

Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões¹

Rafael Véras de Freitas

Professor Convidado e Coordenador dos Cursos de Infraestrutura e do Módulo de Concessões na FGV. Diretor de Obras Públicas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo do IAB. Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de investigar as matérias que poderão ser submetidas à arbitragem em contratos de concessão de serviço público. Pretende-se investigar o conceito de arbitrabilidade objetiva nesses contratos, apresentando as peculiaridades que envolvem a redação de cláusulas compromissórias em contratos de longo prazo.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Arbitragem. Contratos de concessão. Equilíbrio econômico-financeiro. Bens reversíveis. Encampação. Rescisão.

Sumário: Introdução – **1** A consensualidade como vetor da adoção da arbitragem em contratos administrativos – **2** Da adoção da arbitragem em razão da incompletude dos contratos de concessão – **3** A arbitrabilidade objetiva nas concessões – Conclusões – Referências

Introdução

A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), representou um avanço no tema da “Arbitragem na Administração Pública”, sobretudo no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva.² É que, nos últimos anos, os tribunais brasileiros vinham se manifestando no sentido de que esse instrumento de solução alternativa de controvérsia só poderia ser utilizado por entidades da Administração Indireta que ostentassem personalidade jurídica de direito

¹ Agradeço à talentosa Pesquisadora Nadja Lírio do Valle pela dedicada ajuda na elaboração deste trabalho.

² Por essa razão, não serão expostas as já conhecidas controvérsias acerca da possibilidade de a Administração Pública se submeter ao procedimento arbitral, em razão do princípio da legalidade. Para esse desiderato, V. BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez. Pareceres. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 429-433, jan./mar. 2003. GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedade de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória, Pareceres. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 396-404, out./dez. 2002. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 215-261, abr./jun. 2004.

privado (empresas estatais).³ Mas não só, para além desse aspecto, esta nova disciplina jurídica interdita a possibilidade da celebração de arbitragem por equidade com a Administração Pública, bem como dispõe que esse expediente prediará da observância do princípio da publicidade, em atendimento ao disposto no artigo 37, *caput*, da CRFB.⁴

Porém, me parece que o novel diploma perdeu uma grande oportunidade de avançar no tema da arbitrabilidade objetiva, isto é, em estipular, pelo menos, uma lista exemplificativa de quais matérias poderão ser submetidas ao juízo arbitral quando se tratar de arbitragem que envolva o Poder Público. Essa aclaração seria salutar na medida em que a Lei nº 9.307/1996, em seu artigo 1º, se limitou a prever que poderão ser dirimidos, por meio desse procedimento, “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Nada obstante, não especificou o que seriam “direitos patrimoniais disponíveis”. Até o presente momento, esta temática vem sendo objeto de aguda controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sem que tenham sido estabelecidos critérios seguros delimitadores dessa matéria. No âmbito do Direito Privado, em regra, defende-se o entendimento segundo o qual “direitos patrimoniais disponíveis” seriam aqueles que não tenham por objeto “questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, nos termos do artigo 852 do Código Civil. Por outro lado, no âmbito do Direito Público, a doutrina jusadministrativista, ao longo dos anos, construiu o entendimento de que o interesse público primário (de toda a coletividade) não pode ser objeto de disposição por parte do Poder Público, ao passo que, distintamente, o interesse público secundário (relacionado, tão somente, com valores patrimoniais do Estado, referentes ao Erário) poderia ser objeto de formas alternativas de solução de conflitos.⁵

Tais entendimentos, embora de grande utilidade, servem de parâmetro inicial para a redação de cláusulas compromissórias em contratos administrativos. Isto porque, na prática, a modelagem dessas cláusulas é prenhe de complexidade, máxime em contratos de concessão, nos quais, por se tratarem de pactos incompletos, de

³ Nesse sentido, confira-se Agravo de Instrumento 481.023/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13.08.03. Mais recentemente, o tema veio a ser pacificado, por meio do REsp nº 904.813/PR, o STJ examinou, em 20 de outubro de 2011.

⁴ Para aprofundar essas questões, que não serão objeto deste ensaio, V. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

⁵ No mesmo sentido, Selma Lemes: “pode-se aferir que disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com indisponibilidade de interesse público. Destarte [...] indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração” (LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 131). No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedade de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória, Pareceres. In: *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 401, out./dez. 2002.

longo prazo e que veiculam a prestação de serviços públicos, é extremamente complexa a determinação de quais matérias poderiam ser submetidas ao procedimento arbitral. Nesse quadrante, o objetivo do presente ensaio é examinar os aspectos relacionados à arbitrabilidade objetiva nesses contratos, já que, desde a edição da Lei nº 11.196/2005, que introduziu o artigo 23-A na Lei nº 8.987/1995, é admitida a utilização de procedimento arbitral para a solução de disputas relacionadas com essa avença.

Eis o plano de trabalho deste ensaio: na sua primeira parte, apresentarei o que chamo de “aporte teórico para a utilização de arbitragem em contratos de concessão”, ocasião em que tratarei dos temas da consensualidade e da incompletude dos contratos de concessão como pressupostos para a utilização da arbitragem nesses contratos; e na segunda parte, abordarei, especificamente, as matérias que podem integrar o conceito de “arbitragem objetiva” nas concessões, a exemplo do equilíbrio econômico-financeiro, dos bens reversíveis, da encampação e da rescisão.

1 A consensualidade como vetor da adoção da arbitragem em contratos administrativos

Como já dito, o objetivo do presente ensaio é o de investigar os aspectos atinentes à arbitragem objetiva nos contratos de concessão. Antes, porém, permita-me apresentar as vertentes doutrinárias substantivas que legitimam a utilização da arbitragem em contratos de concessão – seja de cláusulas compromissórias, seja de compromissos arbitrais. A primeira tem de ver com a já assaz apontada pela doutrina pátria incidência do princípio da consensualidade⁶ nas relações travadas entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Essa mudança de paradigmas faz com que impere a necessidade de uma legitimidade reforçada da atuação da Administração Pública, por intermédio da participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa. O deslocamento da autoridade para o consenso passa a ter lugar quando a Administração deixa de se utilizar dos seus mecanismos de imposição unilateral de vontade (notadamente os atos administrativos) para travar diálogos com os destinatários de suas decisões. Trata-se de tendência há muito observada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁷ quando leciona

⁶ Maria João Estorninho destaca bem esta vertente: “É preciso ter presente a evolução [...] que conduziu à passagem da Administração autoritária ou agressiva, para a Administração de prestação ou constitutiva. Na verdade, a passagem da Administração Pública do Estado Liberal para a Administração do Estado Social, que já foi anteriormente analisada, implica uma nova visão das relações entre a Administração Pública e a lei e também, inevitavelmente, uma nova visão do procedimento” (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 247-252).

