

**EMAE V. PETROBRAS – UTE PIRATININGA – TÉRMINO
DO PRAZO DA CONCESSÃO - CONTRATO DE
ARRENDAMENTO – CONSEQUÊNCIAS.**

**TESES JURÍDICAS – MEDIDAS CABÍVEIS –
COMPARAÇÃO ENTRE A SOLUÇÃO ACORDADA E A
JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO.**

MEMORANDO LEGAL-ESTRATÉGICO

São Paulo, 21 de setembro de 2016

SUMÁRIO

I.	BREVE QUADRO FÁTICO	3
II.	POSSÍVEIS TESES JURÍDICAS.....	7
	A) EXTINÇÃO DO ARRENDAMENTO DEPENDE DE DECISÃO DO MME OU AÇÃO JUDICIAL.....	7
	B) PREÇO DO ARRENDAMENTO DEVIDO ATÉ A DEVOLUÇÃO DA USINA.....	14
	C) DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DA USINA É MODALIDADE DE INADIMPLENTO.....	18
	D) RECUSA EM RECEBER A USINA.....	21
	E) RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DA BSE.....	22
	e.1) Inadimplemento da obrigação de meio	23
	e.2) Implementação da Condição Resolutiva por culpa da BSE.....	30
	e.3) <i>Venire contra factum proprium</i> . Alegação da própria torpeza.....	34
III.	IMPOSSIBILIDADE DE MANTER A BSE CONTRATADA CONTRA SUA VONTADE	40
IV.	DIREITO À INDENIZAÇÃO.....	42
	A) DEGRADAÇÃO DA USINA POR CULPA EXCLUSIVA DA BSE.....	43
	B) RESOLUÇÃO IMOTIVADA DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DA USINA.....	46
	C) IMPLEMENTAÇÃO DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA POR CULPA DA BSE	47
V.	VALOR DA INDENIZAÇÃO.....	48
VI.	MEDIDAS CABÍVEIS.....	56
	A) EXECUÇÃO OU COBRANÇA DO ARRENDAMENTO.....	56
	B) PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	61
	C) AÇÃO INDENIZATÓRIA	63
VII.	ACORDO V. JUDICIALIZAÇÃO	64

I. BREVE QUADRO FÁTICO

1. Inicialmente, é importante traçar breve panorama fático, para melhor contextualização do caso.

2. Os fatos relevantes são os seguintes:
 - (i) Em 27.04.2007, EMAE e Petrobras celebraram o Contrato de Arrendamento (**Anexo I**) tendo por objeto a UTE Piratininga, com prazo de vigência de 17 (dezessete) anos, renovável a critério das Partes (Cláusula Quinta);

 - (ii) Em 29.01.2008, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução Autorizativa ANEEL nº 1.218, de 22 de janeiro de 2008 (**Anexo II**), pela (a) restou transferida à Baixada Santista Energia S.A. – BSE (“BSE”) a concessão para explorar a UTE Piratininga, sem alteração das condições estabelecidas no Contrato de Concessão de Geração nº 002/2004-ANEEL anteriormente celebrado com a EMAE; e (b) restou homologado pela ANEEL o Contrato de Arrendamento;

 - (iii) Em 21.05.2008, foi celebrado o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento (“2º TA”) (**Anexo III**), pelo qual a Petrobras cedeu sua posição contratual, seus direitos e obrigações naquela avença à BSE, sociedade controlada pela Petrobras;

 - (iv) Em 11.06.2008, foi celebrado entre a União Federal, por intermédio da ANEEL, e a BSE o Contrato de Concessão para Geração de Energia Elétrica Destinada a Serviço Público nº 001/2008, tendo por objeto a exploração de geração termelétrica pela BSE por meio da UTE Piratininga (“Contrato de Concessão”) (**Anexo IV**), com prazo de vigência até 07.07.2015 (Cláusula Segunda);

- (v) Em 25.03.2011, por meio da Carta BSE-499/2011, a BSE solicitou a alteração das características técnicas da UTE Piratininga, por meio da desmobilização: (a) das unidades geradoras 1 e 2 da usina; (b) das caldeiras a óleo e dos equipamentos auxiliares relacionados às unidades 1, 2, 3 e 4; e (c) de todo o sistema de estocagem e suprimento de óleo combustível existente na usina¹;
- (vi) Em 30.05.2011 a ANEEL emitiu o Termo de Notificação nº 123/2011, dado o estado de degradação das instalações da UTE Piratininga²;
- (vii) Em 11.10.2011, por meio do Despacho nº 4.005, a ANEEL suspendeu, em caráter temporário, a operação comercial das unidades 1 e 2 da UTE Piratininga³;
- (viii) Em 30.04.2012, a ANEEL: (a) por meio do Ofício nº 445/2012-SFF/ANEEL, determinou que a EMAE tomasse as devidas providências com vistas a transferir os ativos da UTE Piratininga à BSE e, (b) por meio do Ofício nº 628/2012-SFF/ANEEL, de 08/06/2012, que a BSE tomasse providências com vistas à regularização da situação em conjunto com a EMAE⁴;
- (ix) Em 05.07.2012, a BSE solicitou à ANEEL a prorrogação do Contrato de Concessão (Ofício nº BSE – 703/2012) (**Anexo VI**);

¹ Informação extraída do voto proferido pelo Diretor Reive de Barros dos Santos, nos autos do Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

² Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

³ Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

⁴ Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

- (x) Em 14.01.2013, foi publicada no Diário Oficial a Lei 12.783/2013, que converteu em lei a Medida Provisória 579/2012, autorizando a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, a critério do Poder Concedente⁵;
- (xi) Em 03.07.2013, a BSE ratificou seu pedido de prorrogação do Contrato de Concessão (Ofício BSE – 068/2013) (**Anexo VII**);
- (xii) Em 25.06.2015, a ANEEL (por meio da Nota Técnica nº 460/2015-SCG/ANEEL) recomendou o encaminhamento do processo ao Ministério de Minas e Energia (“MME”) para a formalização da extinção da outorga da UTE Piratininga;
- (xiii) Em 29.06.2015, a BSE (Ofício BSE – 065/2015) protocolou carta na ANEEL, pela qual expôs seu entendimento no sentido de que a concessão da UTE Piratininga seria extinta de pleno direito com o advento do prazo de sua vigência, em 07/07/2015, caso o Poder Concedente não se manifestasse até aquela data, ou não emitisse novo ato autorizativo⁶ (**Anexo VIII**).
- (xiv) Em 15.09.2015, em sua 34ª Reunião Pública Ordinária da Diretoria⁷ (**Anexo IX**), a ANEEL houve por bem recomendar a prorrogação da concessão da UTE Piratininga pelo período de até 2 (dois) anos;

⁵ “Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo [art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#), poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.”

⁶ Informação extraída do Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

⁷ “Decisão: A Diretoria, por unanimidade, decidiu recomendar a prorrogação da concessão da Usina Termelétrica – UTE Piratininga, com a desvinculação dos bens inservíveis, por um período de até 2 anos, outorgada por transferência à Baixada Santista Energia S.A. por meio da Resolução nº 1.218/2008, localizada no município de São Paulo, estado de São Paulo. Houve sustentação oral por parte do Sr. Dean William Carmeis, representante da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, e por parte do Sr. Luiz Carlos Ciochi, representante da Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. – Emae.” (**Anexo IX**).

- (xv) Em 25.09.2015, a ANEEL publicou o Despacho nº 3241/2015 (**Anexo X**), recomendando ao MME a prorrogação da concessão da UTE Piratininga, nos moldes decididos pela Diretoria;
- (xvi) Em 05.10.2015, a EMAE encaminhou correspondência ao MME (**Anexo XI**), pela qual manifestou interesse em participar, em conjunto com a BSE, do 14º Leilão de Energia Existente (A-1-2015), requerendo, para tanto, a prorrogação da concessão da UTE Piratininga até 31.12.2020, comprometendo-se a promover, em conjunto com a BSE, a transferência da concessão à EMAE, bem como a realizar os investimentos para continuidade da geração pelo prazo de duração da concessão;
- (xvii) Em 14.10.2015, a BSE encaminhou correspondência ao MME (**Anexo XII**), pela qual (a) manifestou-se na condição de titular da outorga; (b) afirmou que a UTE Piratininga é usina em final de vida útil, não podendo avaliar se o prazo de vida útil seria mais longo ou mais curto do que aquele declarado em manifestações anteriores da EMAE; (c) mas por entender que a continuidade operacional da usina é do interesse do SIN, comunicou estar negociando com a EMAE a transferência da outorga de volta à empresa; (d) reiterou o pedido da EMAE de autorização para participarem em conjunto do Leilão A-1 2015; e (e) requereu uma série de providências ao MME e à EPE, dentre as quais a prorrogação da Concessão até dezembro de 2020;
- (xviii) Em 23.10.2015, a ANEEL encaminhou ao MME o Ofício nº 1.764/2015–SCG/ANEEL (**Anexo XIII**), transmitindo ao MME o pedido da EMAE de prorrogação da concessão da UTE Piratininga até 31.12.2020;
- (xix) Em 26.08.2016, a Petrobras encaminhou derradeira proposta de acordo à EMAE, propondo o pagamento de R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais), para encerramento do Contrato de Arrendamento, mediante a verificação de determinadas condições, dentre as quais a aprovação, pelo MME, até 30.11.2016, da prorrogação da concessão da UTE Piratininga (**Anexo XIV**).

3. Não se tem notícia até a presente data, segundo informação do cliente, acerca de qualquer decisão do MME a respeito do pedido de prorrogação da concessão da UTE Piratininga. Tampouco é possível estimar um prazo para manifestação do MME a respeito do tema.

4. Diante da insegurança jurídica decorrente da ausência de uma decisão final e definitiva do MME acerca do pedido de prorrogação da concessão, interessa à EMAE investigar as possíveis teses jurídicas e respectivas chances de sucesso em relação à BSE/Petrobras, na hipótese de as partes não lograrem êxito em concluir as tratativas para uma composição amigável satisfatória.

II. POSSÍVEIS TESES JURÍDICAS

A) EXTINÇÃO DO ARRENDAMENTO DEPENDE DE DECISÃO DO MME OU AÇÃO JUDICIAL

5. A primeira questão jurídica a ser considerada diz respeito à natureza do Contrato de Arrendamento e às formas legítimas de encerrá-lo.

6. EMAE e Petrobras são sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado que, embora sujeitas à incidência de uma série de princípios de direito público e aos mesmos mecanismos de controle impostos à administração direta e às empresas estatais, podem celebrar, no exercício da atividade econômica para a qual foram concebidas, contratos de natureza eminentemente privada⁸.

⁸ Analisando um contrato celebrado pela Petrobras para a construção de uma plataforma para exploração de petróleo, o col. Superior Tribunal de Justiça enfatizou que, na contratação para exploração econômica, as sociedades de economia mista não tem quaisquer prerrogativas especiais de autoridade ou administração pública em face do contratado, mas sim posição de igualdade:

*“O contrato que motivou a presente lide visa à realização de obra - **construção de plataforma para extração de petróleo** - destinada, portanto, à produção de bem voltado para a **exploração econômica**, atividade-fim da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, ora recorrentes. Portanto, **aqui a entidade da Administração Pública atua no exercício de gestão privada, e não pública. O regime jurídico do contrato não é de Direito Administrativo, mas, sim, de Direito Privado, regido pelo Código Civil**, uma vez que não confere às recorrentes prerrogativas especiais de autoridade, de administração pública frente ao contratado, mas sim posição de igualdade”* (STJ – 4.^a TURMA, REsp 1175317/RJ, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 26/03/2014).

7. O Contrato de Arrendamento não é um contrato administrativo, de direito público, como é o Contrato de Concessão. É um arrendamento civil ou arrendamento de estabelecimento comercial (*arrendamento de azienda*⁹).

8. Trata-se de um contrato atípico, fundado na autonomia da vontade e no princípio geral da liberdade de contratar (art. 425 do Código Civil¹⁰). Apesar de o contrato de arrendamento do estabelecimento comercial ter sido mencionado em vários dispositivos do Código Civil, a sua estrutura não foi esquematizada pelo legislador, que deixou de prever seus contornos mínimos, como as partes, o objeto, as obrigações dos contratantes, daí sua atipicidade.

9. Como bem enfatizou MARCELO IACOMINI, ao classificar o contrato de arrendamento:

“Trata-se de um contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, atípico e impessoal. É bilateral, pois surgem obrigações para ambas as partes. O arrendador deve proporcionar ao arrendatário um complexo de bens, aptos ao exercício da empresa. É requisito para validade do negócio que a azienda esteja em condições de possibilitar ao arrendatário o desenvolvimento da atividade.

É um pacto consensual, que se aperfeiçoa com o simples encontro de vontades. No momento em que o arrendador e o arrendatário acordam, o pacto está formado.

O instrumento do negócio deve ser, no entanto, reduzido a escrito para fins do disposto no art. 1144 do Código Civil. Isto, contudo, não o transforma num negócio solene, nem lhe retira a característica de consensual.”¹¹

⁹ Na lição de OSCAR BARRETO FILHO, que escreveu antes do Novo Código Civil:

“A figura do arrendamento da casa comercial, que não se reveste de tipicidade na lei brasileira, corresponde ao affitto dell’a azienda do direito italiano e à location-gérance do direito francês”(in Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1983, p. 266.

¹⁰ *“Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”*

¹¹ MARCELO PIETRO IACOMINI, *Estabelecimento Comercial – Negócios Jurídicos Pertinentes*, Dissertação de Mestrado sob orientação do Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 131.

10. O Contrato de Arrendamento reúne todas essas características, embora não tenha por objeto um estabelecimento comercial clássico, tampouco uma indústria, mas sim uma usina de geração de energia termelétrica. Com a avença, a EMAE transferiu à Petrobras – e posteriormente à BSE – todo o complexo de bens móveis e imóveis que compõem a UTE Piratininga, para permitir a exploração da atividade e geração de energia pela Petrobras.

11. Por se tratar de um arrendamento civil, o Contrato de Arrendamento está sujeito ao regime jurídico de direito privado, não conferindo a nenhuma das partes qualquer das prerrogativas dos contratos administrativos regidos pelo regime de direito público.

12. Foi essa, inclusive, a conclusão a que chegou a ANEEL, no Parecer nº 336/2007, emitido no Processo nº 48500.001434/2001-21, que originalmente indeferiu o arrendamento da UTE Piratininga à Petrobras. O indeferimento teve por fundamento o fato de se tratar de um arrendamento civil, que não se prestaria a promover a desestatização do serviço público então explorado pela EMAE. Essa interpretação, ao que consta, fez surgir a necessidade de transferência da própria concessão à Petrobras, para que pudesse haver a aprovação do arrendamento dos ativos a ela vinculados.

13. Tratando-se de arrendamento civil, não tem a BSE a prerrogativa de encerrar o contrato unilateralmente, por sua mera conveniência, sem que isso caracterize inadimplemento.

14. O prazo de vigência do Contrato de Arrendamento é de 17 (dezessete) anos, a contar de sua assinatura (vigorando, portanto, até 27 de abril de 2024), conforme Cláusula 5.1.

15. A Cláusula Décima do Contrato de Arrendamento prevê as hipóteses de resolução de pleno direito, isto é, de extinção automática da avença, *“independentemente de aviso ou interpelação judicial”*.

16. Dentre tais hipóteses se inserem: (i) o inadimplemento contratual não sanado no prazo de 5 (cinco) dias úteis a que se refere a Cláusula 9.2 (Cláusula 10.1); (ii) a desapropriação de um ou mais imóveis que integram a Área arrendada, desde que impeça a exploração da usina (Cláusula 10.2); e (iii) a perda ou transferência da posse da usina pela EMAE a terceiros (Cláusula 10.3).

17. O término do prazo da concessão da usina não é, em princípio, uma das hipóteses de resolução automática do Contrato de Arrendamento, sendo, ao contrário, causa de suspensão de sua vigência, conforme Cláusula 5.1.1:

“5.1.1. Quando do término do prazo de concessão da Usina em 2015, o prazo de vigência estipulado no item 5.1 desta Cláusula poderá ser suspenso, caso e enquanto não seja emitido novo ato autorizativo da ANEEL.”

18. A resolução de pleno direito do Contrato de Arrendamento só será cabível na hipótese prevista na Cláusula 5.1.3, isto é, em caso de a ANEEL não emitir novo ato autorizativo:

“5.1.3. Na hipótese da ANEEL não emitir novo ato autorizativo, o presente Contrato restará resolvido de pleno direito”.

19. Sem necessidade de adentrar, por enquanto, na análise da responsabilidade da BSE pela obtenção de tal ato autorizativo – e nas consequências de sua desídia ou má-fé – fato é que ainda está pendente, perante o MME, o processo administrativo voltado à obtenção da prorrogação do Contrato de Concessão, com decisão favorável da ANEEL pela renovação pelo prazo de 2 (dois) anos¹², e encaminhamento neutro (se não positivo) da questão relativa à possibilidade de extensão desse prazo até 2020¹³.

20. Desse conjunto fático jurídico se extraem duas conclusões.

¹² Despacho ANEEL nº 3241/2015.

¹³ Ofício nº 1.764/2015–SCG/ANEEL.

