INFRAESTRUTURA E ENERGIA

LEI PAULISTA REPLICA A PRORROGAÇÃO E A RELICITAÇÃO AOS CONTRATOS DE PARCERIA ESTADUAIS

20 DE FEVEREIRO DE 2019

AUTORES

MAURO BARDAWIL PENTEADO
SÓCIO / SÃO PAULO

RAFAEL VANZELLA
SÓCIO / SÃO PAULO

JÉSSICA SURUAGY BORGES GALHARDO
ADVOGADA / SÃO PAULO

O governo do estado de São Paulo promulgou, em janeiro, a Lei nº 16.933/2019, que regula em âmbito estadual os institutos da prorrogação contratual, prorrogação antecipada e relicitação. Trata-se de norma similar à Lei nº 13.448/2017, que dispõe sobre os mesmos institutos na esfera da Administração Pública federal.

Em ambas as leis, a prorrogação se refere a duas modalidades distintas. Uma consiste na prorrogação contratual, realizada em razão do advento do termo original, mediante a alteração de sua vigência. Já a segunda é a prorrogação antecipada, que, na lei federal, está condicionada à realização, pelo contratado, de novos investimentos não previstos originalmente e não amortizáveis no prazo inicial. Vale notar que, no estado de São Paulo, a obrigação de inclusão de novos investimentos também condiciona a pura e simples prorrogação contratual.

Algumas exigências previstas em nível federal no que se refere à prorrogação não foram mencionadas no texto da lei estadual. Um exemplo é a falta de referência na norma paulista à necessidade de autorização expressa no edital ou no contrato original como requisito para a adoção dos processos de prorrogação contratual e prorrogação antecipada.

Além disso, a lei estadual não fixa um prazo para a manifestação do pedido de prorrogação pela parte interessada, ao contrário do disposto na lei federal. Esta última determina que o pedido de prorrogação seja apresentado com antecedência mínima de 24 meses, contados do término do contrato originalmente firmado, devendo, ainda, ocorrer quando a vigência do contrato em questão tiver alcançado entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado.

Outros requisitos da lei federal que foram afastados na versão paulista da norma são a proibição de que o mesmo contrato seja prorrogado mais de uma vez e o limite de prazo da prorrogação. Enquanto as prorrogações de contratos federais apenas podem ocorrer uma vez e com vigência limitada a período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato, nos contratos estaduais essas limitações não existem. Isso porque, na norma estadual, não há proibição de prorrogações sucessivas e a duração delas não se vincula a um marco específico em função do prazo original, mas está relacionado (i) à amortização dos investimentos não originalmente previstos ou (ii) à mitigação ou resolução de desequilíbrio econômico-financeiro.

Para fundamentar a prorrogação, a entidade competente deverá apresentar estudo técnico, econômico e ambiental que demonstre a vantagem da prorrogação em relação a uma nova licitação, a fim de fundamentar sua decisão. Além dos requisitos já exigidos na esfera federal, a Administração estadual terá que contemplar análises e informações adicionais, a saber: (i) as razões para manter ou alterar os critérios de remuneração; (ii) os mecanismos que demonstrem a mitigação ou resolução do desequilíbrio econômico-financeiro verificado em relação ao parceiro privado; e (iii) as garantias que serão concedidas ao parceiro privado como forma de mitigar os riscos contratuais e diminuir os custos a eles associados. Nesse ponto, o legislador estadual mostrou-se especialmente preocupado em garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos no contexto de alteração da sua vigência.

A alteração procedimental mais relevante da lei estadual, em comparação com a lei federal, é o silêncio quanto à prévia realização de consulta pública e à submissão do processo de prorrogação ao escrutínio do tribunal de contas.

A relicitação da lei federal também inspirou o legislador paulista. Esse procedimento administrativo prevê extinção amigável dos contratos de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para os empreendimentos, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim. Ambas as leis preveem a possibilidade realizar nova licitação de contratos em vigor que: (i) não estejam sendo cumpridos pelos contratados; ou (ii) cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas.

A lei federal estabelece que não se aplicam aos processos de relicitação os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101/2005 (exceto na hipótese prevista no §1º do art. 20 desta lei). A lei estadual, por sua vez, não se refere a esses regimes.

Outra previsão importante também inspirada na norma federal é a possibilidade de as partes submeterem o cálculo da indenização a um processo de arbitragem, conduzido em paralelo aos procedimentos administrativos para a nova licitação. O legislador estadual revela a mesma intenção de conferir maior eficiência ao processo, uma vez que a discussão de indenização em âmbito judicial é em um dos principais fatores de atraso nos processos de término dos contratos. Assim, ambas as leis reconheceram meios mais céleres de resolução de conflito: a rescisão amigável e a arbitragem.

A definição de direito patrimonial, para possibilitar a submissão à arbitragem, ganhou um adendo na lei estadual. O texto considera que divergências quanto à execução técnica de determinada obrigação contratual também consistem em direito patrimonial sujeito à arbitragem, em adição àqueles outras situações já consideradas na lei federal, a saber: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

A norma estadual também obrigou a realização de consulta pública antes da decisão de relicitar um contrato. No entanto, em vez de os estudos serem encaminhados para o tribunal de contas após a realização da consulta pública, a Comissão de Fiscalização e Controle da Assembleia Legislativa será o órgão incumbido de se manifestar sobre o processo em São Paulo.

Como forma de mitigar os riscos e diminuir os custos a eles associados, a lei paulista estabeleceu uma autorização genérica para a constituição de garantia pública em contratos de concessão comum, parcerias público-privadas, concessão regida por legislação setorial, permissão de serviços públicos e outros negócios público-privados. Essa previsão parece trazer um importante componente de inovação, sem correspondência na legislação federal: a Administração estadual, que só estava autorizada a prestar garantias no âmbito de contratos de parcerias público-privadas, poderá fazê-lo a partir de agora em relação a tipos contratuais diversos.

A lei federal restringe seu âmbito de aplicação aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, considerando que outros já dispunham de norma específica a respeito dos institutos. Já a lei estadual remeteu aos setores de saúde, saneamento, serviços de gás canalizado, infraestrutura e transporte (como rodovias, transporte sobre pneus, ferroviário, metroferroviário e aquaviário).

Ambas as leis traduzem um entendimento cada vez mais fundamentado de que as licitações convencionais impõem seus próprios custos e, por isso, não podem ser consideradas a única alternativa juridicamente válida à disposição do administrador público. Tanto as prorrogações quanto as relicitações – se observadas cautelas para sua correta aplicação – podem minimizar custos de oportunidade e proporcionar maior celeridade e economicidade na realização de novos investimentos, além de dar cabo a contratos malsucedidos, solucionando os imbróglios e dando continuidade aos projetos de interesse do Estado.