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011.

que “o antagonismo já propiciou, durante boa parte da história, o progresso da humanidade, mas, por outro lado, fomentou o acontecimento de guerras – duas quentes e uma fria”. E conclui, em passagem lapidar, que, por essa razão “a coordenação, por possibilitar uma convergência de expressões do poder, aumenta o grau de confiança do Administrado no Estado; daí o surgimento do princípio do Consenso, que se traduz no primado da concertação sobre a imposição”.

Essa, aliás, deve ser a tônica da Administração Pública hodierna. No atual contexto pós-positivista, em que ocorre a reaproximação entre direito e moral, exige-se do Estado a busca da legitimação de sua atividade, por meio da instauração de procedimentos permeados pela efetiva participação popular, que extraiam o seu fundamento valorativo do dever de salvaguarda e de efetivação de direitos fundamentais, ideais consagrados pelos processos democráticos substantivistas.⁸ Trata-se de uma decorrência própria do neoconstitucionalismo, segundo o qual as normas constitucionais irradiam seus efeitos na interpretação de toda a legislação infraconstitucional.⁹

O referido princípio do consenso se materializa pela celebração de pactos com a iniciativa privada, sejam eles contratos, que traduzem interesses antagônicos (v.g. contratos administrativos), sejam acordos de cooperação, que traduzem interesses convergentes (v.g. convênios, consórcios administrativos), sejam acordos substitutivos,¹⁰ cuja finalidade é pôr termo a conflitos administrativos. Outra consequência dessa mudança de paradigmas é muito bem observada por Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma,¹¹ quando asseveram que “a Administração Pública, em seu atual estágio de atuação, passa a recorrer com frequência cada vez maior a instrumentos normalmente considerados como exclusivos do Direito Privado, tais como contratos e outros mecanismos que permitem a negociação entre particulares e Administração Pública”.

Esses mecanismos de negociação terão lugar na celebração dos denominados *Instrumentos Consensuais da Administração Pública*. De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma,¹² em destacado estudo monográfico sobre o tema, a Administração pode

⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996 e DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55.

¹⁰ Sobre o tema, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

¹² PALMA, Juliana Bocorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 247-252.

celebrar os seguintes instrumentos consensuais com particulares: (i) os já referidos acordos substitutivos, que têm por fim substituir a penalidade que seria aplicada em sede de procedimento administrativo (v.g. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985); (ii) os acordos de integração, mediante os quais a Administração confere celeridade ao andamento de processos administrativos (v.g. celebração da desapropriação consensual, prevista no artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365/1941); e (iii) os acordos de complementação, por meio dos quais se visa a incrementar a eficácia das atividades administrativas, com o estabelecimento de obrigações mútuas entre o Poder Público e os particulares.

A nós, parece que a arbitragem em contratos de concessão se configura no que Juliana Bonacorsi de Palma denomina de “acordo de complementação”, na medida em que esta espécie de resolução de controvérsias estabelece obrigações recíprocas entre os contratantes (Poder Concedente e Concessionário), ainda que procedimentais, as quais, ao fim e ao cabo, resultam no atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade (artigos 37 e 70 da CRFB). Nesse sentido, Selma Lemes¹³ leciona que “a arbitragem como instrumento jurídico repercute favoravelmente na economia do contrato administrativo (à luz dos princípios jurídicos) e que gera eficiência para a contratante (Administração), para o contratado (agente privado) e para a sociedade, ao propiciar a redução no custo de transação”.

Isto porque tal procedimento de solução alternativa de controvérsias – permeado pela Consensualidade – se apresenta vantajoso para o Poder Público, na medida em que: (i) a resolução de disputas contratuais é realizada de forma mais expedita, já que a própria Lei nº 9.307/1996 dispõe que “nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro” (art. 23 da Lei nº 9.307/1996),¹⁴ tempo muito inferior ao trâmite de demandas judiciais, bem como estabelece um regime recursal reduzido, limitado à correção ou esclarecimento da sentença arbitral (art. 30 da Lei nº 9.307/1996);¹⁵ (ii) a resolução da controvérsia é levada a efeito por julgadores com notória *expertise* na matéria analisada, sendo necessário, apenas, que sejam capazes e de confiança das partes (art. 13 da Lei nº 9.307/1996); e (iii)

¹³ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 197.

¹⁴ No mesmo sentido, V. MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

¹⁵ Característica bem observada por José Emilio Nunes Pinto: “A arbitragem [...] dá lugar a uma decisão não mais sujeita a recurso, solucionando de vez a controvérsia. O marco legal a ela aplicável contém todos os mecanismos de preservação da regularidade do procedimento, sendo que, em caso de desvios, fica facultado o uso de remédios legais que reconheçam a nulidade da sentença arbitral, seja por meio de ação própria para a decretação de nulidade existente, seja em embargos do devedor, em caso de execução” (PINTO, José Emilio Nunes. *A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 179-180, abr./jun. 2006).

as partes envolvidas dispõem de maior confiabilidade neste procedimento, em razão de os julgadores que compõem o tribunal arbitral serem escolhidos pelos envolvidos no conflito.

Daí porque se concorda com Eduardo Talamini,¹⁶ quando o referido autor, ao comentar a utilização de arbitragem em contratos de Parcerias Público-Privadas (uma espécie de concessão), assevera que “no novo contexto de atuação conjunta dos setores público e privado merece destaque uma via de composição de conflitos cuja implementação, definição de julgadores e as balizas internas de desenvolvimento, dentro de certos limites, advêm igualmente do consenso entre as partes”. E, quando arremata, concluindo que “além disso, respeitadas as garantias fundamentais do processo, será viável a adoção de um procedimento dinâmico e eficiente, consentâneo com as peculiaridades do caso e apto a produzir uma solução mais rápida e adequada”. Atento a tais vantagens, o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, na vanguarda do tema, por meio do artigo 5º, §2º, da Lei Estadual nº 1.481/1989, que dispõe sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas, foi pioneiro na admissão do uso de arbitragem em contratos de concessão. Confira-se o dispositivo:

Art. 5º - Considera-se justa a remuneração do capital que atenda:

§2º - Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, *que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos* (grifamos).