21. A primeira conclusão: enquanto não houver um pronunciamento final e definitivo do MME sobre o pedido de prorrogação da concessão, não poderá a BSE, legitimamente, dar o Contrato de Arrendamento por resolvido de pleno direito, nos moldes da Cláusula 5.1.3 da avença.
22. Até mesmo porque o término do prazo do Contrato de Concessão não opera, necessariamente, a extinção de pleno direito da concessão, *“facultando-se à ANEEL, a seu exclusivo critério, prorrogar o presente Contrato até a assunção da nova Concessionária”*, conforme previsto na Cláusula Décima Primeira, Subcláusula Primeira do Contrato de Concessão.
23. Além disso, *“a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que ‘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 estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias’ (AgRg no REsp 1139802/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 25/04/2011)”* (STJ - REsp 1422656/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 21/03/2014).
24. Portanto, sendo prerrogativa da ANEEL prorrogar a concessão; tendo a ANEEL se manifestado no sentido de fazê-lo por no mínimo 2 (dois) anos; e tendo a ANEEL, desse modo, praticado ato em sentido diametralmente oposto à retomada imediata da prestação do serviço; é possível concluir que a concessão permanece em vigor, ainda que em caráter precário, permitindo a exploração da usina pela BSE.
25. Aliás, foi esse o espírito da própria Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95), em seu artigo 42, § 2º, quando estabeleceu que as concessões antigas, com prazo de vigência escoado, permaneceriam vigentes até a realização de nova licitação para outorga das concessões que as substituiriam:

“Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995)

§ 2o As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.”

26. Muito embora o Contrato de Concessão seja posterior à Lei 8.987/95, pois foi celebrado pela BSE em 2008, é possível sustentar se tratar de concessão antiga, vez que a BSE apenas substituiu a EMAE na exploração da UTE Piratininga, cuja outorga fora concedida a esta última por meio do Decreto 29.535/51, pelo Decreto 87.884/82 e pela Resolução nº 72/98, tendo sido prorrogada pela Portaria MME nº 225/2004.

27. Diante disso, é possível sustentar que a concessão permanece em vigor e a BSE, conseqüentemente, não dispõe no momento de fundamento para considerar o Contrato de Arrendamento resolvido de pleno direito, devendo aguardar a manifestação final do MME sobre a recomendação de prorrogação já expedida pela ANEEL.

28. A segunda conclusão: eventual interesse da BSE em extinguir o Contrato de Arrendamento *antes* da prolação de uma decisão final e definitiva do MME a respeito do destino da concessão deverá ser objeto de ação judicial. Sem que haja uma decisão de antecipação de tutela em favor da BSE ou uma sentença final transitada em julgado decretando a extinção do Contrato de Arrendamento, a avença permanecerá em vigor.

29. Como se sabe, ausente no contrato a cláusula resolutive expressa, ou não verificada sua incidência (como ainda é o caso), a extinção do contrato, tanto na hipótese de *resolução* (sem culpa das partes), como de *rescisão* (por inadimplemento), só se dá mediante decisão judicial¹⁴.

30. Há precedentes recentes que entendem necessária a decisão judicial (declaratória) de resolução do contrato, até mesmo nos casos envolvendo avenças com cláusula resolutive expressa, sendo insuficiente o simples encaminhamento de notificação de extinção, mormente em casos cuja apuração do evento ou causa de resolução dependa de dilação probatória¹⁵.

¹⁴ "AÇÃO DE COBRANÇA. Inadimplemento contratual. Relação contratual que se mantém hígida e eficaz. **Ausência de cláusula resolutive expressa. Extinção do contrato que se dá apenas com declaração judicial.** A resolução do contrato por inadimplemento é faculdade conferida à parte lesada que pode optar por exigir o seu cumprimento. Obrigação de entregar coisa certa que se tornou impossível. Pretensão ao pagamento de quantia em dinheiro que é respaldada pelos arts. 461-A, §3º, e 461, §1º, do CPC. Recurso dos autores parcialmente provido, prejudicado o da ré." (TJSP - Relator(a): Milton Carvalho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/11/2014; Data de registro: 04/12/2014);

"AÇÃO MONITORIA. EXTINÇÃO DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA RESOLUTIVA NO CONTRATO FIRMADO ENTRE OS LITIGANTES. NECESSIDADE DE PRÉVIA RESCISÃO DA AVENÇA. RECURSO IMPROVIDO. Inviável a cobrança de materiais já entregues em uma obra, por meio de ação monitoria, **uma vez que não há cláusula resolutive expressa no contrato estabelecido entre as partes, devendo assim ocorrer, previamente, a resolução da avanço por meio de ação própria.**" (TJSP - Relator(a): Valdecir José do Nascimento; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 7ª Câmara (Extinto 1º TAC); Data do julgamento: 14/09/2004; Data de registro: 30/09/2004; Outros números: 868720300)

¹⁵ "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL - Pretensão à reforma de decisão proferida, em sede de despacho liminar, que indeferiu a reintegração de posse inaudita altera pars – Alegação de posse precária, em razão da falta de pagamento de parcelas do preço, que autorizaria a medida pretendida – **Existência de cláusula resolutive expressa e notificação premonitória – Impossibilidade – Necessidade de dilação probatória, com o contraditório, e declaração judicial de desfazimento do contrato** – Precedentes. Recurso desprovido." (TJSP - Relator(a): Costa Netto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 10/03/2016);

"REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Imóvel objeto de compromisso de compra e venda. Providência que depende de resolução prévia do contrato, não pleiteada - **Irrelevância de cláusula resolutive expressa Necessidade de declaração judicial** Ebulho não caracterizado antes disso - Possessória improcedente Litigância de má-fé não caracterizada - Apelo provido." (TJSP - Relator(a): Rui Cascaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/03/2013; Data de registro: 21/03/2013)

B) PREÇO DO ARRENDAMENTO DEVIDO ATÉ A DEVOLUÇÃO DA USINA

31. Não exige maior esforço a conclusão de que a BSE deve pagar o preço do arrendamento até o efetivo encerramento do Contrato de Arrendamento, seja em razão de ainda não ter se verificado a cláusula resolutiva expressa prevista na Cláusula 5.1.3 acima transcrita, seja em razão de não haver decisão judicial encerrando o contrato.

32. A Cláusula 3.1 do Contrato de Arrendamento é bastante clara ao estabelecer que “[p]elo arrendamento dos Bens, a PETROBRAS pagará anualmente à EMAE, **durante todo o prazo de vigência do contrato**, o preço de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), divididos em parcelas iguais, semestrais e consecutivas.”

33. Vigente a avença, devido é o preço do arrendamento, portanto.

34. Não basta, no entanto, a simples extinção do contrato para liberar a BSE do pagamento do preço do arrendamento, pois a obrigação de adimplir a contraprestação devida em razão do uso da coisa alheia perdura até a data da efetiva devolução do bem ao seu proprietário¹⁶.

¹⁶ Nesse sentido:

*“Arrendamento de lava-rápido - Concessão de tutela antecipada para rescindir o contrato - **Pagamentos devidos até a entrega das chaves em juízo**. - Necessária a liquidação por arbitramento, para apurar o valor devido pelos gastos com água e esgoto, quando o local possui um único hidrômetro, para todo o complexo comercial, não tendo como se aferir qual o consumo de cada um dos ocupantes do imóvel. Recurso não provido.”* (Relator(a): Silvia Rocha; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 29ª Câmara do D.QUINTO Grupo (Ext. 2º TAC); Data do julgamento: 13/06/2007; Data de registro: 15/06/2007; Outros números: 734663600);

*“LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL - ANULATÓRIA -RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO - MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO - **RELAÇÃO QUE PERDURA ATÉ A DEVOLUÇÃO DAS CHAVES** - OBRIGAÇÃO DE RESTABELECE O STATUS QUO ANTE' - INDENIZAÇÃO DEVIDA PARA ESSE FIM - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”* (TJSP - Relator(a): Francisco Casconi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/05/2010; Data de registro: 10/05/2010; Outros números: 999557200);

*“LOCAÇÃO DE IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. Destinação a título de arrendamento (exploração de restaurante em apart-hotel). **Inadimplência de alugueres e encargos. Responsabilidade de fiadores até a entrega de chaves**. Trespasse societário na empresa locatária. Exoneração da fiança, que impunha prévia comunicação ao locador, minimamente para resguardar-lhe direito à substituição do encargo. Princípio de boa-fé negociai. Ação de cobrança. Procedência parcial. Recurso de réus, fiadores. Desprovisionamento.”* (TJSP - Relator(a): Carlos Russo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/02/2010; Data de registro: 08/03/2010; Outros números: 1035322600)

35. Apesar de a maioria dos precedentes sobre o tema versar sobre contratos de locação (inclusive comercial), a *ratio decidendi* da jurisprudência maciça se amolda à perfeição às hipóteses de arrendamento, como a presente. Entendem os tribunais que o “efeito liberatório” do pagamento da contraprestação pelo uso do bem só desaparece com a efetiva entrega das chaves ou disponibilização (com a desocupação) do imóvel¹⁷.

36. É direito da EMAE, portanto, receber o preço do arrendamento, ainda que *pro rata temporis*, até a data da efetiva entrega da UTE Piratininga pela BSE, que poderá se dar de várias maneiras possíveis -- por certo não haverá “entrega das chaves”, dadas as peculiaridades dos Bens arrendados – inclusive mediante ação judicial da BSE para a entrega em juízo, caso a EMAE, notificada, se recuse justificadamente a reassumir a usina.

37. Nesse sentido é relevante observar que a BSE tem a obrigação de “*devolver a Área e os Ativos nas condições da Cláusula Sexta*”, conforme previsto na Cláusula 8.1, item (vii) do Contrato de Arrendamento.

38. A Cláusula Sexta assim prevê:

¹⁷ “LOCAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL - **LIBERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO INQUILINO - SOMENTE COM A ENTREGA DAS CHAVES** - NECESSIDADE. ‘A desocupação do imóvel, por si só, não tem efeito liberatório da responsabilidade do inquilino. **A entrega das chaves é que efetivamente o desonera dos encargos da locação.**” (TJSP - Relator(a): Artur Marques; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC); Data do julgamento: 16/01/2006; Data de registro: 18/01/2006; Outros números: 944448800);

“A apelante assinou o contrato como pessoa física proprietária da empresa individual e não há distinção entre o empresário individual e a pessoa física (há identificação) para efeito de responsabilidade. A responsabilidade da locatária termina somente com a entrega das chaves. **A desocupação constitui ato formal no estabelecimento de responsabilidade.**” (TJSP - Relator(a): Jesus Lofrano; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 27ª Câmara do D.QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC); Data do julgamento: 16/05/2006; Data de registro: 22/05/2006; Outros números: 862998100)

“APELAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA – LOCAÇÃO – *Controvérsia quanto ao termo final do contrato – **Necessária desocupação e ciência do locador a esse respeito** – Realidade que assim foi confirmada somente com a entrega das chaves em juízo – Negado provimento.*” (TJSP - (Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: Taboão da Serra; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/03/2016; Data de registro: 04/03/2016);

“6.1. Findo o prazo de 17 (dezesete) anos de vigência deste Contrato de Arrendamento, caso não ocorra sua prorrogação, ou em qualquer hipótese de término antecipado deste Contrato, a PETROBRAS fará a devolução dos Bens à EMAE, livres de quaisquer ônus, no estado de uso e conservação em que os recebeu, consideradas as depreciações e inovações tecnológicas inerentes ao desenvolvimento da operação objeto do Contrato.”

39. Esse conjunto de circunstâncias jurídicas conduz à seguinte conclusão: a EMAE pode ser recusar, legitimamente, num primeiro momento, a receber a Usina, caso não tenha se verificado a condição resolutiva expressa que encerraria o Contrato de Arrendamento de pleno direito (a decisão do MME indeferindo a prorrogação da concessão, conforme Cláusula 5.1.3 da avença); ou, ainda, caso a BSE não consiga restabelecer as condições da Usina, existentes no momento da contratação do arrendamento, devidamente descritas e documentadas no Anexo 1 do Contrato de Arrendamento.

40. Não socorrerá à EMAE, no entanto, o direito de se recusar *indefinidamente* a receber a Usina, pois como se verá mais adiante, a BSE não pode ser obrigada a manter o contrato contra sua vontade.

41. Também não poderá se recusar a EMAE, *indefinidamente*, a receber a Usina em estado diverso ao que se encontrava quando a arrendou à Petrobras. O direito de se recusar a receber o bem nessas hipóteses, embora legítimo, deve ser exercido com razoabilidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil¹⁸), sem abusos (art. 187 do Código Civil¹⁹).

¹⁸ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

42. Além disso, a EMAE, diante de eventual insistência da BSE em devolver a Usina, ou mesmo de eventual abandono e despojamento da posse, não poderá ficar inerte, em razão do dever de mitigar o dano (o *duty to mitigate the loss* consagrado pela jurisprudência²⁰), de modo que será forçada pelas circunstâncias a recobrar a posse da UTE Piratininga, por mais que seja descabida a postura da BSE.

43. Não é possível estimar, com precisão, por quanto tempo a EMAE poderá exercer a “justa recusa” em retomar a Usina, avaliação que dependerá da análise dos fatos e circunstâncias efetivamente verificados quando a controvérsia a respeito do tema surgir.

44. Mas o que já se pode afirmar, desde logo, é que não bastará a simples intenção (ainda que manifestada por notificação) da BSE em devolver a Usina à EMAE e liberar-se do pagamento do preço do arrendamento. Haverá um período em que a EMAE poderá, legitimamente, se opor ao recebimento dos Bens arrendados, sendo certo que, durante esse período, o preço do arrendamento será devido.

²⁰ “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. (...)**“(STJ, REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, TERCEIRA TURMA, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. (...) **APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.** (...) Assim, **aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.** 5. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013)

C) DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DA USINA É MODALIDADE DE INADIMPLEMENTO

45. Se é certo que a EMAE, num determinado momento, terá que retomar a Usina, até mesmo em razão de sua obrigação de mitigar os próprios prejuízos, não menos certo é que a devolução ou a desocupação da usina pela BSE sem que tenham se verificado presentes as causas de extinção do Contrato de Arrendamento caracterizará o inadimplemento da BSI, dando ensejo a todas as consequências daí decorrentes.

46. Todo arrendamento, como se sabe, deve necessariamente estipular um prazo de duração. Caso contrário, equivaleria a uma venda²¹. Havendo prazo estipulado no contrato de arrendamento, *“se uma das partes desejar pôr termo ao contrato, sem justa causa, deverá indenizar a outra”*²².

47. O próprio Contrato de Arrendamento elenca, como evento de inadimplemento, o descumprimento de qualquer cláusula, condição ou previsão estabelecida na avença, prevendo de forma bastante ampla as hipóteses de inadimplemento contratual. É o que se lê na Cláusula 9.1:

“9.1. Será considerado ‘inadimplemento’ de qualquer das PARTES o descumprimento ou a não observância por uma PARTE de qualquer compromisso, acordo, previsão, condição, cláusula ou dispositivo deste Contrato de Arrendamento, o qual fica sujeito a prazo de saneamento de acordo com o item 9.2 desta Cláusula”.

²¹ É o que enfatiza ORLANDO GOMES, ao escrever sobre o contrato de locação: *“A locação, por natureza e essência, é contrato temporário. Do contrário, equivaleria a venda. A coisa dada em locação deve regressar ao poder do locador.”* (in *Contratos*, 15ª Ed., Forense, Rio, 1995, p. 282).

A mesma ideia, pelos fundamentos expostos pelo Nobre Civilista, se aplica ao arrendamento, em razão da semelhança entre os negócios jurídicos.

²² MARCELO PIETRO IACOMINI, *Estabelecimento Comercial – Negócios Jurídicos Pertinentes*, Dissertação de Mestrado sob orientação do Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 132.

48. Diante da abrangência do conceito de inadimplemento estabelecido no próprio Contrato de Arrendamento, é possível sustentar que a devolução antecipada dos Bens arrendados e a extinção do contato sem justa causa pela BSE, sem que estejam presentes as hipóteses previstas na Cláusula 5.1.3 e na Cláusula Décima da avença, configurará hipótese de inadimplemento contratual pela BSE.

49. Aliás, a jurisprudência maciça, embora não dê guarida à tese de que a parte deva permanecer vinculada ao contrato por todo o prazo de sua vigência, mesmo contra sua vontade – como se verá mais adiante – considera modalidade de inadimplemento contratual o encerramento da avença por prazo determinado antes do vencimento de tal prazo.

50. No caso de locação comercial, a jurisprudência considera modalidade de inadimplemento a devolução antecipada do imóvel, antes do término do prazo originalmente pactuado, ensejando, inclusive, o pagamento de multa contratual²³.

