente sopesará essa demora no pagamento da indenização dos bens reversíveis.

Há jurisprudência posicionando-se favoravelmente à possibilidade de pagamento prévio da indenização dos bens reversíveis, condicionando a posse por nova concessionária dos bens a esse pagamento ou dada garantia suficiente para posse das instalações por novo concessionário (AG70051975571-TJRS), no entanto, o posicionamento predominante vem do Superior Tribunal de Justiça, que não exige o prévio pagamento da indenização para a retomada dos bens e serviços das concessões⁶⁰.

Finalmente, uma questão que deve ser abordada, refere-se aos contratos de parceria público-privada em que inexistem bens reversíveis, como, por exemplo, a construção de unidades habitacionais de interesse social com prestação de serviços de desenvolvimento de trabalho social de pré e pós-ocupação, de gestão condominial e gestão de carteira de mutuários. O escopo do contrato não permite a reversão de bens na sua extinção, ou seja a finalidade é que os bens objeto do contrato sejam entregues a terceiros, destinatários dos serviços a serem prestados.

Tendo a contratação a finalidade de destinação dos bens para terceiros, não se vislumbra ofensa ao art. 6.º, § 5º, da Lei federal nº 11.079/2004, que veda a indenização de parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados, quando esses investimentos forem provenientes de aportes do Poder Concedente, pois, no caso do contrato mencionado, os bens que não integraram o patrimônio do parceiro privado serão obrigatoriamente repassados para terceiros definidos pelo Poder Concedente.

60 Rel. Min. Herman Benjamin, STJ, MC 13.343/SC, decisão monocrática em 05/10/2007, publicada no DJ 05/10/2007; STJ, AgRg na SS 1307/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004 p. 175; STJ, Resp n. 1.059.137/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 14.10.2008.

Ademais, o supramencionado artigo deve ser examinado em conjunto com o seu § 2.º, que autoriza para os novos contratos a previsão de indenização desses bens, desde que essa previsão conste do edital, sendo certo que para os contratos celebrados até 08 de agosto de 2012, haverá necessidade de autorização legislativa para esse pagamento.

Em conclusão, a correta caracterização dos bens reversíveis relacionados às atividades a serem desenvolvidas, desde a modelagem (fase interna) até o edital de licitação, passando pelo curso do contrato, é essencial e imprescindível para a regularidade e sucesso da PPP, destacando-se o registro, controle e inventário físico desses bens, de modo que na extinção do contrato, por qualquer causa, prematura ou não, a transferência dos bens e apuração dos valores indenitários se dê de modo sereno, sem prejuízo para as partes, para a retomada do serviço pelo Poder Concedente e para a continuidade da prestação, direta ou não.

7. Conclusão

O prévio estudo, técnico e jurídico, das formas possíveis de extinção do contrato, sejam elas prematuras ou a termo, traz, como visto, consequências relevantes à parceria público-privada.

Identificado o objeto da parceria, seu planejamento deverá considerar o prazo de duração do contrato futuro, bem como os investimentos que serão necessários à prestação contínua e adequada do serviço, sem olvidar da necessária estimativa de receita do parceiro privado, inclusive, a contraprestação pública que lhe será devida. Essa estimativa de custos e receitas levará em consideração o prazo normal de duração do contrato para que, com o advento do termo final de vigência do ajuste, o contrato esteja de tal forma equilibrado que nada seja devido para nenhuma das partes e, principalmente, o serviço possa continuar sendo prestado (de forma direta ou por terceiros – novo concessionário), sem que o usuário perceba qualquer deficiência na qualidade do serviço público.

Entretanto, dado o longo prazo de duração de um contrato, além das dificuldades práticas que envolvem a possibilidade de antever, décadas antes, todos os eventos que podem sobrevir e trazer impacto jurídico na execução contratual, é necessário que o Poder Público e o parceiro privado considerem, *ab initio*, a possibilidade de extinção prematura do ajuste, com todas as consequências jurídicas daí advindas.

Outrossim, o estudo e a predefinição dos aspectos atinentes à reversão dos bens envolvidos na prestação dos serviços traz segurança jurídica aos parceiros público e privado que poderão – e deverão – levar esses dados em consideração desde a modelagem da concessão e desde a elaboração de proposta na qualidade de licitante, respectivamente.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade civil contratual*. Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2011, *passim*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. . 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Lucas Navarro. “Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei federal nº 8.987/95”, *in*: OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luis Chrysostomo, *Parcerias Público-Privadas. Experiências, Desafios e Propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 288-298.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs. Melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Altas, 2011.

VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2007.

ZIMMER Jr, Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