Mais recentemente, a Lei Estadual nº 5.427/2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 76, ampliou a diretriz da consensualidade administrativa, permitindo que o Poder Público celebre “acordos administrativos” com particulares, gênero do qual o compromisso arbitral é espécie, *in verbis*:

Art. 76. A Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e *acordos administrativos*, inclusive pactos de subordinação com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei (grifamos).

Pelo exposto, é possível concluir esse item introdutório no sentido de que o princípio da consensualidade não só autoriza, como recomenda que a atividade administrativa seja exercida por meio de atos de cooperação, e não de imposição, a

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Idioma e local da arbitragem sobre PPP*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9546>. Acesso em: 28 jan. 2015

exemplo da utilização de arbitragem. Essa diretriz, inclusive, já tinha sido incorporada, por exemplo, à legislação do Estado do Rio de Janeiro. Mas não é só. A utilização desse mecanismo de soluções alternativas em contratos de concessão se mostra mais necessária, em razão das características intrínsecas a ajustes, tema que será objeto do próximo item.

2 Da adoção da arbitragem em razão da incompletude dos contratos de concessão

O contrato de concessão se configura como uma relação jurídica complexa (por envolver uma plêiade de obrigações e de agentes). Essa relação é caudatária de uma lógica de sistema, da qual decorre um dever de solidariedade¹⁷ entre as suas partes. De fato, o referido título habilitante transfere, por meio de relações jurídicas interligadas (v.g. o contrato de concessão, os contratos privados celebrados pelos concessionários, os contratos celebrados com os usuários), ao concessionário um plexo de posições jurídicas (econômicas e regulamentares) para o exercício de uma atividade que veicula um interesse público contratualizado.

Isso, contudo, não significa dizer que, ao fazer esta delegação, o Estado se demita de levar a efeito posturas comissivas favoráveis à adequada prestação do serviço. Muito ao contrário. O pacto concessório cria vínculos bilaterais (e sinalagmáticos) entre poder concedente e concessionária, a fim de que sejam alcançados objetivos comuns. Mais que isso, nas palavras de Egon Bockmann Moreira,¹⁸ “no âmbito do pacto concessório, são estabelecidos vínculos primários (entre concedente e concessionário); secundários (entre estes e os destinatários diretos da utilidade pública); e reflexos (para com terceiros detentores de posições jurídicas subjetivas em face da concessionária)”.

Nada obstante, tais vínculos não colocam as partes contratuais em posições antagônicas. Não é essa a lógica dos denominados “contratos de investimento”.¹⁹ Nessas relações contratuais, os interesses do poder concedente e do concessionário são distintos, mas convergentes. De um lado, o Poder Público visa a oferecer uma utilidade pública, por meio de uma relação contratual, a um maior número de destinatários; de outro, o agente privado busca desenvolver uma atividade empresarial vocacionada

¹⁷ Nesse sentido, Jacques Asmar leciona: “Il reste que dans ces cas de figure, l’usager supporte les contraintes de gestion du service public au détriment de l’idée de solidarité qui sous-tend le principe d’égalité des usagers devant le service public. De ce point de vue, le principe d’universalité en matière de service d’intérêt économique général devrait parvenir à des solutions plus équitables”. AMAR, Jacques. *De l’usager au consommateur de service public*. Marseille: Presses Universitaires d’Aix-Marseille – PUAM, 2001. p. 225-226.

¹⁸ MOREIRA Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 281.

¹⁹ Os contratos de investimentos diferem dos contratos de despesa. Nos primeiros, a Administração Pública recebe investimentos dos particulares – por exemplo, os contratos de concessão e de PPPs; nos segundos, a Administração depende recurso, como ocorre nos contratos de empreitada tradicionais.

à obtenção do legítimo lucro – atividade esta que pressupõe que o serviço delegado seja prestado e, se possível, expandido.²⁰ E isso porque à medida que há o incremento do número de utentes, maior será a receita marginal do concessionário. Daí porque se está de pleno acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto,²¹ para quem “o objeto da concessão apresenta, a um só tempo, um interesse público, correspondente à finalidade justificadora da delegação de uma atribuição sua, e um interesse privado. Embora movidos por finalidades distintas, concedente e concessionário convergem para atingir um objetivo comum: realizar um cometimento público”.

Essa noção de “cooperação”²² faz com que, por ocasião da modelagem dos contratos de concessão, sejam estabelecidas obrigações, *ex ante*, tanto para o Poder Concedente como para o concessionário (artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987/1995). Mas isso não significa dizer que, no bojo desta relação contratual, não possam ser avençadas outras obrigações para partes em prol da adequada prestação do serviço público delegado. Essa possibilidade decorre de uma imbricação de dois conceitos basilares atrelados a tal espécie de avença: o do “incremento dos custos de transação” e o da “incompletude” (ou “mutabilidade”) dos contratos de concessão.

Explico. De acordo com Oliver Williamson,²³ os “custos de transação” nos negócios jurídicos têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção, mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação, que são aqueles necessários à formação e à manutenção dos ajustes. Estes custos podem se materializar, *ex ante*, na fase pré-contratual; ou, *ex post*, posteriormente à sua celebração. Na fase pré-contratual, os custos de transação podem ser exemplificados: (i) pela redação do contrato; (ii) pelas negociações para obtenção de melhores condições e obrigações contratuais; e (iii) pelo estabelecimento de garantias para se mitigar os riscos da ocorrência de fatos supervenientes. Já os custos na fase pós-contratual, por sua vez, terão lugar, por exemplo: (i) na fiscalização do contrato; (ii) na manutenção das condições originalmente acordadas; e (iii) na sua renegociação pela ocorrência de fatos supervenientes.

²⁰ Esse também parece ser o entendimento de Gustavo Justino de Oliveira: “o vetor da paridade das relações contratuais em ajustes que visem atingir tais desideratos parece ser a tônica da nova contratualização administrativa. Essa paridade é manifestada notadamente na fase pré-negocial (negociações preliminares) e na fase de formação dos contratos que correspondam a esse novo perfil, como é o caso da PPP. Também nas fases de execução e extinção desses contratos a tendência – em razão da própria noção de parceria – caminha para novas bases consensuais e paritárias, com a possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje largamente utilizados no transcurso das relações contratuais” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 255-256, jul./set. 2005).