²³ “APELAÇÃO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL - AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS - **DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO DETERMINADO - RESILIÇÃO NÃO ALICERÇADA EM CLAÚSULA CONTRATUAL - ILICITUDE DA CONDUTA - INADIMPLENTO CONTRATUAL - INCIDÊNCIA DEVIDA DE PENALIDADE CONTRATUAL** - DECISÃO MANTIDA. RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO.” (TJSP - Relator(a): Armando Toledo; Comarca: Leme; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/07/2013; Data de registro: 01/08/2013);

“LOCAÇÃO – Imóvel comercial – Estacionamento – Entrega das chaves pelo locatário – Trespasse – Cobrança de luvas e de taxa para análise de novo locatário – Alegação de pagamento indevido – Ação de repetição de indébito – Sentença de parcial procedência – Reconhecimento da exigibilidade da multa contratual referente à rescisão antecipada – Condenação dos réus a restituir a importância recebida em excesso – Apelação dos réus e recurso adesivo do autor – Cerceamento de prova – Preliminar rejeitada – Cobrança de luvas não caracterizada – Recebimento das chaves – Momento a partir do qual se tornou inexigível a cobrança de alugueis – Termo de rescisão da locação emitido em momento posterior – Irrelevância – **Contrato celebrado por prazo determinado – Multa contratual proporcional devida – Despesas referentes à verificação da idoneidade do novo locatário ou de seu fiador – Ônus do locador – Artigo 22, inciso VII, da Lei nº 8.245/91 – Inexistência, ademais, de celebração de contrato de prestação de serviços a justificar a cobrança do encargo – Litigância de má-fé não configurada – Apelação parcialmente provida, desacolhido o recurso adesivo” (TJSP - Relator(a): Carlos Henrique Miguel Trevisan; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/06/2016; Data de registro: 02/06/2016).**

51. Nos casos de arrendamento rural, a jurisprudência tem entendido cabível, inclusive, indenização por lucros cessantes, em razão da frustração da justa expectativa de obtenção de lucro com o imóvel arrendado²⁴.

52. Também em casos de arrendamento de estabelecimento comercial – que se identificam ou mais se assemelham ao caso concreto sob análise – a jurisprudência tem reconhecido o direito do arrendante à multa contratual (quando pactuada) ou à indenização por perdas e danos, em caso de devolução antecipada dos bens arrendados²⁵.

53. Assim, na hipótese de a BSE desocupar a Usina antes do vencimento do prazo contratual e sem que a condição resolutiva expressa prevista no Contrato de Arrendamento (não prorrogação da concessão) tenha se operado, restará caracterizado o inadimplemento contratual, sujeitando a BSE ao pagamento da multa compensatória de 10% (dez) por cento do valor global do contrato, devidamente corrigido pelo IGPM, devida conforme Cláusula 11.1 da avença.

²⁴ **“ARRENDAMENTO RURAL. RESCISÃO CONTRATUAL. PERDAS E DANOS. LUCROS CESSANTES. IMÓVEL ARRENDADO RETOMADO PELOS ARRENDADORES ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO CONTRATUAL, INJUSTA E IMOTIVADAMENTE. Pretensão à reparação de danos consistentes no valor dos insumos adquiridos para a plantação no imóvel arrendado. Plantação não efetivada. Insumos não utilizados no imóvel arrendado. O autor não trouxe aos autos nenhuma justificativa de impedimento para o aproveitamento dos insumos por outras vias. Logo, não lhe assiste o pretendido direito à indenização. 2. **A rescisão antecipada e imotivada do contrato de arrendamento rural acarretou a quebra de justa e legítima expectativa de lucro pelo autor, que deve ser indenizado, apurando-se o valor em liquidação de sentença por arbitramento. Na apuração do valor deverá ser considerado o lucro líquido, deduzidas todas as despesas que o autor teria de arcar, inclusive com o arrendamento da terra.**”** (TJSP - Relator(a): Edgard Rosa; Comarca: Porangaba; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/06/2015; Data de registro: 19/06/2015)

²⁵ **“ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO - CONSIGNAÇÃO DAS CHAVES - JUSTA RECUSA DA ARRENDADORA - INOCORRÊNCIA - DIREITO POTESTATIVO DA AUTORA DE RESTITUIR O IMÓVEL - **INDENIZAÇÃO POR EVENTUAIS PREJUÍZOS DECORRENTES DA RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO DEVE SER POSTULADA EM AÇÃO PRÓPRIA** - SENTENÇA MANTIDA APELO DA RÉ IMPROVIDO.”** (TJSP - Relator(a): Mendes Gomes; Comarca: Itatiba; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/04/2013; Data de registro: 09/04/2013);

“PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECONVENÇÃO. JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. **ARRENDAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RESCISÃO ANTECIPADA POR CULPA DA ARRENDATÁRIA. MULTA CONTRATUAL. CABIMENTO. (...) 3. Justa a recusa da arrendadora ao recebimento de equipamentos, quando se trata de arrendamento de estabelecimento comercial formado de bens corpóreos e incorpóreos, os também quais deveriam ser restituídos à arrendadora para configurar o desfazimento da relação jurídica material. Recurso desprovido.”** (TJSP - Relator(a): Gilberto Leme; Comarca: São José do Rio Pardo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/08/2012; Data de registro: 13/08/2012)

54. Voltaremos ao tema da multa mais adiante.

55. Por outro lado, na hipótese de a condição resolutiva expressa prevista na Cláusula 5.1.3 se operar, o Contrato de Arrendamento será resolvido de pleno direito e a BSE terá a prerrogativa de devolver a Usina. Várias teses jurídicas poderão ser suscitadas pela EMAE nessa hipótese.

D) RECUSA EM RECEBER A USINA

56. Operada a condição resolutiva expressa, poderia a EMAE, num primeiro momento, tentar sustentar o direito à recusa em receber os Bens arrendados, sob a alegação de que a BSE deve promover sua devolução *“no estado de uso e conservação em que os recebeu, consideradas as depreciações e inovações tecnológicas inerentes ao desenvolvimento da operação objeto do Contrato”* (Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento).

57. Essa tese, no entanto, nos parece pouco eficiente, em razão do já mencionado dever de mitigar o dano. Quanto mais cedo a EMAE recobrar a posse dos Bens arrendados, que a BSE não quer mais usar, menor será o agravamento do estado de deterioração dos bens.

58. Ademais, a BSE teria, de qualquer modo, a oportunidade de “depositar as chaves em juízo”, isto é, de propor medida judicial para devolução da Usina, em caso de recusa da EMAE.

59. A solução mais adequada seria, em nosso entendimento, elaborar um minucioso laudo de vistoria – quiçá uma ação de produção antecipada de provas (art. 381 do CPC), para realização de uma vistoria judicial na Usina – para, então, postular indenização contra a BSE por descumprimento da obrigação de devolver os Bens arrendados no estado em que os recebera. Essa solução encontra respaldo na jurisprudência²⁶.

60. Trataremos do valor da indenização em capítulo próprio, mais adiante, como já dito.

E) RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DA BSE

61. Independentemente da postura que vier a ser adotada pela EMAE em relação à pretensão da BSE de devolver a Usina, terá a EMAE a possibilidade de sustentar que a resolução do Contrato de Arrendamento ocorreu por culpa ou vontade exclusiva da BSE, podendo, a partir dessa premissa, seguir três caminhos jurídicos distintos, não necessariamente excludentes um do outro (pois podem ser buscados alternativamente ou em ordem sucessiva).

62. Vamos, primeiro, à premissa.

²⁶ **“Ação de indenização por danos em imóvel locado e lucros cessantes. Procedência na origem. Apelo da ré. Imóvel deixado em estado deplorável, praticamente destruído. Estragos que não têm a ver com o desgaste pelo uso normal. Necessidade de reforma completa. Possibilidade de recusa em receber as chaves. Lucros cessantes devidos desde a entrega até a reforma pela impossibilidade do locador de auferir renda com nova locação. Apelo e reexame necessário improvidos.”** (TJSP - Relator(a): Dyrceu Cintra; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/03/2010; Data de registro: 31/03/2010; Outros números: 990093292440);

“AÇÃO CONSIGNATORIA. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. Injusta recusa em receber as chaves. Mora do locador. Existência de eventuais danos no imóvel locado a serem apurados em ação própria. Depósito das chaves do imóvel em juízo. Configuração da rescisão do contrato de locação. Responsabilidade do locatário pelo pagamento dos aluguéis e encargos até esta data. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Contrato de fiança locatícia. Responsabilidade dos fiadores que perdura até a efetiva entrega das chaves. Subsistência da garantia mesmo depois do prazo avençado. Hipótese que se ajusta ao preceituado no art. 39 da Lei nº 8.245/91. Recurso provido.” (TJSP - Relator(a): Dimas Rubens Fonseca; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/11/2009; Data de registro: 03/12/2009; Outros números: 869731200)

e.1) Inadimplemento da obrigação de meio

63. Todo contrato envolve a alocação de riscos aos contratantes. Quando tais riscos são previsíveis no momento da contratação, sua implementação não pode ensejar a revisão contratual, tampouco suscitar alegação de desequilíbrio, onerosidade excessiva ou força maior. Desnecessário tecer maiores digressões a respeito.

64. No caso concreto, o Contrato de Arrendamento foi celebrado pelo prazo de 17 (dezesete) anos, vencendo-se em abril de 2024, mediante a ciência inequívoca, pelas partes contratantes, de que a concessão para a exploração da Usina, que constitui o ativo objeto do arrendamento, se venceria em julho de 2015.

65. A previsibilidade do término da concessão, antes do vencimento do prazo do arrendamento, retira da BSE, em tese, a possibilidade de postular a resolução contratual com base na teoria da imprevisão ou do fato do príncipe.

66. A hipótese de resolução, em caso de encerramento da concessão, fica assim restrita à Cláusula 5.1.3 da avença, já amplamente mencionada (extinção da concessão).

67. No entanto, a Cláusula 5.1.3, que trata “[d]a hipótese de a ANEEL não emitir novo ato autorizativo”, deve ser interpretada em conjunto com a segunda parte da Cláusula 5.1.1, com a Cláusula 5.1.2 e também com a Cláusula 8.1 (vi) do Contrato de Arrendamento, que assim estabelecem:

“5.1.1 ... Caberá à PETROBRAS tomar todas as providências prévias, necessárias para a obtenção desse novo ato autorizativo, com a cooperação da EMAE, mas sem ônus para esta.”

“5.1.2. Para fins da obtenção do novo ato autorizativo a que se refere o subitem 5.1.1 acima, a PETROBRAS e a EMAE atuarão em cooperação e adotarão todos os procedimentos e medidas cabíveis junto à ANEEL. ”

"8.1. A PETROBRAS se obriga expressamente a:

(...)

(vi) Tomar as providências necessárias para obter, junto à ANEEL, a emissão de ato autorizativo, conforme previsto no item 5.1.1 da Cláusula Quinta acima."

68. A obrigação da BSE (sucessora da Petrobras no contato) é, evidentemente, *obrigação de meio* – e não de resultado – já que foge de seu controle o *deferimento* e a *emissão* do novo ato autorizativo. São atos administrativos de competência exclusiva da União Federal (por meio do MME e da ANEEL), sujeitos à verificação dos requisitos de legalidade, conveniência e oportunidade inerentes ao Poder Público.

69. No entanto, a obrigação de meio -- de *tomar todas as providências prévias, necessárias para a obtenção desse novo ato autorizativo* -- também constitui obrigação exigível, a ser cumprida com empenho e boa-fé. Seu descumprimento caracteriza inadimplemento contratual. A parte só se isenta em caso de não obtenção do resultado ou finalidade almejada, se tiver se desincumbido de adotar, com empenho e esforço legítimos, as providências que estavam a seu alcance.

70. Parte da doutrina entende que as obrigações de meio, ou de "melhores esforços", não seriam sequer obrigações. É o caso, por exemplo de, SILVIO VENOSA²⁷.

²⁷ "Como já acenamos, tudo é no sentido de que não havendo comando ou ordem direta na cláusula para o contratante dar, fazer ou não fazer algo, mas simplesmente para que se conduza sob seus melhores esforços, a disposição não é contratual, não é coercível, equivalendo a simples exortação, a uma carta de intenções ou mero acordo de cavalheiros". (Confira-se texto publicado pelo autor em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI936,91041-A+clausula+de+melhores+esforços+nos+contratos>).

71. No entanto, parte da doutrina entende que a falta de diligência e empenho do devedor da obrigação de meio no emprego de esforços para que o resultado seja atingido configura inadimplemento contratual. É a opinião, por exemplo de ANDERSON SCHREIBER²⁸ e RUI STOCCO²⁹.

72. A jurisprudência já definiu alguns critérios para a verificação do descumprimento da obrigação de meio, sendo todos eles genéricos e subjetivos:

(a) a falta de esforços *razoáveis*³⁰;

²⁸ “Nas obrigações de meio, ao contrário, a não-obtenção do resultado não configura inadimplemento, que **depende da falta de diligência e empenho do devedor nos esforços empreendidos.**” (Anderson Schreiber, *A Trílice Transformação do Adimplemento*, p. 25).

²⁹ O autor esclarece que “...na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato...” (Rui Stocco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 287).

³⁰ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DE VIGILÂNCIA PARA COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INEXISTÊNCIA. CULPA NÃO DEMONSTRADA. CLÁUSULA CONTRATUAL DE GARANTIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. RESTRIÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR AO ARMAMENTO UTILIZADO EM VIGILÂNCIA PRIVADA. (...) 7. Com efeito, o contrato de segurança privada é de ser tido como **constitutivo de obrigação de meio**, consistente no dever de a empresa contratada, mediante seus agentes de vigilância, **envidar todos os esforços razoáveis** a evitar danos ao patrimônio da contratante e de proceder com a diligência condizente com os riscos inerentes ao pacto. Todavia, descabe exigir dos seguranças - que portam armamento limitado por imposição legal - atitudes heroicas perante grupo criminoso fortemente armado.” (STJ - REsp 1329831/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 05/05/2015)

(b) a ausência de emprego da diligência, prudência e técnica *necessárias* à consecução da finalidade³¹;

(c) a negligência ou falta de zelo³².

³¹ “RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS. FIBROPLASIA RETROENTOCULAR, QUE OCASIONOU PERDA DA VISÃO AO PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO POR ALEGADO ERRO CULPÁVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO COMISSIVO OU OMISSIVO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. (...) 2. A obrigação do médico, em regra, é **de meio**, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com **diligência, prudência e técnicas necessárias**, utilizando os recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, **devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável** do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano.” (STJ - REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012).

³² “APELAÇÃO – MANDATO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS – Duas demandas envolvidas: ação interposta pelo autor e ação interposta contra o autor – Desídia profissional comprovada – responsabilidade. **Apesar de se tratar de uma obrigação de meio, como a apelante não agiu com zelo nas suas obrigações como mandatária, deve se responsabilizar pelos danos sofridos pelo apelado.**” (TJSP - Relator(a): Mario Chiuvi Junior; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 24/02/2016);

“Responsabilidade civil (...) Erro inescusável de diagnóstico e monitorização – concessão precipitada de alta médica a paciente acometida de pancreatite aguda grave a pretexto de requisição de adequadas condições psicológicas para repetição de laparoscopia objetivando extrair pedra na vesícula – **negligência em diagnosticar e debelar processo inflamatório já deflagrado – culpa tosca na obrigação de meio – inadstrição do julgador ao laudo oficial - sentença reformada – agravo do autor não-conhecido e recurso de apelação provido**” (TJSP - Relator(a): Souza Meirelles; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 28/10/2015; Data de registro: 30/10/2015);

“RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Prescrição corretamente afastada - Aplicação do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, não do trienal do Código Civil - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal – Procedência - Ação intentada em face de cirurgião dentista – Responsabilidade objetiva deste, enquanto prestador de serviços - Danos oriundos de tratamento dentário (implante) - Nexo causal estabelecido pela perícia – Prova pericial realizada – Nexo causal estabelecido – **Ausência de demonstração no que se refere ao ônus processual-jurídico de emprego de zelo, cautela, meios corretos e da diligência necessária no tratamento** - Ônus que do demandado (art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil) independentemente de se considerar a obrigação de meio ou de resultado” (TJSP - Relator(a): Salles Rossi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2015; Data de registro: 15/12/2015)

73. Apesar do caráter subjetivo e genérico dos critérios para verificação do descumprimento da obrigação de meio, entendemos possível sustentar sua ocorrência na hipótese concreta.

74. A falta de zelo e do emprego de meios e recursos razoáveis para a obtenção de novo auto autorizativo pode ser evidenciada por uma série de condutas da BSE.

75. A BSE, em 25.03.2011 (Carta BSE-499/2011) solicitou à ANEEL a desmobilização das unidades geradoras 1 e 2 da Usina, o que gerou a suspensão temporária de sua operação comercial (Despacho ANEEL/SFG nº 4.005, de 11.10.2011).

76. A BSE não conservou adequadamente as instalações da Usina, descumprindo a obrigação prevista na Cláusula 4.1.2 do Contrato de Arrendamento³³, fato comprovado pelo Termo de Notificação ANEEL nº 123/2011, que atestou o estado de degradação das instalações da UTE Piratininga.

77. Ao diligenciar previamente ao encerramento da concessão, a BSE formulou pedidos de "prorrogação" (Ofício nº BSE – 703/2012) e (Ofício BSE – 068/2013), mesmo ciente do teor da Lei 12.783/2013, que converteu em lei a Medida Provisória 579/2012, autorizando a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica uma única vez³⁴, quando era sabido que a concessão da exploração da UTE Piratininga já havia sido anteriormente prorrogada pela Portaria MME nº 225/2004.

³³ "4.1.2. A PETROBRAS declara que recebe o Bens no estado de uso e conservação em que se encontram e deverá cuidar para que a posse dos Bens permaneça mansa e pacífica, bem como impedir que sobre os mesmos recaiam quaisquer ônus e gravames **ou que lhes seja causado qualquer dano, inclusive por terceiros**, durante o prazo de vigência deste Contrato de Arrendamento, defendendo a posse contra turbações e/ou esbulhos e **adotando, por sua própria iniciativa e sob sua integral responsabilidade, todas as medidas necessárias à proteção e salvaguarda dos Bens**. Sem qualquer limitação à obrigação aqui prevista, a PETROBRAS notificará imediatamente a EMAE, por escrito, acerca dessas ocorrências."

³⁴ "Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo [art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995](#), poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária."

78. No mais, a BSE encaminhou correspondências contraditórias à ANEEL.

79. No Ofício BSE – 065/2015³⁵, a empresa faz um esforço no sentido de obter a prorrogação da concessão ou novo ato autorizativo antes de 07.07.2015, ao dizer que a UTE Fernando Gasparian não poderia continuar a operar as Unidades Geradoras 3 e 4, tendo que passar a operar em “ciclo aberto”, com redução de capacidade. Foi um claro esforço no sentido de pressionar o regulador a proferir decisão favorável.

80. Posteriormente, no Ofício BSE – 0107/2015³⁶, a empresa declarou seu desinteresse em continuar a operar a Usina, informando que promoveria a transferência de concessão à EMAE, colocando em dúvida, ainda a vida útil da UTE Piratininga.

³⁵ *“Diante do todo o exposto, ressalta-se que a interpretação sobre o término da Concessão pela extinção do prazo do Contrato de Concessão é no sentido de que, sem qualquer ato/decisão administrativa, não deve o antigo concessionário continuar a atividade antes desenvolvida e abarcada pelo Contrato de Concessão, sob pena de atuar no setor elétrico de forma irregular. (...) Com a extinção da Concessão da BSE para explorar a UTE Piratininga, a UTE FEG não poderá mais continuar utilizando as unidades geradoras 03 e 04 da UTE Piratininga, por ausência de autorização do Poder Concedente neste sentido, passando a operar em ciclo aberto. Nesta situação, a Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração da ANEEL deverá aprovar um novo CVU para a operação em ciclo aberto da UTE FEG e também segregar as Garantias Físicas das UTEs FEG e Piratininga, bem como comunicar a CCEE da alteração da modelagem dessas usinas na Câmara. Sendo este o entendimento, a BSE, neste momento, informa que, a partir da data de extinção do Contrato de Concessão, 07/07/2015, caso não ocorra manifestação do Poder Concedente: (a) serão interrompidos os serviços de geração de energia elétrica, objeto do Contrato de Concessão, salvo se houver ato/decisão administrativa em sentido contrário; (b) a UTE FEG passará a operar em ciclo aberto, com redução da disponibilidade de 180 M W para o Sistema Interligado Nacional, e com a necessidade de readequação do Custo Variável Unitário e da Garantia Física da UTE FEG para se adaptar a esta nova realidade.” (Anexo VIII)*

³⁶ *“A BSE, por sua vez, ressaltou nas diversas etapas de tramitação do processo na ANEEL que a UTE PIR é uma usina em final de vida útil (mais de 50 anos de operação) e que não tinha condições de avaliar se o prazo de vida útil seria mais longo ou mais curto do que aquele declarado nas manifestações da EMAE, além de deixar claro que não entendia como adequada a operação dessa UTE sem a solução dos problemas já apontados pela BSE, tais com: a atipicidade da concessão, o final da vida útil dos equipamentos, a necessidade de investimentos para modernização da planta e a necessidade de contratação da energia para viabilizar tais investimentos (...) Paralelamente a todas essas ações, a BSE e a EMAE solicitarão à ANEEL a transferência da concessão da UTE PIR de volta para a EMAE. Uma vez que a ANEEL aprove a volta da concessão para a EMAE, a Petrobras celebrará com a EMAE um contrato de fornecimento de vapor e a BSE transferirá os eventuais CCEARs do Leilão A -/20 15 para a EMAE que, nessa situação, voltará a atuar no setor elétrico com a UTE PIR.” (Anexo XII).*

81. Ao agir dessa forma, a BSE apenas reiterou as declarações que já havia feito por meio do Ofício BSE 068/2013³⁷, no qual, apesar de ter formalmente requerido a prorrogação da concessão, apresentou, *sponte propria*, inúmeros argumentos para a ANEEL indeferir o pedido, ao listar aqueles que chamou de “desafios” a serem superados:

- (a) a obsolescência da Usina e a proximidade do término de sua vida útil;
- (b) o fato de as Unidades Geradoras 1 e 2 estarem fora de operação comercial, bem como de a Licença de Operação ser restritiva, por somente permitir a operação da Usina com queima de gás natural, o que seria inviável em razão da adaptação para funcionamento em ciclo combinado com a UTE Fernando Gasparian;
- (c) a falta de função e necessidade de desmobilização das caldeiras das Unidades Geradoras 3 e 4, em razão do fechamento do ciclo entre tais Unidades e a UTE Fernando Gasparian; e
- (d) a necessidade de o Poder Concedente considerar investimentos de R\$ 200 milhões na modernização dessas unidades e de assegurar à concessionária o retorno do investimento.

³⁷ Disse a BSE naquela oportunidade:

“(iii) A UTE Piratininga é uma central termelétrica com mais de 50 anos de operação e, portanto, composta por equipamentos antigos, com tecnologias obsoletas e cuja vida útil está próxima ao final, o que traz para a BSE alguns desafios a serem superados, conforme descrição abaixo:

(a) As unidades geradoras (UGs) 01 e 02, encontram-se fora de operação comercial, conforme disposto no Despacho SFG/AN EEL nu 4.005, de 11/10/2011, (Anexo 3);

(b) Mesmo que estivessem em condições operacionais, as UGs 01 e 02 estariam impossibilitadas de produzir energia elétrica regularmente utilizando óleo combustível, pois o órgão ambiental de São Paulo emitiu Licença de Operação vigente até 08/11/2016, ‘somente para operação de energia elétrica com a queima apenas de gás natural’, (item 04 da renovação da LO, de 08/11/2011, Anexo 4);

(c) Tendo em vista o fechamento de ciclo entre as UGs 03 e 04 da UTE Piratininga e a UTE Fernando Gasparian, conforme estabelecido no Despacho ANEEL 112 2.514, de 10/07/2009 (Anexo 5), as caldeiras dessas UGs 03 e 04 encontram-se isoladas e sem função, necessitando, portanto, serem desmobilizadas; e

(d) Para assegurar uma operação adequada das UGs 03 e 04 da UTE Piratininga para os próximos 20 anos, caso o Poder Concedente decida pela prorrogação da concessão, faz-se necessário o Poder Concedente considerar investimentos da ordem de R\$ 200 milhões na modernização dessas unidades e também viabilizar, para o concessionário, a contratação dessa energia de forma a garantir o retorno para o referido investimento.” (Anexo VII).

82. Mais recentemente, a própria Petrobras encaminhou à EMAE a Carta 011/2016, contendo “derradeira” proposta de acordo, na qual relata negociações para obtenção de resultado diametralmente oposto ao colimado no Contrato de Arrendamento. Referida correspondência confirma o interesse da Petrobras em devolver a concessão à EMAE e extinguir o Contrato de Arrendamento, e não de cumprir sua obrigação de meio de obter no ato autorizativo.

83. Esse quadro probatório revela que, ao invés de agir com zelo, diligência e empregar esforços razoáveis para a obtenção da prorrogação da concessão ou para a obtenção de um novo ato autorizativo, a BSE deu causa à depredação de duas Unidades Geradoras, indicou à ANEEL a ausência de condições operacionais da Usina e, ainda, desistiu de prosseguir com a sua exploração, chegando a postular, em sede negocial, a extinção do próprio Arrendamento.

84. Nesse cenário, será possível alegar o inadimplemento da obrigação de meio da BSE, em duas hipóteses: (a) caso o MME indefira a prorrogação da concessão, em razão do estado de conservação e da degradação das instalações da Usina; ou (b) caso a BSE desocupe a Usina antes da decisão do MME, abandonando o cumprimento da obrigação de meio à qual se vinculou e cessando quaisquer esforços para obtenção de uma decisão positiva.

e.2) Implementação da Condição Resolutiva por culpa da BSE

85. Também será possível sustentar, com base nos fatos acima, que a condição resolutiva expressa do Contrato de Arrendamento não pode aproveitar a BSE, a teor do artigo 129 do Código Civil, por ter se implementado por culpa da própria BSE. A regra estabelece que a condição resolutiva não se reputa verificada, quando maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento, *in verbis*:

*“Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, **considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento**”.*

86. Como enfatizam GUSTAVO TEPEDINO e outros, “o aspecto principal do dispositivo consiste na caracterização de um ato voluntário capaz de obstar ou fazer realizar a condição em proveito próprio. Segundo Zeno Veloso, ‘quem se obrigou a transferir um direito sob condição suspensiva, ou que adquiriu um direito sob condição resolutiva, tem o dever de não impedir a verificação da condição, não podendo fazer qualquer coisa para frustrar ou obstar a realização do evento, **não podendo, também com dolo ou malícia, fazer com que se produza o fato previsto que, normalmente, não teria ocorrido**’”.³⁸

87. A jurisprudência é tranquila a respeito do tema, embora se depare, mais comumente, com situações nas quais o devedor obsta a implementação de condição suspensiva³⁹.

³⁸ GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Código Civil Interpretado*, 2ª Ed., Renovar, pp. 261-262.

³⁹ “APELAÇÃO. SERVIÇOS PROFISSIONAIS. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM CLÁUSULA CONDICIONAL SUSPENSIVA. PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS CONDICIONADO À VENDA DE BENS DE PROPRIEDADE DA RÉ. CONDIÇÃO FUTURA E INCERTA QUE SUJEITA OS EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO ENTRE AS PARTES AO PURO ARBÍTRIO DE APENAS UMA DELAS. INADMISSIBILIDADE. INTELECÇÃO DO ART. 122 DO CÓDIGO CIVIL. IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO OBSTADO MALICIOSAMENTE PELA RÉ COM O OBJETIVO DE SE FURTAR AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA PRIMEIRA PARTE DO ART. 129 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO. **Está evidente que se trata a hipótese de condição sujeita ao puro arbítrio de apenas uma das partes, que tem maliciosamente obstado seu implemento para manter indefinidamente suspensa sua obrigação de pagamento pelos serviços já satisfatoriamente prestados.** Aplicável ao caso, portanto, o disposto na última parte do art. 122 cumulado com a primeira parte do **art. 129, ambos do Código Civil, reputando-se verificada a condição suspensiva da obrigação para o fim de possibilitar ao autor a cobrança dos seus honorários.**” (TJSP - Relator(a): Adilson de Araujo; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/07/2016; Data de registro: 26/07/2016);

“Monitória Confissão de dívida Condição suspensiva Ônus da prova Cláusulas abusivas.1. **Se o devedor obsta maliciosamente o implemento de condição suspensiva, esta reputa-se verificada, deixando de ser condicional o negócio, que assim atinge plena eficácia.** 2. Dependendo a eficácia do negócio do resultado de determinada ação judicial, cujo ajuizamento, em nome do credor, deva ser custeado pelo devedor, considera-se verificada a condição suspensiva se este, maliciosamente, deixa de tomar as providências para tanto necessárias, como contratação de advogado e acerto dos respectivos honorários. **Inteligência do artigo 129 do Código Civil.** Embargos monitórios julgados improcedentes. Recurso provido.” (TJSP - Relator(a): Itamar Gaino; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/06/2012; Data de registro: 21/06/2012);

88. É importante registrar que a atuação “maliciosa” da parte é “informada pelo princípio da boa-fé objetiva”, de modo que “adquire novo significado, não já associado ao elemento intencional, mas restrito à culpa (imputabilidade da conduta ao agente”, como enfatizam GUSTAVO TEPEDINO e outros. “Ao interferir na relação obrigacional (mediante ato voluntário que lhe seja imputável, no sentido de impedir o implemento da condição que lhe desfavoreceria, age culposamente; e eis o bastante para que o ordenamento considere a condição verificada. A malícia constitui-se, portanto, na interferência voluntária para o fim reprovado pelo ordenamento, sendo dispensável, por isso mesmo, a presença do dolo.”⁴⁰

89. No caso concreto, ainda que não se verifique a presença de dolo (dispensável, como se viu acima), poderá ser sustentada a hipótese de culpa da BSE pela não prorrogação da concessão (e consequente resolução do Contrato de Arrendamento de pleno direito), em razão de sua conduta pouco eficiente no manejo do pedido de prorrogação e, principalmente, das declarações constantes do Ofício BSE 068/2013.

90. Note-se que as declarações feitas pela BSE naquele Ofício foram expressamente referidas na decisão da Diretoria da ANEEL recomendando a prorrogação da concessão por apenas dois anos:

“Em 11/10/2011, após fiscalização, a SFG suspendeu a operação comercial das unidades geradoras UG1 e UG2, por meio Despacho n° 4.005, em caráter temporário até que a condição operativa dessas unidades fosse restabelecida, fato que não aconteceu até o momento.

*“CONTRATO - Condição Suspensiva - Contrato de sub-empregada onde se estabeleceu que os pagamentos à Contratada seriam de acordo com os pagamentos recebidos pela Contratante por parte da Prefeitura Municipal beneficiária dos serviços - Inadimplemento da Municipalidade - **Inexistência de qualquer providência judicial para o recebimento do crédito por parte da devedora, do qual não irá se beneficiar, terá que gastar dinheiro para o ajuizamento da ação, além de se indispor com o Alcaide, evidenciando-se total indiferença e desinteresse em benefício próprio, sendo que deliberadamente criou empecilho ao direito da apelante - Aplicação o art 129 do Código Civil de 2002 que dispõe que: 'Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer'** - Aplica-se a lei nova, pois os efeitos do contrato, serão produzidos na vigência do Código Civil de 2002 - Inteligência do art 2.035 do Código Civil - Recurso provido.” (TJSP - Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/03/2008; Data de registro: 25/03/2008)*

⁴⁰ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado*, 2ª Ed., Renovar, p. 262.

É importante destacar que as unidades geradoras UG3 e UG4, da UTE Piratininga, tiveram a disponibilidade alterada para zero, pelo Despacho n° 553, de 14/02/2012, visto que tal disponibilidade foi incorporada pela UTE FEG. Assim, a UTE se encontra sem garantia física.

Por se tratar de uma concessão outorgada sob o regime de Serviço Público, a sua extinção acarretaria a reversão dos bens a ela vinculados, contudo considerando o estágio de degradação dos equipamentos e o tempo em que estiveram em operação (desde 1954), a SCG inferiu que eles já se encontram em final de vida útil, não tendo mais utilidade para a prestação do serviço de geração.

Corrobora essa conclusão da SCG, a própria declaração da BSE em relação às condições dos ativos:

'Neste ponto é importante destacar as particularidades da UTE Piratininga, que é uma usina em final de vida útil e, portanto, não suportaria, nas condições em que se encontra, uma nova jornada operacional de 20 anos, conforme previsto no Artigo 5º da Lei 12.783/2013. Entretanto, ainda há expectativa de vida útil residual para as unidades 03 e 04 da UTE Piratininga (disponibilidade de cerca de 180 MW), que poderia ser aproveitada em benefício do Sistema Interligado Nacional (SIN), caso haja interesse do Poder Concedente.1

Ou seja, conforme declarado pela BSE, as UG3 e UG4 estão em operação (compondo o ciclo combinado da UTE FEG) e possuem uma vida útil residual, entretanto, conforme relatórios de fiscalização da SFG, tais unidades geradoras não se encontram em bom estado de conservação. As máquinas são bastante antigas trazendo dificuldades para realização de manutenções por não possuírem peças de reposição disponíveis no mercado.⁴¹

91. Portanto, a postura da BSE perante o Poder Concedente pode ter contribuído decisivamente (ainda que na modalidade culposa) pela não renovação da concessão (caso venha a ser proferida decisão negativa pelo MME a respeito do pedido de prorrogação).

92. Além disso, a Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento trata da obtenção de "novo ato autorizativo", e não propriamente da obtenção de uma decisão de prorrogação da concessão. Não há, no entanto, na documentação analisada, evidência de que a BSE tenha buscado obter um novo ato autorizativo, tendo concentrado seus (poucos) esforços na obtenção da prorrogação da concessão vigente.

41 Anexo IX.

93. O que se concluiu, nesse cenário, é que ainda que a condição resolutiva expressa se opere (isto é, o MME indefira o pedido de prorrogação da concessão), não terá a BSE o direito de resolver o vínculo contratual “sem ônus”, pois tal resolução terá se operado por culpa da própria BSE, sendo tal culpa suficiente para caracterizar a violação da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) e o abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

e.3) *Venire contra factum proprium*. Alegação da própria torpeza.