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 164.

²² Como bem observado por Marçal Justen Filho: “Deve ter-se em vista que o contrato de concessão pressupõe atuação cooperativa e harmônica entre concedente e concessionário. Os poderes atribuídos ao concedente destinam-se a assegurar a satisfação do interesse público, sem que isso importe em uma espécie de locupletamento às custas do patrimônio do concessionário. Mais precisamente, é do interesse público que o concessionário obtenha êxito, desempenhe bons serviços e aufera lucros” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 294).

²³ WILLIAMSON, Oliver. *Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. 1981. p. 552.

Todavia, nos “projetos concessionários”,²⁴ às partes é impossível estabelecer, *ex ante*, todas as obrigações que serão necessárias à adequada prestação dos serviços públicos durante a vigência contratual. Isto porque, como ensina Flávio Amaral Garcia,²⁵ os contratos de concessão são “incompletos, porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução”. Nesse quadrante, costuma-se afirmar que os contratos de longo prazo possuem uma incompletude deliberada.²⁶ Daí por que estou de acordo com Egon Bockmann Moreira,²⁷ o qual, com muita propriedade, assevera que “em tempos pós-modernos, nada mais adequado do que afirmar que a segurança advém da certeza da mudança”. Nos contratos de concessão, essa lógica fica ainda mais evidente, na medida em que se configuram como ajustes de longo prazo, sujeitos aos mais diversos tipos de riscos e de incertezas.

Essa “incompletude” dos contratos de concessão está ligada ao princípio da atualidade, consagrado no artigo 6º, §2º, da Lei nº 8.987/1995. Nos termos do referido dispositivo, o dever de atualidade deve ser compreendido pela: (i) utilização de técnicas modernas no que diz respeito aos equipamentos e às suas instalações; (ii) conservação dos direitos já adquiridos pelo concessionário; (iii) melhoria da qualidade dos serviços, durante a vigência do ajuste; e (iv) sua expansão para as pessoas ainda não beneficiadas pelo serviço. Diante disso, é possível afirmar que as concessões se configuram como contratos relacionais. Nessa qualidade, há uma incomensurabilidade da equivalência de suas trocas projetadas para o futuro, vez que, como assevera Ronaldo Porto Macedo,²⁸ em razão de “se tratarem de negócios jurídicos que se protraem no tempo, não se sabe, exatamente, o que as partes obterão ao término da relação contratual”.

Com base nessas duas premissas (no incremento dos custos de se estabelecer *ex ante* todas as obrigações contratuais e na sua incompletude), é que se torna lícito afirmar que as controvérsias decorrentes destes “projetos concessionários” serão mais bem resolvidas pelo procedimento arbitral, na medida em que a *expertise* dos árbitros servirá de importante instrumento para colmatar lacunas contratuais propositalmente

²⁴ Feliz expressão cunhada por Egon Bockmann Moreira, que retrata a natureza consensual nesta relação jurídica de longo prazo.

²⁵ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

²⁶ Nesse sentido, v. NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo como instrumento de Governo*. Coimbra: Março, 2012.

²⁸ MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 131.

deixadas pelas partes. Nesse sentido, José Emilio Nunes Pinto²⁹ assevera que “deve-se valorizar a especialização do árbitro na matéria objeto da controvérsia que, por deter o mesmo grau de informação das partes, poderá suprir adequadamente as lacunas e omissões contidas nos contratos incompletos”. Isto porque essas lacunas terão de ser preenchidas por profissionais que tenham formação multidisciplinar (v.g em direito, finanças, contabilidade e em avaliação patrimonial³⁰) para apreciar controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro, bens reversíveis, indenização nos casos de encampação (a isso se voltará adiante). Isso foi o que motivou que, desde a redação original da Lei nº 8.987/1995, já houvesse a previsão, em seu artigo 23, inciso XV, de que são cláusulas essenciais a esses contratos as relativas “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, levando alguns autores a entenderem que tal previsão seria uma autorização expressa para a arbitragem.³¹

Entretanto, o Tribunal de Contas da União – TCU, por ocasião da prolação do Acórdão nº 584/2003, entendia que “a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem”.

A referida questão só veio a ser aclarada, quando da edição da Lei nº 11.196, de novembro de 2005, que acrescentou o artigo 23-A à Lei nº 8.987/1995, cuja redação é a seguinte: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Trata-se de dispositivo que incorporou algumas diretrizes trazidas, um ano antes, pelo disposto no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas, uma modalidade de concessão), as quais impõem a realização desse procedimento em língua portuguesa e em território brasileiro. Diante deste novo arcabouço normativo, a referida Corte de Contas, ao analisar cláusula compromissória inclusa em Contrato de Concessão de Rodovia em Porto Alegre, alterou seu posicionamento, manifestando-se no sentido de que é válida “a possibilidade da utilização do juízo arbitral, desde que não se incluam na arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público”.

Resumindo o até aqui exposto, tenho para mim que: (i) o princípio da consensualidade, ao incidir sobre as atividades administrativas, impõe que o Poder Público resolva suas controvérsias com os Administrados, preferencialmente, por mecanismos de cooperação, e não de imposição, a exemplo da arbitragem; (ii) a adoção da arbitragem em contratos administrativos, em razão das suas vantagens em face da

²⁹ PINTO, José Emilio Nunes. A Arbitragem na Recuperação de Empresas. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 7, p. 351, out./dez. 2005. p. 80.

³⁰ O que me foi alertado por Lucas Navarro Prado, em 06 de janeiro de 2015.

³¹ Nesse sentido, v. BRANCHER, Paulo. Soluções de controvérsias e as agências reguladoras. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./mar. 2004. p. 45.

resolução de controvérsias perante o Poder Judiciário, está em consonância com os princípios da eficiência e da economicidade (artigo 37 e da 70 da CRFB); (iii) nos contratos de concessão, por se tratar de contratos incompletos, a utilização da arbitragem é inerente a essa espécie de avença, na medida em que seriam elevados os custos de se estabelecer, *ex ante*, todas as obrigações contratuais pelas partes; e (iv) além disso, a expertise dos árbitros contribui para a adequada colmatação das lacunas deixadas pelas partes nesses ajustes.