94. Há, ainda, mais uma tese jurídica possível, a depender do teor da decisão do MME.

95. Era da BSE a obrigação de manter e conservar a Usina (Cláusula 4.1.2) e assegurar que fosse restituída à EMAE no estado de uso e conservação em que a recebera (Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento). Assim, a degradação da Usina é ato de responsabilidade exclusiva da BSE.

96. Não se pode olvidar, no entanto, o fato de que não localizamos registros de reclamações da EMAE quanto ao estado de conservação e à degradação da Usina, o que poderá ensejar a alegação de que a EMAE foi inerte ou aquiesceu com a conduta negligente da BSE.

97. Mas esse não é o único fato relevante.

98. Foi a BSE que requereu a desmobilização das Unidades Geradoras 1 e 2 (Carta BSE-499/2011)⁴², ensejando suspensão de sua operação comercial (Despacho ANEEL/SGF 4.005/2011)⁴³.

99. Era da BSE a responsabilidade pela renovação da Licença de Operação, de modo que a licença restritiva (para operação apenas com queima de gás natural) obtida já na vigência do Contrato de Arrendamento contraria a Cláusula 8.1, itens (v) e (xvii), *in verbis*:

⁴² Informação extraída do voto proferido pelo Diretor Reive de Barros dos Santos, nos autos do Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

⁴³ Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

"8.1. A PETROBRAS se obriga expressamente a:

(v) *Obter todas e quaisquer autorizações para a formalização do presente Contrato de Arrendamento, **bem como obter e manter atualizadas todas as autorizações e licenças ambientais que sejam de sua responsabilidade**, conforme estabelecido na legislação em vigor;*

(...)

(xvii) ***responsabilizar-se pelo atendimento das condições impostas pelo órgão ambiental licenciador que permitir a operação regular a óleo combustível, estabelecidas no instrumento por ele emitido, desde que estritamente relacionadas ao objeto deste contrato e previamente aprovadas pela PETROBRAS.***"

100. No mais, foi a BSE que promoveu o fechamento do ciclo entre as Unidades Geradoras 3 e 4 da UTE Piratininga e a UTE Fernando Gasparian, cabendo à mesma BSE, nos moldes da já citada Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento, fazer "a devolução dos Bens à EMAE (...) no estado de uso e conservação em que os recebeu".

101. Tudo isso se soma às declarações prestadas pela própria BSE à ANEEL, acerca do estado da Usina e dos "desafios" a serem enfrentados, caso prorrogada a concessão.

102. A conclusão que se extrai desse conjunto de circunstâncias é a seguinte: à BSE não socorrerá o argumento de que não quis mais o arrendamento (ou que este se tornou inviável) em razão da falta de condições operacionais da Usina, tampouco a alegação de que o arrendamento foi extinto por recusa do Poder Concedente em prorrogar a concessão (caso tal recusa tenha sido motivada pela falta de condições operacionais da Usina), **pois a responsável por tal situação teria sido a própria BSE.**

103. Aquele que causou o problema não pode se beneficiar dele.

104. Além de o descumprimento de todas as obrigações contratuais acima elencadas caracterizar inadimplemento, a utilização das consequências desse inadimplemento (que levaram à deterioração ou mesmo à perda da capacidade operacional da UTE Piratininga) como argumento da BSE para livrar-se do Contrato de Arrendamento esbarra na proibição do *venire contra factum proprium* e de alegação da própria torpeza, há muito tempo decantada na doutrina: *“nemo auditur turpitudinem allegans”*.

105. Como enfatiza SILVIO VENOSA, *“ninguém pode ser ouvido ao alegar a própria torpeza. Esta orientação sempre foi tida como conteúdo implícito no ordenamento, no tocante ao comportamento das partes. Trata-se de princípio geral de uso recorrente. Nesse princípio, dá-se realce à própria torpeza, aspecto subjetivo na conduta do agente que se traduz em dolo, malícia. Por outro lado, o ‘nemo potest venire contra factum proprium’ (ninguém pode agir contra sua própria alegação) é de natureza objetiva, dispensa investigação subjetiva, bastando a contradição objetiva do agente entre dois comportamentos.”*⁴⁴

106. Em minuciosa obra sobre o tema, ANDERSON SCHREIBER pondera que *“guarda proximidade com o princípio da proibição do comportamento contraditório o princípio segundo o qual nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ou seja, ‘ninguém pode ser ouvido ao alegar sua própria torpeza’.* A doutrina pátria fala, aqui, em uma orientação implícita do ordenamento jurídico, extraída de uma série de disposições expressas, e especialmente da impossibilidade de alegação de simulação por parte de quem a pratica, nos termos do antigo artigo 104 do Código Civil brasileiro de 1916.”⁴⁵

⁴⁴ SILVIO DE SALVO VENOSA, *A proibição do comportamento contraditório*, Valor Econômico, 23/05/2008, Legislação & Tributos, p. E2.

⁴⁵ ANDERSON SCHREIBER, *A proibição de comportamento contraditório*, 3ª ed., Renovar, Rio, 2012, p. 174.

107. Esclarece o autor que, apesar de o Código Civil de 2002 ter suprimido a norma, “a proibição de alegação da própria torpeza permanece, entretanto, referida como um princípio geral de direito de uso corrente. Assemelha-se ao *nemo potest venire contra factum proprium* pelo fato de ambos impedirem uma conduta posterior, em virtude de uma conduta inicial adotada pelo mesmo centro de interesses.”⁴⁶

108. A jurisprudência tem repellido condutas nas quais a parte pretende se beneficiar de seus próprios atos ilícitos ou inadimplementos contratuais⁴⁷, aplicando o princípio da vedação à própria torpeza.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 175.

⁴⁷ “ADMINISTRATIVO. CONTRATO. INADIMPLÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DO VENCIMENTO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. MANUTENÇÃO DO TERMO INICIAL. (...) 3. Note-se, ainda, que **a ninguém é admitido valer-se da própria torpeza**. Ora, entender em favor da antecipação do prazo em questão beneficiaria o próprio devedor que criou o óbice para o recebimento do crédito.” (STJ - REsp 1247168/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 30/05/2011);

“NULIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO CUMULADO COM DEVOLUÇÃO DE VALOR PAGO E OBRIGAÇÃO DE FAZER - Dinâmica peculiar. Veículo adquirido em nome de terceiro, amigo do autor, devido à restrição de crédito em face deste. Saldo financiado. Inadimplemento que fez o terceiro, na posse do bem devolvido pelo autor, alienar o bem de volta à ré que como forma de pagamento assumiu o pagamento de todas as parcelas do financiamento, vencidas e vincendas. Pretensão pela anulação do contrato e devolução do montante pago a título de entrada. Improcedência. Contrato que não possui qualquer vício. **Conduta que a rigor viola o princípio da boa-fé objetiva e implica em benefício à própria torpeza.**” (TJSP - Relator(a): Ramon Mateo Júnior; Comarca: Araras; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/08/2016; Data de registro: 02/08/2016)

“Apelações – Responsabilidade civil – Mútuo bancário – Ação declaratória c.c. indenização por danos morais – Sentença de acolhimento parcial dos pedidos – Protesto de título cambial vinculado a contrato de compra e venda de veículo – **Vistoso inadimplemento da autora** – Vitória por ela obtida em ação revisional do contrato implicando ínfima alteração do valor das prestações do mútuo – Cenário diante do qual não se justifica reconhecer dano moral em virtude do protesto do título referente à obrigação, verificado no período em que a autora ainda estava inadimplente – **Solução que implicaria infração ao princípio nuclear do direito que veda possa alguém extrair proveito da própria torpeza** – Autora que, ademais, registrava outras anotações restritivas contemporâneas – Hipótese em que se aplica a orientação cristalizada na Súmula 385 do STJ – Sentença parcialmente reformada, para a rejeição do pedido indenizatório.” (TJSP - Relator(a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Comarca: Votuporanga; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2015; Data de registro: 14/10/2015)

“PLANO DE SAÚDE. Ação cominatória c.c. indenização por danos morais. Autor que de modo injustificado deixou de pagar por mais de três meses as mensalidades do plano de saúde. Boletos que poderiam ser obtidos via internet. **Inadimplemento contratual superior a 120 dias. Alegação de própria torpeza visando justificar o contrato não cumprido e que não acarreta dano moral.** Verbas de sucumbência a cargo do autor, observado o benefício da gratuidade concedido. RECURSO DA RÉ PROVIDO, DESPROVIDO O DO AUTOR.” (TJSP - Relator(a): Alexandre Marcondes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/06/2015; Data de registro: 01/07/2015).

109. Há ainda os autores que tratam da proibição de alegar a própria torpeza, apresentando ação ou defesa em contradição com ato ou comportamento anterior do mesmo agente, com amparo na chamada Teoria dos Atos Próprios, segundo a qual “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé”⁴⁸, como enfatizam MIGUEL REALE e MIGUEL REALE JR.

110. A Teoria dos Atos Próprios repousa na ideia de que aquele que viola uma norma (ou um contrato) não pode tirar proveito de tal situação⁴⁹.

111. Na aplicação dessa Teoria, a jurisprudência tem repellido pretensões ou defesas fundadas num comportamento contraditório da parte, que subitamente passe a exercer conduta incompatível com o comportamento anterior⁵⁰, gerador de legítima expectativa à outra parte.

⁴⁸ MIGUEL REALE e MIGUEL REALE JR., *Função social e boa-fé na valoração dos contratos*, in *Questões Atuais de Direito*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 133.

⁴⁹ “Aplicação da ‘teoria dos atos próprios’, como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos ‘tu quoque’ e ‘venire contra factum proprium’, segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé.” (STJ – 3ª Turma, REsp 1192678/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26.11.2012)

⁵⁰ “RECURSOS APELAÇÃO e ADESIVO ARRENDAMENTO RURAL AÇÃO DE COBRANÇA Alegação de inadimplemento contratual imputada ao arrendatário por falta de pagamento de valores referentes a reajustes anuais de 10% (dez por cento) sobre o valor do arrendamento expressos nos contratos Renovação do contrato originário, com vigência de três anos, por três vezes consecutivas, sem oposição ou ressalvas por parte do arrendante. Pretensão de cobrança externada próximo ao final da avença, depois de decorridos muitos anos de leniência do arrendante, que não pode ser admitida na hipótese, por violar a cláusula geral da boa-fé objetiva, na medida em que agora o arrendante frustra a legítima expectativa do arrendatário de não mais ser obrigado a tais pagamentos. **Limite do exercício do direito subjetivo por incidência da teoria dos atos próprios: supressio e venire contra actum proprium.** Inexigibilidade do débito reconhecida. Improcedência. Sentença reformada. Recurso de apelação do demandado provido, prejudicado o adesivo oferecido pelo demandante.” (TJSP - Relator(a): Marcondes D'Angelo; Comarca: Guararapes; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/03/2013; Data de registro: 08/03/2013)

112. Sob esse enfoque da Teoria dos Atos próprios, a conduta da BSE, de arrendar a UTE Piratininga por 17 (dezesete) anos, assumir a obrigação de meio de providenciar a expedição de novo auto autorizativo ao final da concessão em 2015, formular perante a ANEEL os pedidos de prorrogação da concessão (em 2012 e 2013), para a partir de 2015 suscitar “desafios” na exploração da Usina e, em 2016, pretender devolver a concessão à EMAE e rescindir o arrendamento, também se mostra ilegítima.

113. Afinal de contas, a BSE criou (no contrato) e manteve (até as vésperas do término do prazo da concessão) a legítima expectativa para a EMAE de que exploraria e conservaria os Bens arrendados por todo o prazo de vigência do Contrato de Arrendamento. Foi esse fato que, muito provavelmente, obstou a adoção de medidas mais drásticas pela EMAE no sentido de compelir a BSE a restabelecer as condições operacionais das Unidades Geradoras 1 e 2 e, ainda, que permitiu que a BSE fechasse o ciclo da UTE Piratininga sem oposição da EMAE.

*“SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO. 1. Prescrição. Pedido de condenação da ré ao pagamento de reparação do dano sofrido pela negativa de renovação do contrato de seguro. Reparação de danos por descumprimento contratual. Recusando-se a ré, injustificadamente, a dar execução e continuidade ao contrato de seguro que sempre renovou, a hipótese é de inadimplemento de obrigação contratual, o que atrai o prazo de prescrição geral do Código Civil à falta de outro específico. O prazo prescricional é de dez anos, conforme prevê o art. 205, CC/02. Prescrição afastada. 2. Contrato não renovado. Seguro renovado pela seguradora por quase trinta anos. Contrato que assumiu as características dos contratos contínuos e relacionais. Negativa de renovação que ofende a boa-fé objetiva, pois rompe injustificadamente a expectativa criada pela seguradora de renovação. Comportamento contraditório. (...) **A teoria dos atos próprios protege a parte contra a outra que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. Também se pode falar da supressio, que diz respeito à perda da possibilidade de implementação de um direito pela falta de exercício nos lindes da boa-fé. A supressio consiste na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa. Recusa ilícita da seguradora em pagar a indenização. Indenização pelo dano moral devida, visto que a frustração dos autores, com mais de cinquenta anos de idade e sem possibilidade de contratação de seguro nas mesmas condições, configura gravame da dignidade que deve ser reparado. Indenização fixada em 30% do valor previsto para o caso de morte natural para cada um dos autores. Recurso parcialmente provido.”** (TJSP - Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/06/2011; Data de registro: 20/06/2011)*

114. Enfim, seja qual for a hipótese em que se enquadre a conduta da BSE (*venire contra factum proprium*, alegação da própria torpeza ou Teoria dos Atos Próprios), eventual alegação ou pretensão da BSE de justificar a extinção do Contrato de Arrendamento e devolver a Usina poderá ser qualificada como ato ilícito (artigo 187 do Código Civil) violador da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), a ensejar a reparação civil da EMAE.

III. IMPOSSIBILIDADE DE MANTER A BSE CONTRATADA CONTRA SUA VONTADE

115. É equivocado supor, no entanto, que a EMAE teria o direito de exigir da BSE o cumprimento integral do Contrato de Arrendamento *in natura*, obstando a resolução contratual e a devolução da Usina antes de abril de 2024 (ou ao menos antes de setembro de 2017, prazo de prorrogação já recomendado pela ANEEL).

116. Esse caminho é arriscado, pois a jurisprudência, embora prestigie o cumprimento das obrigações *in natura* – isto é, o cumprimento da própria prestação ou obrigação prometida (que, no caso, seria a obrigação de usar os Bens arrendados e pagar o preço do arrendamento) – é bastante refratária em relação a obrigar alguém a permanecer contratado contra sua vontade.

117. Aliás, o artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal estabelece que *“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”*. Trata-se de extensão dos consolidados princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, que impedem a contratação involuntária.

118. Os Tribunais pátrios, de forma geral, se posicionam no sentido de afastar pretensões de obrigar uma parte a permanecer contratada, bem como no sentido de declarar nulas cláusulas contratuais que proíbam a rescisão contratual:

“É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade.”(STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 988736 / SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 03.11.2008)

*“Partes são livres para pactuar conforme os próprios interesses. Necessária a intervenção do Judiciário, para que não haja desequilíbrio na relação (Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade). **Prestigia-se a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, não há obrigação dos contratantes manterem o pacto perpetuamente. A empresa contratada não está obrigada a manter o que foi pactuado, ad eternum, podendo optar pela rescisão imotivada, caso não tenha mais interesse na contratação.**”* (TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado, AP 1095198-19.2015.8.26.0100, Rel. Des. James Siano, j. em 22.03.2016)

*“Prejuízo oriundo do rompimento desmotivado do contrato é reposto por meio do pagamento de indenização a título de aviso prévio – impossibilidade de se compelir a ré a pagar as comissões que a autora deixou de receber em razão do desfazimento do vínculo contratual, **sob pena de se obrigar a parte a permanecer contratada indefinidamente e contra a sua vontade – conduta que viola os postulados mais comezinhos do direito** – apelo da autora desprovido quanto a este aspecto.”* (TJSP – 15ª Câmara de Direito Privado, AP 0206290-29.2009.8.26.0100, Rel. Des. Castro Figliolia, j. em 15.05.2015)

119. Isso, evidentemente, não legitima a resolução imotivada do Contrato de Arrendamento, tampouco a resolução causada por culpa da BSE, sem que a BSE suporte os ônus decorrentes dessas condutas (que são modalidades de inadimplemento).

120. Mas conduz à solução em perdas e danos, pois a jurisprudência é tendente a não admitir que o Poder Judiciário interfira nas relações de direito privado e force a manutenção de um contrato já rescindido por uma das partes⁵¹.

⁵¹ *“(…) Em princípio, não se concede liminar para obrigar alguém a permanecer jungido a um contrato, a não ser em casos excepcionais, em ‘contratos de evidente cunho social como, v. g., os relativos à saúde, transporte, ou ainda naqueles em que um dos contratantes exerça o monopólio sobre bens e serviços essenciais”* (REsp. 966.163, j. em 4.11.2010), **pois a quebra contratual, em princípio, deve ser resolvida em perdas e danos; a não obrigatoriedade de permanecer atado ao contrato encontra fundamento constitucional; por outro lado, o risco que o descumprimento geraria para as partes é aquele que secularmente se reconhece como da própria natureza da atividade empresarial. O risco, se transformado em prejuízo, resolve-se em perdas e danos; ademais, aqui já houve concessão de prazo que, aparentemente, não trouxe o resultado esperado. Agravo provido.** (TJSP, AI 21732185020148260000, Rel. MANOEL JUSTINO BEZERRA DA SILVA, 28.ª Câmara de Direito Privado, j. 09/12/2014)

121. Diante do exposto, a medida que consideramos adequada, em face das circunstâncias fáticas que ora se verificam, na hipótese de encerramento do Contrato de Arrendamento contra a vontade da EMAE, é a busca da responsabilização da BSE pelas perdas e danos decorrentes do encerramento prematuro da avença, conforme a seguir demonstrado.

IV. DIREITO À INDENIZAÇÃO

122. Na hipótese de não ser possível uma solução amigável com a BSE/Petrobras, terá a EMAE o direito ao recebimento de indenização.

123. Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro condiciona o direito a indenização, tanto no caso de inadimplemento contratual, como de ato ilícito, à verificação de três elementos: (i) *dano*; (ii) *culpa*; e (iii) *nexo de causalidade* entre a conduta culposa e o dano verificado.

124. Identificamos pelos menos três fundamentos a amparar a presença desses três requisitos no caso concreto e, conseqüentemente, ensejar o direito à indenização.

"MEDIDA CAUTELAR PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LEI FERRARI Nº 6.729/79 IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DA RELAÇÃO COMERCIAL RESCISÃO PLEITEADA POR UMA DAS PARTES RECURSO PROVIDO. Se uma das partes manifestou o desejo de romper a relação contratual e rescindir o contrato, não se pode obrigá-la a continuar o contrato. Se há motivo justificado para esta rescisão, e se uma das partes deve indenizar a outra pelos prejuízos sofridos com a interrupção da relação comercial, tais questões devem ser resolvidas em outra ação, de indenização por perdas e danos, a ser proposta pela parte que se sentir prejudicada". (TJSP, AI 0023679-15.2012.8.26.0000, Rel. PAULO CELSO AYROSA M. ANDRADE, 31.ª Câmara de Direito Privado, j. 08/05/2012)

"(...) MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO. I. É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade. II. Ausência do fumus boni juris, pressuposto indispensável para concessão de liminar. Precedentes do STJ. III. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no Ag 988.736/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJe 03/11/2008)

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO COMERCIAL. LEI Nº 6.729/79. RESCISÃO DE CONTRATO. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO. É princípio básico do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor a sua continuidade quando uma das partes já manifestou a sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente caracterizado o abuso da rescisão, por isso responderá quem o tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano indenizatório. (...). Recurso conhecido e provido". (STJ, REsp 534.105/MT, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, DJ 19/12/2003, p. 487)

A) DEGRADAÇÃO DA USINA POR CULPA EXCLUSIVA DA BSE

125. O primeiro fundamento é a falta de conservação e manutenção adequada dos Bens arrendados por parte da BSE, o que causou a deterioração da Usina. Tal hipótese já se encontra caracterizada no caso concreto e não depende de nenhum evento ou comportamento futuro da BSE.

126. No momento da contratação do arrendamento, as Partes elaboraram uma relação de ativos (Anexo I do Contrato de Arrendamento), com a descrição de todos os bens arrendados e, ainda que superficialmente, com o atestado de que todos os bens se encontravam em bom estado de conservação e em plenas condições operacionais.

127. Conforme cláusula 4.1.2 do Contrato de Arrendamento, já transcrita acima, a Petrobras declarou que recebia os bens *“no estado de uso e conservação”* em que se encontravam (a referência a *“uso”* atestando que estavam em condições operacionais) e se responsabilizou por *“por todas as medidas necessárias à proteção e salvaguarda dos Bens”*, visando a impedir que lhe fosse *“causado qualquer dano”*.

128. Conforme cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento, assumiu a Petrobras a obrigação de devolver os Bens arrendados, ao final do prazo de 17 (dezessete) anos, *“no estado de uso e conservação em que os recebeu, consideradas as depreciações e inovações tecnológicas inerentes ao desenvolvimento da operação objeto do Contrato”*.

129. Diante disso, a Cláusula 6.2 do Contrato de Arrendamento estabelece que, *“sem prejuízo de quaisquer outros pagamentos, ressarcimento e compensações”*, será feita, por ocasião da devolução da Usina, uma avaliação *“dos investimentos feitos pela Petrobras na Usina”* e *“dos passivos patrimoniais e ambientais”* causados à Usina, para compensação entre as Partes.

130. A regra deve ser lida em conjunto com a Cláusula 8.2.1 do Contrato de Arrendamento⁵², a estabelecer o direito da Petrobras de remover as benfeitorias que possam ser removidas, ou de compensar o valor das mesmas com o valor de eventual ressarcimento devido à EMAE em razão de passivos patrimoniais ou ambientais.

131. Parece inequívoco que a BSE não terá condições de devolver a Usina no estado em que se encontrava quando a arrendou. Já há prova documental atestando que a BSE desmobilizou as Unidades Geradoras 1 e 2, suspendendo suas operações⁵³, bem como de que a própria ANEEL considerou o estado das instalações da Usina “degradado”, conforme o Termo de Notificação nº 123/2011⁵⁴.

132. Ainda que se considere o tempo de vida da Usina e as depreciações inerentes ao uso regular, parece que a situação verificada extrapola essa degradação natural, decorrendo, ao revés, de falta de manutenção e conservação adequadas.

133. Além disso, o fechamento do ciclo das Unidades Geradoras da UTE Piratininga e a UTE Fernando Gasparian, que faz com que a UTE Piratininga funcione em “ciclo combinado”, retirou da Usina a capacidade operacional isolada. Sem o vapor proveniente da UTE Fernando Gasparian, a UTE Piratininga não funciona, dependendo de reformas e adaptações para readquirir suas condições operacionais.

134. Nesse cenário, tem a EMAE, independentemente da causa ou fundamento da extinção do Contrato de Arrendamento e de retomada da Usina, o direito à indenização em valor suficiente ao restabelecimento das condições da Usina existentes no momento da celebração da avença, observadas, evidentemente, as depreciações naturais inerentes ao uso. Eventuais passivos ambientais existentes também deverão entrar nessa conta.

⁵² “8.2.1. As benfeitorias edificadas que não possam ser retiradas, sem que se destruam ou se danifiquem os Bens, serão mantidas, e serão consideradas na avaliação a que se refere o item 6.2 da Cláusula Sexta para fins de ressarcimento à PETROBRAS, nas condições e limites estabelecidos no referido item.”

⁵³ Informação extraída do voto proferido pelo Diretor Reive de Barros dos Santos, nos autos do Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

⁵⁴ Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48 (**Anexo V**).

135. O tema é pacífico na jurisprudência, que de forma consistente, vem reconhecendo, em situações análogas (contratos de locação não residencial), a responsabilidade do locatário por indenizar as perdas e danos sofridos pelo proprietário em razão do descumprimento da obrigação de restituir o imóvel no estado em que o recebera. O valor da indenização corresponde ao *“valor necessário à recuperação do prejuízo que foi amargurado pelo locador pela inutilização de seu imóvel”*⁵⁵.

136. Trata-se, ademais, de exigência legal, estabelecida no artigo 569, IV, do Código Civil e também no artigo 23, III, da Lei 8.245/91, *in verbis*:

“Art. 569. O locatário é obrigado:

(...)

IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular”.

⁵⁵ *“LOCAÇÃO DE ESPAÇO PARA A INSTALAÇÃO DE ANTENAS DE TELEFONIA - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA – RESCISÃO ANTECIPADA PELA LOCATÁRIA – OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O IMÓVEL NO ESTADO EM QUE O RECEBEU (STATUS QUO ANTE) – PERDAS E DANOS CONFIGURADOS NA HIPÓTESE – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Em consequência do descumprimento pela apelante da obrigação de restituir o imóvel no estado em que o recebeu (status quo ante), como ajustado no contrato e conforme preceitua o art. 23, III, da Lei nº 8.245 /91, **cumpra a apelante indenizar o proprietário pelas perdas e danos, consubstanciados no valor necessário à recuperação do prejuízo que foi amargurado pelo locador pela inutilização de seu imóvel**, assim como ser condenada na obrigação de fazer consistente na realização da obra de nivelamento do terreno locado.” (TJSP - Relator(a): Paulo Ayrosa; Comarca: Franco da Rocha; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 09/08/2016);*

*“Locação de imóvel comercial. - Ação de rescisão de contrato c. c. indenização por perdas e danos. - **Dever do locatário de restituição do imóvel no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações normais do uso. - Inteligência do art. 23, inciso I, da Lei 8.245/1991. - Danos materiais devidos.** Lucros cessantes. - Devida a indenização a tal título, correspondente ao valor de .dois meses de aluguel, / considerando-se que, no caso concreto, este é o lapso temporal razoável para a realização das obras de reparo no imóvel locado. - Danos morais. - Descabimento, tendo em vista que os aborrecimentos causados pelo descumprimento - - ? , contratual, ? a não ser em casos excepcionais, não caracterizam dano moral indenizável. - Sentença parcialmente reformada, mantidos os ônus da sucumbência. - Reconhecimento da improcedência da denúncia da lide da empresa sublocatária, tendo em vista que os equipamentos são de propriedade da locatária denunciante e por ela foram retirados do imóvel, ocasionando os prejuízos reclamados na inicial. - Inexistência de direito de regresso a ser exercido. - Recurso de apelação da autora parcialmente provido e recurso adesivo da requerida não provido, v.u.. “(TJSP - Relator(a): Manoel Justino Bezerra Filho; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/01/2010; Data de registro: 26/01/2010; Outros números: 970077200)*

“Art. 23. O locatário é obrigado a:

(...)

III – restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; ”

137. Do valor devido à EMAE deverão ser subtraídos os valores das benfeitorias úteis ou necessárias realizadas pela Petrobras/BSE, seja em razão do disposto na citada Cláusula 8.2.1 do Contrato de Arrendamento, seja em razão da regra geral estabelecida no artigo 578 do Código Civil, segundo a qual “[s]alvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador”.

138. A apuração (tanto do estado da Usina e dos passivos patrimoniais e ambientais existentes, como de eventuais créditos por benfeitorias a serem compensados) deverá ser feita por meio de *avaliação por empresa independente escolhida de comum acordo pelas PARTES*”, conforme Cláusula 6.2 (a) e (b).

139. Na impossibilidade de escolha em conjunto, ou havendo urgência e conveniência, poderá a EMAE elaborar uma avaliação prévia ou mesmo promover uma ação de produção antecipada de provas, para elaborar esse laudo em juízo. Voltaremos ao tema mais adiante.

B) RESOLUÇÃO IMOTIVADA DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DA USINA

140. Na hipótese de a BSE dar por encerrado o Contrato de Arrendamento *antes* de uma decisão final e definitiva do MME sobre a prorrogação da concessão já recomendada pela ANEEL ou, ainda, antes mesmo do escoamento do prazo de 2 (dois) anos de prorrogação sugerido pela ANEEL, terá a EMAE o direito de postular indenização, sob a alegação de ter havido a resolução imotivada da avença e a devolução antecipada da Usina.

141. Imotivada terá sido a resolução, neste caso, por não ter se operado a condição resolutiva expressa prevista na Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento, já mencionada.

142. Conseqüentemente, a devolução da Usina, se ocorrer, será feita de forma *antecipada* em relação ao prazo acordado no Contrato de Arrendamento (ou ao menos em relação ao prazo de prorrogação já sugerido pela ANEEL, durante o qual entende-se que a concessão está vigente, ainda que de modo precário, como exposto acima).

143. A devolução antecipada também é modalidade de inadimplemento, como visto em capítulo anterior, caracterizando a culpa da BSE. Presentes também, o nexo de causalidade e o dano, pois a devolução antecipada terá o condão de frustrar o recebimento do preço do arrendamento devido até o escoamento do prazo original, caracterizando lucros cessantes.

C) IMPLEMENTAÇÃO DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA POR CULPA DA BSE

144. Também na hipótese de MME proferir decisão indeferindo o pedido de prorrogação da concessão – fazendo com que a condição resolutiva expressa do Contrato de Arrendamento (Cláusula 5.1.3) se opere – terá a EMAE a possibilidade de postular indenização contra a BSE, sob o argumento de que a BSE deu causa ou contribuiu decisivamente para o indeferimento da prorrogação postulada.

145. Como visto em capítulo anterior, a postura da BSE de deixar que a Usina se degradasse, de requerer a desmobilização das Unidades Geradoras 1 e 2, de fechar o ciclo da Usina, e de se manifestar perante a ANEEL em sentido diametralmente oposto à real intenção de continuar explorando a concessão, podem ser interpretados – dependendo do teor da decisão final do MME – como fatores determinantes para o indeferimento da prorrogação.

146. Nessa hipótese, não terá a BSE – em razão da Teoria dos Atos Próprios, da proibição de *venire contra factum proprium* e da vedação à alegação da própria torpeza – como sustentar a resolução legítima do Contrato de Arrendamento, tampouco de se esquivar do pagamento de indenização, pois terá dado causa ao término da avença.

147. Também poderá a EMAE sustentar que a implementação da condição resolutive expressa por culpa da própria BSE constitui violação ao princípio da boa-fé objetiva e abuso de direito, ensejando o dever da BSE de indenizar a EMAE pelo término do Contrato de Arrendamento, à luz dos já citados artigos 129, 422 e 187 do Código Civil.

V. VALOR DA INDENIZAÇÃO

148. O Contrato de Arrendamento estabeleceu a seguinte multa compensatória (Cláusula 11.1) para a hipótese de inadimplemento:

“11.1. Na hipótese de inadimplemento de uma das PARTES nos termos do item 9.1 da Cláusula Nona, a PARTE adimplente terá direito, além da resolução do Contrato, conforme previsto no item 10.1 da Cláusula Décima, ao pagamento, pela PARTE inadimplente, de multa no valor equivalente a 10% (dez por cento) do valor global mencionado no item 3.1, corrigido pelo IGPM desde o cumprimento das condições suspensivas previstas na Cláusula Quinta.”

149. O valor global do contrato (R\$ 765 milhões, conforme Cláusula 3.1), devidamente corrigido pelo IGPM, monta na presente data, a R\$ 1.425.676.064,90 (um bilhão, quatrocentos e vinte e cinco milhões, seiscentos e setenta e seis mil e sessenta e quatro reais e noventa centavos), de modo que a multa compensatória equivale a R\$ 142.567.606,50 (cento e quarenta e dois milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, seiscentos e seis reais e cinquenta centavos).

150. O artigo 412 do Código Civil prevê que *“o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”*. A hipótese em tela não se enquadra nessa vedação, pois a *“obrigação principal”* em aberto será a obrigação de pagar o saldo do preço do arrendamento pelo prazo contratual remanescente que vier a ser descumprido pela BSE.

151. Para fazer um exercício de raciocínio, observe-se que, na presente data, restam a cumprir sete anos e cinco meses de contrato (considerando-se o vencimento em abril de 2024), sendo devidos mais 15 (quinze) alugueres semestrais. Considerando o valor atualizado aproximado das parcelas anuais do arrendamento, de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), conforme Cláusula 3.1 e 3.4 do Contrato, é possível afirmar que o saldo remanescente de obrigações da BSE a cumprir é de R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais), muito superior ao valor da multa compensatória.

152. Ainda que se considere apenas o prazo de prorrogação já recomendado pela ANEEL, de 2 (dois) anos, a partir do Despacho nº 3241/2015, de setembro de 2015, haveria no mínimo mais uma prestação semestral a vencer, relativa ao período de outubro a março de 2017, vencendo-se ainda as demais prestações semestrais até a efetiva devolução da Usina.

153. Não se descarta, no entanto, a possibilidade de a BSE pedir a redução equitativa da multa compensatória, com amparo no artigo 413 do Código Civil⁵⁶, sob a alegação de que cumpriu parte do prazo contratual e, ainda, de que o montante da penalidade é manifestamente excessivo.

154. Entendemos haver bons argumentos para refutar essa pretensão.

155. Em primeiro lugar, porque cumprir parte do prazo contratual não equivale a cumprir parte das obrigações cujo inadimplemento ensejaria o pedido de indenização. A obrigação de obter novo ato autorizativo não terá sido cumprida. Tampouco a obrigação de restituir os Bens arrendados no estado em que se encontravam.

⁵⁶ *"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."*

156. Em segundo lugar, porque o valor da penalidade, justamente por não exceder, nem se aproximar ao valor da obrigação principal pendente de cumprimento (saldo do preço do arrendamento), não parece ser excessiva, mas justa e adequada a compensar os prejuízos (inclusive lucros cessantes) experimentados pela EMAE com o encerramento prematuro do Contrato de Arrendamento.

157. A *ratio essendi* do artigo 413 do Código Civil é evitar o enriquecimento sem causa do credor da multa. Desta feita, entendemos ser possível sustentar, com boas chances de êxito, que o pagamento de multa compensatória de R\$ 142 milhões, pelo encerramento prematuro de um contrato que ainda renderia R\$ 1,2 bilhão à EMAE, não representa penalidade excessiva, mas sim equivalente aproximadamente 12% (doze por cento) do saldo contratual frustrado com o término do contrato, inferior ao percentual de 20% (vinte por cento) do valor dos alugueres que seriam devidos até o final da avença, que tem sido admitido pela jurisprudência⁵⁷.