3 A arbitrabilidade objetiva nas concessões

O até aqui exposto é o que denomino de “aporte teórico para a utilização de arbitragem em contratos de concessão”. Nesta segunda parte, abordarei o ponto central deste trabalho, que diz com as matérias que podem ser objeto de arbitragem nesses ajustes. O propósito é o de contribuir para a redação de cláusulas compromissórias em contratos de concessão, as quais, não raro, se apresentam extremamente genéricas – ou, tão somente, reproduzem textos legais, o que gera toda sorte de insegurança jurídica para as partes envolvidas. Essa insegurança tem lugar na medida em que não são todas as cláusulas nesses contratos que podem ser objeto de arbitragem.

Explico. Os contratos de concessão são modelados com duas espécies de cláusulas: as regulamentares (ou de serviço) e as econômicas. As regulamentares, constantes na lei, em regulamento ou no próprio contrato, disciplinam a execução dos serviços delegados ao agente privado, de acordo com o denominado *jusvariandi* do Poder Concedente. Na esteira dos ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão,³² essas cláusulas podem ser veiculadas das seguintes formas: (a) inseridas no próprio contrato de concessão, podendo ser alterados a qualquer momento; (b) o contrato de concessão contém apenas uma cláusula genérica, pela qual o concessionário se obriga a observar todos os regulamentos presentes ou futuros concernentes ao serviço (com isto, o poder concedente ou eventual autarquia reguladora poderá emitir regulamentos para todos os concessionários ou para determinada concessão específica, desde que haja critério discriminante legítimo para tanto); (c) a elaboração dos regulamentos é delegada ao próprio concessionário, devendo as minutas por ele elaboradas ser submetidas à aprovação do poder concedente; (d) determinadas disposições regulamentares podem ser de tal forma relacionadas com a equação econômico-financeira que o contrato pode, excepcionalmente, exigir a concordância das duas partes para sua modificação.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

Por outro lado, as cláusulas econômicas são as que só podem ser alteradas em consonância com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. De acordo com a feliz síntese de Leonardo Coelho Ribeiro e Luiz Eduardo Lessa Silva³³ acerca da diferenciação entre as duas espécies de cláusulas, “enquanto aquelas estão ligadas à remuneração do concessionário, não podendo ser modificadas unilateralmente, as cláusulas de serviço referem-se à prestação do serviço e às obrigações e encargos do concessionário, pelo que podem ser unilateralmente modificadas por iniciativa do concedente, desde que mantida a equação econômico-financeira originalmente pactuada”. Sobre o tema, o artigo 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995 dispõe que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. Note-se que o referido diploma impõe que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro seja levado a efeito “concomitantemente à alteração”, o que, na prática, dificulta sobremaneira a apartação da natureza jurídica das duas cláusulas.

Entretanto, é com base nessa diferenciação que os arbitralistas estabelecem o regime jurídico da arbitrabilidade objetiva nas concessões. Nesse sentido, José Emilio Nunes,³⁴ por exemplo, afirma que “as cláusulas regulamentares de contratos de concessão referem-se a atos de império e, por conseguinte, não são arbitráveis. Os atos de império consubstanciam decisões privativas do Estado, que não podem ser apreciadas por um órgão arbitral, de natureza privada. [...] Por outro lado, as cláusulas, termos e condições do contrato de concessão que tratem de matéria de natureza econômico-financeira concernem direito disponível e são plenamente arbitráveis”. Nada obstante, na medida em que as alterações de cláusulas regulamentares (v.g instituição de gratuidades), não raro, impõem a revisão da base objetiva do contrato de concessão, estabelecer os lindes da arbitrabilidade objetiva nesses ajustes não é tarefa fácil.

Daí porque entendo que o trabalho de Aline Lícia Klein³⁵ trouxe relevante contribuição para o tema, posto que, ao abordar a Arbitragem nas Concessões de Serviço, apontou as seguintes matérias que poderiam ser arbitráveis nesses contratos: (i) o equilíbrio econômico-financeiro e as alternativas que se dispõem para sua manutenção; (ii) eventuais disputas que decorram do término do contrato, no tocante à reversão de bens; e (iii) a própria validade da cláusula compromissória. Com esse

³³ RIBEIRO, Leonardo Coelho; SILVA, Luiz Eduardo Lessa. Alteração da garantia à execução do contrato de concessão ferroviária. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011.

³⁴ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./mar. 2004. p. 15-16.

³⁵ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviços públicos. In: *A arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77-78-79.

mesmo propósito, pretende-se investigar quais os aspectos dos temas veiculados nas cláusulas econômicas destes ajustes podem ser objeto de procedimento arbitral. O que será feito nos próximos itens.

3.1 Equilíbrio econômico-financeiro: pagamento direto e diluição no fluxo de caixa do concessionário

O equilíbrio econômico-financeiro das concessões não é composto por uma singela operação envolvendo encargos e receitas – a exemplo do que ocorre nos tradicionais contratos de empreitada, regidos pela Lei nº 8.666/1993. Tampouco poderá ser albergado pelos conceitos de “áreas ordinárias e extraordinárias”,³⁶ “que devem ser manejados em face de eventos exógenos ao contrato e ao exercício de prerrogativas publicísticas”. Esse conceito envolve um plexo de variáveis, tais como o fluxo de caixa projetado, as variações de receitas, o custo de investimento do capital, as quais devem observância à base objetiva desta avença, em atendimento ao disposto no artigo 10 da Lei nº 8.987/1995. Isto porque, como bem observado por Egon Bockmann Moreira,³⁷ “a dinamicidade da equação econômico-financeira dos contratos de concessão está a exigir soluções igualmente ativas: ágeis na detecção de suas peculiaridades, adaptáveis às mudanças de métodos e instituidoras de perspectivas de contratos de longo prazo junto à estabilidade da (re)composição”.

Por conta dessas peculiaridades, nos parece acertada a conclusão de Alexandre Santos de Aragão³⁸ no sentido de que, nos contratos de longo prazo, a equação econômico-financeira é distinta da dos tradicionais contratos administrativos, “dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato”. Nestes ajustes, por se tratar de uma equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada “poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática”.

Essa dinamicidade tem lugar na medida em que, por se tratar de contratos de longo prazo, são inúmeras as circunstâncias que podem alterar a proposta econômica

³⁶ Entendimento que já vem sendo revisto inclusive no que se refere à LGL, como se extrai de RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122. No mesmo sentido, Flávio Amaral Garcia: “Uma outra observação lateral, aproveitando o comentário acerca da Lei das PPPs, é que a questão do compartilhamento de riscos, [...] quanto menor o risco que se tem, menor é o valor que a Administração Pública vai desembolsar” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 79).

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 402.

³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

apresentada pelo concessionário, por ocasião do procedimento licitatório. Dito em outros termos, o equilíbrio econômico-financeiro das concessões só será preservado se forem mantidas as bases econômicas que orientaram a contratação do concessionário, nos termos do artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.987/1995. Trata-se de tarefa que não é despida de complexidade, seja pelo conjunto de escopos dessa avença, seja pela sua dependência de receitas tarifárias – as quais são atreladas aos princípios da modicidade tarifária e da continuidade dos serviços públicos (art. 6, §2º, da Lei nº 8.987/1995).

Mas não é só. Essa equação pressupõe que o concessionário deverá ser remunerado pelos investimentos realizados (com capital próprio ou de terceiro) para a implantação de determinada infraestrutura, sobretudo em projetos *greenfield* (v.g construção de rodovias, ferrovias, dutos para prestação de serviços de saneamento). É dizer, enquanto na empreitada tradicional, o contratado é remunerado concomitantemente com a execução dos serviços – de acordo com os custos unitários por ele apresentados –, no contrato de concessão, diversamente, o concessionário terá de antecipar recursos para, depois de construída a infraestrutura, ser remunerado pelos utentes do serviço. Nesse sentido, advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro³⁹ que, nestes contratos, “a obrigação de despender recursos sem perceber a remuneração equivalente de imediato transforma os custos e despesas do concessionário em investimentos, que pressupõem a necessidade de antecipar recursos cuja contrapartida não caracteriza propriamente uma remuneração, mas, sim, a amortização”. Posteriormente, concluem este ponto, ao afirmarem que “tanto pior que, usualmente, a antecipação de recursos é feita não com o caixa da empresa, mas mediante financiamentos, próprios ou de terceiros, que acarretam custos de capital inerentes a qualquer operação de crédito”.

Desse modo, não há que falar em formas estaques e predefinidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Há, na verdade, o dever de observância, pelos menos, das seguintes diretrizes: (i) em primeiro lugar, deve se identificar o fato exógeno ao contrato que alterou a sua economia; (ii) ao depois, será necessária a perquirição sobre qual das partes o risco do advento desse evento foi atribuído, na matriz de riscos contratuais; e (iii) por derradeiro, será imposta a escolha – pautada pelo postulado da proporcionalidade – da compensação econômica que será devida à parte atingida pela produção de evento que está alocado à responsabilidade da outra parte. Eis a lógica que diferencia a recomposição nas concessões da levada a efeito nos tradicionais contratos de empreitada.

³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 141, jul./set. 2014.

De fato, nos contratos de longo prazo, não há uma recomposição imediata. Antes, é necessário aferir se esse risco foi distribuído, pelo contrato, a uma das partes, caso em que se pressupõe a sua “precificação”, *ex ante*, por ela, não sendo, pois, devida a recomposição. A partir desse momento, como apontado por Mauricio Portugal Ribeiro,⁴⁰ existem duas formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: (i) o pagamento à vista de indenização à parte afetada por evento que é risco da outra parte; e (ii) a diluição do pagamento da compensação financeira no fluxo de caixa da concessionária – o que pode envolver, inclusive, a prorrogação do prazo de vigência contratual.

Essas são as matérias que integram a arbitrabilidade objetiva no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. São matérias patrimoniais disponíveis, porquanto não influenciam, diretamente, na forma de execução do serviço público delegado, nem subvertem as prerrogativas contratuais do Poder Concedente. Mais que isso, as referidas matérias predicam de uma análise realizada por *experts*, que disponham do necessário conhecimento para suprir essas lacunas deixadas, propositadamente, pelas partes nos contratos de concessão, como visto no item 2 deste ensaio.

Nada obstante, entendo que a primeira opção (do pagamento direito à parte), quando envolver risco alocado ao Poder Concedente, pode gerar um complicador adicional à arbitragem, posto que predicará de uma autorização legislativa específica para fazer frente a essa despesa, a qual, pela sua costumeira demora, pode contrariar a lógica expedida deste procedimento. Por isso, entendo que seria mais consentâneo com a economia desses contratos que fosse estipulada uma taxa, a ser utilizada para a compensação do concessionário no tempo.

Destarte, dois são os principais métodos que poderão ser utilizados pelo árbitro para calcular a compensação do concessionário no tempo: o da Taxa Interna de Retorno – TIR ou o do Fluxo de Caixa Marginal. No primeiro, o *expert* deverá apurar um valor de recomposição que privilegie a rentabilidade estimada no Plano de Negócios – PN do concessionário, o qual integrou a sua proposta econômica global, por ocasião do procedimento licitatório. Dito em termos diretos, valer-se da Taxa Interna de Retorno – TIR do projeto. Explicando as características dessa taxa, Egon Bockmann Moreira⁴¹ leciona que “a TIR torna o valor presente das entradas de caixa igual ao valor presente das saídas de caixa – pois dentre as saídas está a remuneração do capital investido (o VPL é nulo)”. Ainda de acordo com o referido autor, “a TIR corresponde à rentabilidade projetada para certo empreendimento – sinaliza a taxa necessária para igualar o valor de um investimento (valor presente) com seus respectivos retornos

⁴⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal. *10 Anos da Lei de PPP / 20 Anos da Lei de Concessões – Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. p. 487.

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 402.

futuros, justificando (ou não) que o empresário assumira o risco do investimento”. É, portanto, com base nessa taxa que o árbitro calculará o *quantum* da recomposição. Por outro lado, caso utilize o segundo, deverá segregar o evento danoso em um fluxo de caixa apartado, cujo impacto será apurado de acordo com uma taxa, previamente, prevista no contrato. Nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro,⁴² a utilização dessa metodologia será levada a efeito, por meio de dois instrumentos:

- a) utiliza taxa de desconto, que pode ser obtida por uma fórmula pré-estipulada no contrato, e que deveria se basear em uma taxa de mercado, como, por exemplo, o CDI — a versão já citada incluída no contrato de concessão da rodovia BR 116/324 usou como referência a TJLP;
- b) utiliza custos de mercado no dimensionamento dos custos operacionais e de investimentos para a modelagem do novo investimento, — isso se opõe a ambos (i) a utilização de sistemas de preços públicos como o SICRO II29 e (ii) a utilização das referências originárias do PN.