158. Superada a questão relativa ao valor da multa compensatória, cumpre analisar a possibilidade de cumulá-la com outras verbas.

⁵⁷ *"Locação de bens móveis. Equipamentos de telefonia. Cobrança de multa contratual rescisória de natureza compensatória. Rescisão unilateral pretendida pela ré, mas mediante pagamento de multa. Possibilidade de redução da cláusula penal estipulada no contrato. Observância do art. 413 do Código Civil. Recurso parcialmente provido. Havendo resilição do contrato por ato unilateral da ré, deve a parte infratora ser condenada ao pagamento de cláusula penal. No entanto, revelando manifestamente excessiva a multa estipulada, deve o juiz reduzir de forma equitativa, observando a natureza e finalidade do negócio, nos termos do artigo 413 do Código Civil. A multa contratual rescisória prevista em patamar correspondente "à metade dos aluguéis devidos até o final do prazo contratual" revela-se desproporcional e incompatível com a finalidade e natureza do negócio firmado entre as partes, bem como o tempo decorrido do cumprimento parcial da avença, devendo a multa ser **reduzida ao patamar de 20% do valor dos aluguéis que seriam devidos até o final do prazo contratual, segundo interpretação que se coaduna com a boa-fé objetiva e atende ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.**" (TJSP Relator(a): Kioitsi Chicuta; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/06/2016; Data de registro: 09/06/2016);*

*"Locação de equipamentos de telefonia pelo prazo de 36 meses. Rescisão unilateral pela locatária no 12º mês. Cláusula penal de 50% sobre os alugueres devidos até o final do prazo contratual. Valor excessivo. **Redução para 20%. Aplicação do art. 413 do Código Civil.** Recurso parcialmente provido." (TJSP - Relator(a): Pedro Baccarat; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/04/2012; Data de registro: 27/04/2012)*

159. O artigo 410 do Código Civil dispõe que, em caso de inadimplemento, a parte prejudicada pode optar por exigir o cumprimento da obrigação, acrescida de multa moratória, ou postular a resolução do contrato e o recebimento da multa compensatória estipulada⁵⁸.

160. Assim, optando pelo encerramento do contrato (ou deparando-se com o encerramento pela parte adversa), cabe à parte prejudicada pelo inadimplemento, em princípio, cobrar a multa compensatória e nada mais, pois tal verba já representa a prefixação das perdas e danos para o caso de inexecução da obrigação.

161. Como anota Theotonio Negrão, em comentário ao artigo 410 do Código Civil, “o credor pode exigir **ou** o cumprimento da obrigação, **ou** a satisfação da cláusula penal. Optando por esta, não pode, em regra, pedir nenhuma outra indenização, na medida em que as perdas e danos já estão prefixadas na cláusula penal. O recebimento de indenização suplementar, ou seja, de valor que supere o previsto na cláusula pena, somente pode ter lugar se as partes dispuseram expressamente a respeito e houver prova do prejuízo excedente (*art. 416 § ún.).”

162. GUSTAVO TEPEDINO e outros, no mesmo sentido, observam que “*tendo a cláusula penal a natureza de pré-fixação das perdas e danos, vedada apresenta-se sua cumulação com outra pretensão reparatória, quando a pena convencional mostrar-se inferior ao prejuízo experimentado; a menos que as partes, expressamente, tenha previsto ‘indenização suplementar, hipótese em que ao credor será obrigatória a comprovação do prejuízo excedente, valendo a cláusula pena como mínimo indenizatório.*”⁵⁹

⁵⁸ Como enfatiza ORLANDO GOMES, “[a] parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução. Embora algumas legislações disponham que não podem ser pedidas conjuntamente, o Direito pátrio, segundo orientação do suíço, admite a cumulação. Se as partes houverem estipulado cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta se converte em alternativa a benefício do credor. Estipulada, no entanto, para o caos de mora, o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o adimplemento da obrigação principal.” (in *Contratos*, 15ª Ed., Forense, Rio, 1995, p. 176).

⁵⁹ GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Código Civil Interpretado*, 2ª Ed., Renovar, p. 752.

163. O artigo 416 do Código Civil é claro a respeito:

“Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

164. Diante dessa disciplina legal, a jurisprudência⁶⁰ tem considerado descabido o pedido de indenização suplementar, excedente ao valor da cláusula penal compensatória fixada em contrato, nas hipóteses em que o direito à tal indenização suplementar não tenha sido previsto no próprio contrato.

⁶⁰ “APELAÇÃO – Ação de cobrança c/c indenização – Parcial Procedência – Atraso na entrega das obras – Entraves administrativos não se enquadram na definição de caso fortuito ou força maior – Cláusula penal, prevista contratualmente, para mora das partes – Desnecessária comprovação do prejuízo e **impossibilidade de requerer indenização suplementar, não prevista contratualmente, art. 416, CC** – Valor arbitrado com equidade e que não comporta redução – Inovação dos pedidos constantes nas razões recursais – Inadmissibilidade – Honorários advocatícios não devem ser compensados – Fixação em 10% sobre o valor atualizado da causa – Recurso do autor Parcialmente Provido e Improvido o recurso das requeridas.” (TJSP - Relator(a): Egidio Giacoia; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/09/2016; Data de registro: 08/09/2016);

*“Inadimplemento de contrato administrativo – Interesse de agir – Possibilidade de rescisão unilateral – Faculdade da Administração que não afasta o interesse de agir – Gravação ambiental – Realização por um dos interlocutores – Admissibilidade – Repercussão Geral – Questão que exige conhecimento técnico específico – Necessidade de realização de perícia – Culpa da vítima afastada – Caso fortuito – Chuvas no verão – Ausência de imprevisibilidade – Não caracterizado – Atrasos no pagamento – Ausência de configuração das hipóteses previstas nos arts. 57, § 1º VI ou 78, XV, da Lei nº 8.666/93 – **Perdas e danos – Cláusula penal – Ausência de previsão de indenização suplementar** – Recursos não providos.” (TJSP - Relator(a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Comarca: Santa Isabel; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/08/2016; Data de registro: 24/08/2016);*

*“MULTA CONTRATUAL. Aplicação invertida da multa prevista contratualmente para o caso de mora de adquirente. Cláusula penal. Pedido dos alugueres em razão da não entrega do imóvel que fica indeferido, até porque não ocorreu pagamento integral do preço. Sem quitação total não é possível afirmar que houve privação do uso de patrimônio (lucros cessantes). **Não há de se falar em concomitante exigibilidade de cláusula penal com indenização suplementar. Art. 416, pú, do Código Civil. Adotada a prefixação dos danos, não há espaço para outras pretensões, inclusive reparação por dano moral.** – Recursos não providos.” (TJSP - Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/05/2016; Data de registro: 05/05/2016);*

165. Como enfatizou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

*“É possível ao credor exigir indenização suplementar **desde que previamente convencionalada** na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do promitente-comprador ainda que o contrato estabeleça uma cláusula penal compensatória. Isso porque a estipulação de cláusula penal não exclui a possibilidade de indenização suplementar previamente pactuada, hipótese em que a cláusula penal servirá de patamar mínimo para a indenização, nos termos dos artigos 389 e 416, parágrafo único, do CC/2002.*

A previsão normativa de uma indenização suplementar, novidade do CC/2002, tem inspiração no princípio da reparação integral. O princípio da reparação integral possui duas funções no âmbito da responsabilidade civil: estabelecer um piso indenizatório e, ao mesmo tempo, um teto indenizatório” (REsp 1258998/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 06/03/2014)

166. A aplicação dessas regras ao caso concreto conduz a dois resultados diversos.

167. No tocante aos pedidos de indenização fundados no descumprimento da obrigação de meio (de obter a renovação da concessão ou novo ato autorizativo), na devolução antecipada da Usina ou na resolução do Contrato de Arrendamento sem justa causa, a existência de cláusula penal compensatória na avença, sem a ressalva do direito da EMAE a pedir indenização suplementar, serve para limitar – ou estabelecer um teto – ao valor da verba indenizatória que poderá ser conferida à empresa nessas hipóteses.

*“AÇÕES DE RESCISÃO CONTRATUAL APENSADAS. INADIMPLEMENTO DOS COMPRADORES INCONTROVERSO. DISCUSSÃO QUANTO AOS VALORES A SEREM RESTITUÍDOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS FEITOS. INSURGÊNCIA DOS ADQUIRENTES. ACOLHIMENTO. **CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS AFASTADA. APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR NÃO PREVISTA NO CONTRATO. PEDIDOS INDENIZATÓRIOS FORMULADOS PELA VENDEDORA NÃO PODERIAM SER ACOLHIDOS.** APELAÇÃO DOS ADQUIRENTES PROVIDA. 1. Sentença que julgou parcialmente procedentes as ações de rescisão contratual apensadas, determinando a devolução de 90% da quantia paga pelos compradores de uma só vez, com indenização pelas benfeitorias regulares, e abatimento de eventuais tributos e despesas administrativas incidentes sobre o imóvel. Os compradores também foram condenados ao pagamento de aluguéis. 2. Hipótese em que o inadimplemento dos compradores é incontroverso, discutindo as partes acerca dos valores a serem restituídos e aos valores devidos pelo desfazimento do contrato. 3. Insurgência dos adquirentes que deve ser acolhida, para afastar a condenação ao pagamento de alugueres. **Aplicação da cláusula penal compensatória estabelecida no contrato, o qual não estabelece a possibilidade da vendedora reclamar indenização suplementar. Art. 416, parágrafo único, CC.** 4. Ação ajuizada pela vendedora que tentou "burlar" a aplicação da referida cláusula, e deve ser julgada improcedente. 5. Apelação dos compradores provida”. (TJSP - Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 09/08/2016).*

168. Ainda que se reconheça terem sido três os eventos de inadimplemento e, ainda que se reconheça ser o valor da multa compensatória insuficiente para compensar todos os prejuízos (inclusive lucros cessantes) suportados pela EMAE em razão do encerramento prematuro do Contrato de Arrendamento, terá a EMAE o direito de exigir a multa compensatória uma só vez, sem direito à indenização suplementar, à luz dos artigos 410 e 416 do Código Civil.

169. No entanto, o próprio Contrato de Arrendamento previu a possibilidade de cobrança de indenização suplementar, para a hipótese de inadimplemento da obrigação de devolver os Bens arrendados no estado em que se encontravam quando da contratação, observada, apenas, a depreciação associada ao uso regular.

170. Nesse sentido, é clara a Cláusula 6.2 do Contrato de Arrendamento, já citada acima, ao estabelecer que será feita a avaliação *“dos passivos patrimoniais e ambientais”* por empresa independente, tendo tal avaliação *“o objetivo de determinar eventuais valores a serem compensados pela PETROBRAS a EMAE”*, sendo tal compensação devida *“sem prejuízo de quaisquer outros pagamentos, ressarcimentos e compensações previstos no presente Contrato”*.

171. Diante do teor da Cláusula 6.2 da avença, entendemos possível sustentar que a EMAE faria jus ao recebimento da multa compensatória prevista na Cláusula 11.1 do Contrato de Arrendamento em quaisquer das hipóteses de inadimplemento aventadas neste estudo, fazendo, jus, *também*, ao recebimento de compensação pelos passivos patrimoniais e ambientais decorrentes da falha da BSE em devolver a Usina no estado de uso e conservação em que a recebeu.

172. O valor da multa compensatória (R\$ 142 milhões) poderá ser questionado pela BSE, com amparo no artigo 413 do Código Civil, que prevê sua redução equitativa proporcionalmente à parcela do contrato que foi cumprida pela parte inadimplente. Mas há bons argumentos para rejeitar a revisão do valor da multa, por corresponder a apenas 10% (dez) por cento do valor global atualizado do Contrato, montante inferior ao valor das parcelas do preço do arrendamento ainda devidas pela BSE (R\$ 1,2 bilhão, se considerado todo o prazo contratual remanescente; R\$ 40 milhões, se considerados apenas os dois anos de prorrogação já recomendados pela ANEEL ao MME).

173. Já o valor da compensação devida pela falha em restituir os Bens arrendados no estado em que se encontravam não poderá exceder o valor necessário ao restabelecimento das condições operacionais da Usina.

174. A indenização pela deterioração da Usina há de ser feita levando em conta a comparação entre o estado do ativo no momento do arrendamento e o estado verificado no momento de sua devolução⁶¹. Mas sempre tendo como limite o valor do próprio ativo.

⁶¹ "Responsabilidade civil contratual. Locação de imóvel residencial. Deterioração do imóvel locado superior à decorrente do uso normal (Lei n. 8245/91, art. 23, III). Recurso principal. Preliminar. Cerceamento de defesa. Necessidade de prova pericial. Encerramento da fase instrutória em audiência sem insurgência da parte (CPC, art. 523, §3º). Preclusão (CPC, art. 473). Mérito. **Danos do imóvel locado. Confrontação das vistorias de entrada e saída assinadas pelas partes contratantes. Ratificação da prova oral. Indenização mantida.** Recurso Adesivo. Extensão da responsabilidade civil. Danos controversos. Fato constitutivo do direito do autor (CPC, art. 333, I). Ausência de prova. Sucumbência recíproca (CPC, art. 21). Sentença mantida. Recursos das partes improvidos." (TJSP - Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/10/2013; Data de registro: 04/10/2013; Outros números: 1300595000);

"Apelação Cível. Locação comercial. **Imóvel devolvido com extensa deterioração. Ação de indenização por danos materiais.** Extinção do processo em relação à sócia da locatária. Pessoa natural. Condição de sócio que não se confunde com a pessoa jurídica da qual participa. Procedência parcial do pedido em relação à inquilina e aos fiadores. Contrato que expressamente previu, no caso de cessão da posição contratual de locatário, que subsistiria a responsabilidade dos contratantes iniciais. **Danos comprovados em perícia, com estimativa do montante necessário à reconstrução.** Recurso provido em parte." (TJSP - Relator(a): Hélio Nogueira; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 13/02/2014; Data de registro: 14/02/2014; Outros números: 1179599700);

"LOCAÇÃO - DANOS AO IMÓVEL - RESPONSABILIDADE DA INQUILINA - TERMO DE VISTORIA - RECURSOS IMPROVIDOS. **Cabe ao locatário restituir o prédio, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do tempo e do uso normal. Se não o fizer, ficará sujeito à indenização relativa ao valor necessário para reparação do imóvel**".(TJSP - APL: 88819120098260602 SP 0008881-91.2009.8.26.0602, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 13/06/2012, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/06/2012);

175. Não poderá exceder o valor que o próprio ativo de geração teria, com as depreciações normais inerentes ao uso, caso fosse devolvido pela BSE em condições semelhantes às existentes quando da celebração do Contrato de Arrendamento.

176. Caso contrário, haveria enriquecimento sem causa da EMAE, vedado pelo art. 884 do Código Civil. Em nenhuma hipótese, a empresa poderia receber indenização em valor superior ao do próprio bem (considerado o seu estado de uso e conservação regular).

VI. MEDIDAS CABÍVEIS

177. Há basicamente três medidas relevantes a serem adotadas pela EMAE, em caso de não obtenção de um acordo com a BSE.

A) EXECUÇÃO OU COBRANÇA DO ARRENDAMENTO

178. A primeira medida consiste em ajuizar ação de execução ou ação de cobrança do preço do arrendamento, caso inadimplido antes da devolução da Usina à EMAE.

179. Como mencionado em capítulo anterior, o preço do arrendamento é devido em razão do uso dos Bens arrendados, sendo, conseqüentemente, exigível até a efetiva devolução da Usina e seus equipamentos à EMAE.

180. Assim, qualquer iniciativa da BSE de suspender ou interromper o pagamento das parcelas semestrais do arrendamento, desacompanhada da devolução formal (ainda que em juízo) da Usina à EMAE, ensejará a cobrança do valor da(s) parcela(s) inadimplida(s).

"AGRAVO RETIDO. Insurgência contra indeferimento da assistência judiciária. Não acolhimento, ante a não comprovação do estado de necessidade. Benefício negado. Recurso não provido. LOCAÇÃO. Dever do locatário de devolver o imóvel no estado em que o recebeu, salvo deteriorações decorrentes do seu uso normal. Inteligência do art. 22, inciso III, da Lei 8.245/91. Imóvel entregue ao inquilino em boas condições, consoante laudo de vistoria realizada no início da locação, porém devolvido em péssimo estado, conforme fotografias e orçamento que acompanharam a inicial. Indenização devida, excluídas apenas as verbas relativas a problemas na estrutura hidráulica e elétrica do imóvel, pois não demonstrada a responsabilidade do inquilino, notadamente em face da idade do imóvel. Reconhecida sucumbência do réu, porque o autor decaiu de parte mínima do pedido. Recurso parcialmente provido." (TJSP - APL: 00080434520078260562 SP 0008043-45.2007.8.26.0562, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 27/08/2013, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/08/2013).

181. A cobrança poderá se dar, de modo conservador, mediante o ajuizamento de ação de cobrança, de rito ordinário, medida que não comportaria discussões processuais, mas apenas discussão quanto ao mérito da pretensão.