Parece-me que, para o cálculo do montante devido, o árbitro terá de se valer da Taxa de Rentabilidade utilizada no Plano de Negócios – PN do concessionário, sobretudo se esta for maior do que a Taxa de Rentabilidade prevista no contrato de concessão. Do contrário, das duas, uma: ou essa diferença entre taxas será “precificada” pelo concessionário, quando da apresentação de sua proposta, ou este não será compensado, adequadamente, pelo evento desequilibrante, o que poderá lhe tornar excessivamente onerosa à execução deste contrato.

Outra disciplina que pode integrar a arbitrabilidade objetiva nas concessões diz respeito ao cálculo e à aplicação do índice de reajuste. Explica-se. Como é cediço, reajustamento é o meio adequado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em função da variação dos custos nele previstos. É dizer, como o reajuste se destina a verificar a variação dos custos que incidem especificamente em um determinado objeto contratual, a regra é a eleição de índice setorial que reflita não as perdas inflacionárias da economia em geral, mas aquelas que incidem sobre o setor ou sobre o contrato, critérios esses que são cláusulas obrigatórias nos contratos de concessão (artigo 23, inciso IV, da Lei nº 8.987/1995). Destarte, uma vez fixado o índice e preenchidas as condições de seu implemento – decurso temporal de doze meses, nos termos do artigo art. 3º, §1º, da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001 –, o reajustamento das prestações pecuniárias contratadas se dá por mera operação matemática automatizada.

Nada obstante, parece-me que, em contratos de concessão, a matéria poderá provocar controvérsias a serem resolvidas por meio de procedimento arbitral. Uma

⁴² RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 Anos da Lei de PPP / 20 Anos da Lei de Concessões – Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*. p. 187.

primeira hipótese poderá ter lugar, porque o concessionário não teve de prever, por ocasião do procedimento licitatório, os elementos conformadores da sua proposta na apresentação do projeto básico (utilizando-se de índices oficiais como SICRO e SINAPI), tal qual exigido nos contratos de empreitada. Isto porque, nos “projetos concessionários”, é atribuída ao concessionário maior liberdade para o gerenciamento de seus custos, de sorte a que tal agente possa contingenciá-los para dar conta dos riscos que lhe foram atribuídos pelo contrato. Daí porque a própria Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 18, inciso XV, exige que os editais nas concessões contenham, tão somente, “os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”. Do mesmo modo, o artigo 10, §4º, da Lei de PPPs (uma espécie de concessão), dispõe que “os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto”.

Nesse quadrante, o árbitro poderá ter a importante função de decidir acerca dos “custos dos concessionários” sobre os quais incidirá o índice setorial. Uma segunda possibilidade de tema que poderá ser levada à apreciação do *expert* diz respeito à análise da adequação do índice de reajuste previsto no contrato para fazer frente às perdas inflacionárias, sobretudo se se tratar de índice geral. É que, não raro, o Poder Público tem se valido de índices gerais que não retratam, efetivamente, as perdas suportadas pelos recursos aportados pelo concessionário.

3.2 Bens reversíveis

Outro tema que pode integrar a arbitrabilidade objetiva nas concessões diz respeito à qualificação e à precificação dos bens reversíveis. Essa controvérsia poderá ter lugar, posto que a delegação da prestação de um serviço público a um particular não faz com que o Poder Público se demita de um cometimento que lhe foi atribuído pela lei ou pela Constituição. De fato, essa manutenção da obrigação do Poder Público de prestar um serviço essencial à coletividade faz com que, ao final da delegação contratual, o patrimônio necessário a esse desiderato retorne à posse estatal. Trata-se, pois, de controvérsia que tem de ver com a reversão, instituto por meio do qual se deve equacionar o princípio da continuidade dos serviços públicos⁴³ com a esfera patrimonial do concessionário. Nesse sentido, Flávio Henrique Unes Pereira, Marilda de Paula Silveira e Bruna R. Colombarolli⁴⁴, em trabalho específico sobre o tema, lecionam que “a reversão, portanto, deve ser concebida como decorrência da extinção dos contratos de delegação de serviços públicos, contratualmente prevista,

⁴³ V. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 696-698.

⁴⁴ PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *In: Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 38-44, nov. 2014.

que deve ser implementada à luz das especificidades das situações concretas e em respeito aos direitos fundamentais dos particulares contratados, especialmente o direito de propriedade e da garantia do devido processo administrativo”. Sobre o tema, Juan Carlos Cassagne⁴⁵ leciona que “*en rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de perder el dominio no se presume (como en general la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva*”. Mas, frise-se: não se trata de punição ao concessionário, na medida em que ou os seus custos para a aquisição desses bens já foram amortizados, ou se tratavam de bens originalmente de propriedade do Poder Público.

Toda essa lógica está consagrada no artigo 18, incisos X e XI, da Lei nº 8.987/1995, os quais impõem que o Edital das concessões indique “as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior”, e no artigo 35, §1º, da Lei nº 8.987/95, cuja redação é a seguinte: “extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

Nada obstante, na prática, não é simples identificar quais bens reverterão ao Poder Concedente, sobretudo em razão da dificuldade em se delimitar a natureza jurídica dos bens da concessionária. É que, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, pelo critério da domialidade, tratar-se-ia de bens privados. A questão não nos parece tão simples. Sobre o tema, parece-me acertada a conclusão de Floriano de Azevedo Marques Neto,⁴⁶ para quem “o que daria o atributo de público aos bens seria a sua utilidade, seu emprego, e não a circunstância de ser o bem de propriedade de pessoa jurídica de direito público”. E arremata a questão, afirmando: “por aí, admitir-se-ia a existência de bem público ainda que integrante do patrimônio privado, como é o caso dos bens particulares utilizados na prestação dos serviços públicos, sejam estes particulares delegatários da prestação de tais serviços”. Destarte, o que deverá determinar a natureza jurídica do bem é a *sua afetação* a uma *finalidade pública*, e *não sua titularidade*. Um exemplo ilustra o ponto: numa estatal que preste serviço de saneamento básico, as redes de esgotamento sanitário, por estarem afetadas à prestação do serviço delegado, devem ser regidas por um regime publicístico, ao passo que o carro utilizado pela sua presidência, não.