182. Mas a cobrança também poderá se dar mediante o ajuizamento de ação de execução, medida mais drástica que permitiria a penhora de bens da BSE, logo após a citação, podendo ainda, ensejar a venda de bens em leilão, para pagamento da dívida inadimplida (artigos 824 e 829 do Código de Processo Civil⁶²), em caso de os embargos à execução oferecidos pela BSE serem recebidos em efeito suspensivo (artigos 914 e 919 do Código de Processo Civil⁶³).

⁶² *“Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.”*

“Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.”

⁶³ *“Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.*

§ 1º Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado.”

“Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens.”

183. A execução seria cabível, por reunir o Contrato de Arrendamento as características de título executivo extrajudicial, elencadas no artigo 784, III, do Código de Processo Civil⁶⁴, visto se tratar de documento particular devidamente assinado pela devedora BSE e por duas testemunhas.

184. No entanto, além do aspecto formal, o título precisa também, sob o aspecto material, representar uma *"obrigação certa, líquida e exigível"* (art. 783 e art. 803, inc. I, do CPC).

185. Certeza é a *"existência da obrigação"*⁶⁵; *"da qual decorra a obrigação de alguém de prestar a outrem uma coisa, uma quantia"*⁶⁶; *"é preciso que o ato consigne claramente um direito de crédito"*⁶⁷.

186. Neste sentido, se verifica a *certeza* diante do teor da Cláusula 3.1 do Contrato de Arrendamento, que estabelece a obrigação de pagamento do preço do arrendamento semestralmente, *"durante todo o prazo de vigência do contrato"*.

187. Assim, enquanto não encerrada a vigência do contrato, com a restituição dos Bens arrendados, com se viu capítulos acima, devido será o preço do arrendamento.

188. A BSE poderá argumentar que a Cláusula 5.1.1 do Contrato de Arrendamento prevê a suspensão da vigência da avença enquanto não emitido novo ato autorizativo da ANEEL.

189. No entanto, a EMAE poderá utilizar dois argumentos para rebater essa alegação.

⁶⁴ *"Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:*

(...)

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;"

⁶⁵ ARAKEN DE ASSIS, *Manual da Execução*, 18ª. ed., Revista dos Tribunais, p. 211.

⁶⁶ TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Título Executivo e Liquidação*, 2ª. ed., Revista dos Tribunais, p. 144.

⁶⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Execução Civil*, 8ª. ed., Malheiros, p. 510.

190. O primeiro, consistente no fato de que a ANEEL já recomendou a prorrogação da concessão por pelo menos 2 (dois) anos. Esse ato pode ser interpretado como um ato autorizativo ainda que em caráter precário (sujeito à confirmação pelo MME).

191. O segundo, consistente no fato de que o preço do arrendamento representa a contrapartida pelo *uso* dos Bens arrendados. Enquanto estiverem sob a posse da BSE, o arrendamento é devido, como visto acima.

192. A *liquidez* é atributo que refere ao *valor* da obrigação. Não é necessário que o título se refira, desde logo, a um valor determinado, mas que seja o valor *determinável* pelos elementos constantes do título. *"A liquidez significa a simples determinabilidade do valor (quantum debeat) mediante cálculos aritméticos (p. 214)*

193. Questão, no entanto, que desperta maior discussão é a necessidade de apuração do valor decorrer do disposto no próprio título. Segundo tradicional lição doutrinária, *"o crédito diz-se líquido quando 'dispensa qualquer elemento extrínseco para se lhe saber o importe'"*⁶⁸. Ainda neste sentido: *"sendo necessário buscar elementos aliunde, faltarão o requisito da liquidez"*⁶⁹.

194. É a hipótese concreta, em que o preço do arrendamento está estabelecido expressamente na Cláusula 3.1 do Contrato, que também estabelece o critério para sua atualização, inclusive em caso de inadimplemento, conforme Cláusulas 3.3 e 3.4 da avença.

195. *Exigibilidade*: terceiro elemento para admissibilidade da execução é a *exigibilidade*, que é o *"vencimento da dívida"*⁷⁰.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IX, Forense, 1976, pp.385/386.

⁶⁹ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Execução Civil*, 8ª. ed., Malheiros, pp. 513/514.

⁷⁰ HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Processo de Execução*, 21ª. ed., Leud, p. 174.

196. No caso, partindo de premissa de o Contrato de Arrendamento só será extinto se o MME não autorizar a prorrogação da concessão e ainda, depois que a BSE efetivamente restituir a Usina à EMAE, torna-se possível sustentar que o não pagamento do preço do arrendamento, na periodicidade avençada (semestral), torna a dívida vencida.

197. A Ação de Execução, como dito, tem a vantagem de permitir a penhora de bens da BSE logo no início do processo, ensejando, ainda, a venda judicial de tais bens, após a competente avaliação, em caso de os embargos à execução da BSE não serem recebidos com efeito suspensivo.

198. No entanto, a Ação de Execução traz o risco de discussão de questões processuais, como o descabimento da medida, ou a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade da dívida. Embora a presença de tais requisitos no caso concreto seja bastante defensável, como visto acima, há o risco de o Juiz do caso entender de forma diversa e acolher eventual defesa processual da BSE, extinguindo o processo apenas em razão do descabimento da via eleita.

199. Nessa hipótese, estaria a EMAE sujeita ao risco de pagamento de honorários de sucumbência fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da causa (artigos 85 do Código de Processo Civil⁷¹).

200. O mesmo risco existe para o caso de o Juiz julgar improcedente a ação de cobrança - pois teria a EMAE que atribuir à causa o valor das parcelas do arrendamento postuladas contra a BSE, sujeitando-se a mesma regra de sucumbência estabelecida no artigo 85 do Código de Processo Civil).

⁷¹ "Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: ..."

201. Mas na ação de cobrança não haveria “discussão processual” sobre o cabimento da via eleita, já que o processo de conhecimento pode ser manejado por quem busca o reconhecimento de um direito e a formação de um título executivo. A execução, no entanto, só pode ser manejada por quem já tenha título executivo contendo obrigação líquida certa e exigível.

B) PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

202. A segunda medida cabível -- que pode ser manejada concomitantemente à primeira e a terceira medidas tratadas nesse capítulo – consiste no ajuizamento da ação de produção antecipada de provas.

203. Tradicionalmente tratada como medida de natureza cautelar, voltada apenas a evitar conservar determinada prova em risco de perecimento, a medida passou a ser vista pela doutrina e jurisprudência, antes mesmo do advento do novo Código de Processo Civil, como um direito autônomo do autor, voltada a aferir a viabilidade ou conveniência do ajuizamento de demanda futura:

“a produção antecipada de prova não tem apenas efeito conservativo ou de segurança, para evitar o perecimento da prova. A medida serve também à coleta de dados para o conhecimento de determinados fatos, ou à aferição da viabilidade ou conveniência do ajuizamento de demanda futura” (TJSP – 1ª C. D. Empresarial, Apel. 0189209-62.2014.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 05.12.2013).

204. Trata-se de entendimento, como enaltece HUMBERTO THEODORO JUNIOR, que *“alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura instrução no juízo contencioso. Reconhece riscos jurídicos que podem dificultar e comprometer a defesa de situações jurídicas por falta de prova pré-constituída, o que, por isso, justificaria a busca de sua obtenção antes de enfrentar o possível debate processual. Evitar-se-iam, dessa forma, demandas temerárias ou inadequadas à real situação da controvérsia”*⁷².

⁷² HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Volume II, 45ª. ed., Forense, p. 599.

205. Tanto que, validando este entendimento doutrinário e jurisprudencial, o Novo Código de Processo Civil alargou expressamente as hipóteses que ensejam o cabimento da medida cautelar de produção antecipada de provas, conforme artigo 381, *in verbis*:

"Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação."

206. No caso concreto, constitui requisito para a formulação de pretensão indenizatória a comprovação, pela EMAE, da discrepância entre o estado em que se encontrava a Usina quando da celebração do arrendamento e o estado existente no momento da desocupação pela BSE.

207. Diante disso – e antes que transcorra grande lapso temporal entre a devolução ou desocupação da Usina pela BSE e a realização de uma avaliação independente por empresa escolhida de comum acordo entre as partes (conforme prevê a Cláusula 6.2 (a) da avença) – é importante que a EMAE obtenha a constatação do estado atual da Usina.

208. A elaboração de um laudo de avaliação particular poderá ser útil. Mas por se tratar de documento unilateral, elaborado sem contraditório, tal laudo poderá ser questionado com maior facilidade pela BSE.

209. Assim, caso a EMAE não chegue a um consenso com BSE para a contratação de uma avaliação independente feita por empresa indicada de comum acordo; ou, ainda, na iminência de a BSE simplesmente desocupar (abandonar) a Usina, será conveniente ajuizar uma ação de produção antecipada de provas, para realizar, sob o crivo do Poder Judiciário e mediante contraditório (com a participação da BSE, que será citada para acompanhar a ação), uma completa avaliação da Usina, para constatação de suas condições atuais.

C) AÇÃO INDENIZATÓRIA

210. A terceira medida cabível é a Ação de Indenização em face da BSE, fundada em qualquer das modalidades de inadimplemento contratual (ou todas conjuntamente) descritas no presente memorando.

211. No entanto, o ajuizamento da Ação de Indenização pressupõe a resolução prévia do Contrato de Arrendamento ou a devolução (ou abandono) da Usina.

212. Em termos práticos, são quatro os cenários que poderão ensejar o ajuizamento de Ação de Indenização, caso não haja acordo com a BSE.

213. Primeiro cenário: a BSE notifica a EMAE, dando o Contrato de Arrendamento por resolvido de pleno direito, antes de uma decisão final do MME sobre a prorrogação da concessão. Nesse caso, a EMAE terá Ação de Indenização, podendo postular a declaração de ilegalidade da resolução (que terá sido imotivada), bem como o pagamento da multa compensatória e o ressarcimento dos prejuízos causados pela deterioração dos Bens arrendados.

214. Segundo cenário: a BSE simplesmente abandona a Usina, desocupando-a. Nesse caso, a EMAE terá Ação de Indenização, podendo postular a rescisão (ou resolução) do Contrato de Arrendamento por culpa da BSE, bem como o pagamento da multa compensatória e o ressarcimento dos prejuízos causados pela deterioração dos Bens arrendados.

215. Terceiro cenário: a BSE aguarda a decisão do MME e, uma vez negativa (ou decorridos os dois anos de prorrogação já recomendada), notificação a EMAE dando o contrato por resolvido de pleno direito, em razão da implementação da condição resolutive expressa da Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento.

216. Nesse caso, a EMAE pode ajuizar Ação de Indenização, requerendo a declaração de que a resolução contratual se deu por culpa da BSE e postulando, conseqüentemente, o pagamento da multa compensatória e indenização pela degradação da Usina.

217. Quarto cenário: a BSE ajuíza ação judicial contra a EMAE, buscando o decreto de resolução do Contrato de Arrendamento e a devolução da Usina em juízo.

218. Nesse caso, a EMAE poderá oferecer reconvenção, para postular a declaração de resolução por culpa da BSE, bem como exigir a multa compensatória e indenização pela degradação da Usina.

219. Há vários outros cenários possíveis, mas esses são os mais relevantes e prováveis.

220. É importante destacar, mais uma vez, a importância de a EMAE estar pronta para comprovar os prejuízos suportados em razão da não devolução dos Bens arrendados no estado em que se encontravam quando foram arrendados.

221. Tal comprovação terá que ser feita em qualquer dos quatro cenários acima descritos.

222. Para que esteja preparada, a EMAE deverá manejar, no momento certo (antes ou logo após a desocupação da Usina pela BSE) a competente ação de produção antecipada de provas recomendada no capítulo anterior.

VII. ACORDO V. JUDICIALIZAÇÃO

223. A Petrobras, controladora da BSE, formulou recentemente, em 26.08.2016, proposta de acordo à EMAE, pela qual se dispôs a:

- (i) pagar R\$ 180.000,00 (cento e oitenta milhões de reais) à EMAE, em seis parcelas de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões) cada;
- (ii) alugar o terreno em que se encontra a UTE Fernando Gasparian, por R\$ 1,5 milhão por semestre, até o fim de sua outorga; e, ainda,

- (iii) celebrar um contrato de industrialização por encomenda para fornecimento de água em vapor à UTE Piratininga, pelo prazo de 3 anos, ao custo máximo de R\$ 104 milhões por ano para a EMAE.

224. A proposta foi formulada sob condição resolutiva obscura (deverá haver prorrogação da concessão da Usina pelo MME até 30.11.2016), motivo pelo qual foi objeto de pedido de esclarecimentos feito pela EMAE à Petrobras.

225. Para comparação entre o acordo (caso as condições da proposta da Petrobras sejam satisfatoriamente esclarecidas) e o ajuizamento de ação judicial contra a BSE, é necessário, em primeiro lugar, compreender as chances de êxito de cada uma das teses e medidas cabíveis.

226. Nesse sentido é o quadro a seguir:

Quadro I – Teses, Medidas e Chances de êxito

Tese	Consequência jurídica	Expressão econômica	Medida Cabível	Chance de êxito*
Arrendamento em vigor até decisão do MME ou devolução da Usina	Execução do preço do arrendamento (caso inadimplido)	R\$ 40 milhões por semestre	Ação de Execução ou Ação de Cobrança	75%
Devolução antecipada da Usina e/ou Inadimplemento da obrigação da BSE de obter novo ato autorizativo e/ou Resolução do Contrato por culpa da BSE	Direito à multa compensatória em caso de devolução antecipada da Usina	Multa de 10% do valor global atualizado do Contrato (R\$ 142 milhões)	Ação de Indenização	> 50%
Degradação da Usina (não devolução dos Bens arrendados no mesmo estado de uso e conservação em que se encontravam)	Direito à indenização para ressarcimentos dos custos necessários à recuperação das condições da Usina	Valor máximo será o próprio valor da Usina	Produção Antecipada de Provas e Ação de Indenização	> 75% (Produção Antecipada de Provas) > 50% (Ação de Indenização)

* Classificação das chances de êxito:

- 25%: remota
- 50%: possível
- 75%: provável

Os símbolos < ou > servem para diminuir ou intensificar as chances de êxito, situando-as entre duas categorias. Um processo com classificação > 50%, por exemplo, tem chance de êxito superior a possível e inferior a provável, situando-se no intervalo entre 50% e 75%.

227. A seguir, apresentamos um quadro contendo os principais elementos passíveis de comparação, presentes tanto na solução negociada, como na judicialização:

Quadro II – Acordo v. Judicialização

Elemento	Acordo	Judicialização	Maior vantagem
Tempo até solução final	60 dias	5 anos	Acordo
Custo até solução final	Despesas ordinárias	Custas judiciais e honorários de advogado externo	Acordo
Fluxo de pagamentos	Mais 6 meses garantidos	2 anos: execução das parcelas inadimplidas 5 anos: recebimento de multa e indenização	Acordo
Valor das parcelas do arrendamento	R\$ 30 milhões/ semestre, por 6 meses	R\$ 40 milhões/semestre até efetiva desocupação	Judicialização
Indenização	R\$ 180 milhões	Valor da UTE	Judicialização
Multa compensatória	N/A	R\$ 142 milhões	Judicialização
Risco de perda	Inexistente	Remoto, mas existente	Acordo
Honorários de sucumbência	N/A	10% a 20% do valor da causa	Acordo
Retomada da Usina e custos de manutenção	Imediata	Somente com a devolução pela BSE	Judicialização
Responsabilidade por novo ato autorizativo	EMAE	BSE	Judicialização

228. Tecnicamente, parece haver um empate entre as duas soluções, não sendo possível precisar, antecipadamente, qual traria maior vantagem à EMAE. Cabe a V. Sas., portanto, ponderar quais os elementos mais sensíveis e relevantes, para a tomada de decisão.

* * * * *

É o que nos cumpria, por ora, ponderar, colocando-nos à inteira disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,



CORREIA, FLEURY, GAMA E SILVA – ADVOGADOS

André de Luiz Correia

Relação de Anexos analisados para elaboração do presente Memorando

Anexo I: Contrato de Arrendamento;

Anexo II: Resolução Autorizativa ANEEL nº 1.218, de 22 de janeiro de 2008;

Anexo III: 2º Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento;

Anexo IV: Contrato de Concessão para Geração de Energia Elétrica Destinada a Serviço Público nº 001/2008;

Anexo V: Processo ANEEL nº 48500.002658/2005-48;

Anexo VI: Ofício nº BSE – 703/2012;

Anexo VII: Ofício BSE – 068/2013;

Anexo VIII: Ofício BSE – 065/2015);

Anexo IX: Voto e Ata da 34ª Reunião Pública Ordinária da Diretoria da ANEEL;

Anexo X: Despacho ANEEL nº 3241/2015;

Anexo XI: Correspondência da EMAE, de 05.10.2015;

Anexo XII: Ofício BSE - 107/2015;

Anexo XIII: Ofício nº 1.764/2015–SCG/ANEEL;

Anexo XIV: “Derradeira” proposta de acordo formulada pela Petrobras em 26.08.2016.

* * * * *