Nesse passo, pode-se afirmar que os bens das concessionárias de serviços públicos terão a sua *natureza jurídica vinculada à sua afetação*. Dito em outros termos, se os seus bens estiverem afetados à prestação de um serviço público (em sentido

⁴⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 548-550.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

estrito e em sentido amplo), terão seu regime jurídico pautado pelas prerrogativas publicísticas da imprescritibilidade, da não oneração, da impenhorabilidade e da alienação condicionada. Por outro lado, se não estiverem afetados a nenhum serviço público, serão regidos como se privados fossem.

Esse entendimento se aplica à reversão. Explico. Como diagnosticado por Floriano de Azevedo Marques Neto,⁴⁷ em trabalho específico sobre o tema, dois são os critérios para a identificação dos bens reversíveis: o *patrimonial* e o *funcional*. No primeiro, os bens reversíveis são aqueles cuja titularidade está atrelada ao fato de ser o Poder Público titular do serviço, de sorte que os “os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado (concessionária) ou adquiridos por força econômica das receitas auferidas com a exploração do serviço seriam, necessariamente, públicos, ainda que momentaneamente trespassados à posse (ou domínio útil) do particular”. De acordo com esse critério, seriam reversíveis todos os bens integrantes do patrimônio da concessionária. No segundo, o plexo de bens reversíveis estaria ligado à sua afetação ao serviço público, de modo que “seria não uma forma de recomposição (ou enriquecimento) do patrimônio público, mas uma necessidade para se assegurar que os serviços (a) seguirão prestados regularmente independentemente da concessionária”. Parece-nos claro que, à luz do critério funcional de delimitação da natureza jurídica dos bens públicos, o critério funcional acerca de sua afetação seria o mais adequado, sob pena de se configurar um enriquecimento sem causa do Poder Público. Mais que isso, tratar-se de uma expropriação, sem a observância das garantias da justa e prévia indenização previstas no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB.

Diante dessa perspectiva, o referido autor, em outra oportunidade,⁴⁸ identifica que, quanto à titularidade, existem três categorias de bens que, ao final do contrato de delegação, serão vertidos para o patrimônio público: (i) bens originalmente públicos que, durante a validade do contrato, são utilizados pelo delegatário (rodovias objeto de concessão); (ii) bens de titularidade do delegatário (ônibus em concessão de serviço de transporte coletivo); (iii) direitos pessoais ou reais de terceiros, que representam, respectivamente, bens móveis e imóveis, a exemplo das servidões de passagem nas concessões de serviço de telecomunicações. Nesse quadrante, por ocasião do encerramento da concessão, poderá haver controvérsia entre Poder Concedente e concessionária acerca de quais bens reverterão ao Poder Público, mesmo que esta tenha inventariado este patrimônio.

Aqui, o árbitro terá mais um papel relevante nas concessões, identificando quais bens integrarão esse acervo. A nós, parece que os bens originalmente públicos serão

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 172.

revertidos ao patrimônio estatal, por duas razões: (i) primeiro, por já se tratar de patrimônio público, sob o aspecto da dominialidade, isto é, pois que integra o plexo de direitos patrimoniais estatal; (ii) segundo, porque ele é imprescindível à prestação do serviço público. No que tange aos bens de titularidade da concessionária, o tema terá duas soluções. Caso se trate de bem afetado à prestação do serviço delegado, ele deverá ser vertido ao patrimônio do Poder Concedente, mediante o pagamento de indenização ao concessionário, na forma do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995, cuja redação é a seguinte: “A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”. Por outro lado, caso não se trate de bem afetado a essa finalidade específica, não há que falar de afetação, sob pena de uma expropriação do patrimônio privado. Por fim, os direitos pessoais ou de terceiros (v.g servidões administrativas), por estarem afetados à prestação do serviço, serão necessariamente revertidos, ainda que custeados com recursos da concessionária.

Outra importante função do árbitro nesta matéria será a de apontar o valor da indenização, nas hipóteses em que a concessão é extinta antecipadamente (v.g rescisão, caducidade), ou quando, ao seu final, os investimentos do concessionário não restarem amortizados. Para esse efeito, como apontado por Lucas Navarro Prado,⁴⁹ o árbitro poderá se valer três critérios: (i) o *financeiro*, em que se utilizará da metodologia de fluxo de caixa descontado; (ii) o *contábil*, em que se utilizará do valor registrado na contabilidade da concessionária; e (iii) o *patrimonial*, em que se utilizará do valor de reposição do ativo.

Explico cada qual. Adotando o *critério financeiro*, o árbitro deverá se valer de uma taxa que seja suficiente para remunerar o capital investido durante todo o projeto, a já citada Taxa Interna de Retorno do Projeto (TIR). A ideia é a de que as receitas tarifárias ou as contraprestações públicas remunerem todos os investimentos do projeto concessionário – tanto os novos quanto os realizados na vigência da concessão. Já adotando *critério contábil*, o árbitro deverá se utilizar dos registros contábeis da própria concessionária para calcular os valores devidos pelos bens vertidos ao patrimônio público, preocupando-se com a recuperação imediata do investimento, e não com a rentabilidade do projeto. Por fim, caso adote o *critério patrimonial*, deverá se valer do valor de reposição do ativo, por meio do qual é aferido não só o investimento para a sua disponibilização, mas, também, os reinvestimentos para o atendimento de obrigações regulatórias.

⁴⁹ PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/1995. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/navarroprado/extino-de-contratos-de-ppp-e-concesso-critrios-de-indenizacao>>. Acesso em: 28 jan. 2015

3.3 A encampação e a rescisão

Por fim, abordar-se-á o papel que o árbitro poderá desempenhar quando da extinção do vínculo concessório. O título habilitante por meio do qual o Poder Público delega a prestação de serviços de utilidade pública não é perene. Afinal, atentaria ao princípio republicano que a coisa pública fosse repassada ao privado de forma perpétua; tratar-se-ia, ao fim e ao cabo, da apropriação de um cometimento público, e não de sua exploração em regime de cooperação. Nesse quadrante, a Lei nº 8.987/1995 disciplina dois regimes jurídicos distintos para a extinção desses contratos de longo prazo. O primeiro é o da *extinção normal* desta avença, que terá lugar na hipótese de advento do termo contratual. O segundo, o da *extinção anômala ou antecipada*, a qual terá lugar nas hipóteses de encampação, caducidade, rescisão e anulação. Nesta última, a utilização da arbitragem se mostra relevante na medida em que a *expertise* do árbitro será fundamental para a solução de controvérsias patrimoniais decorrentes da extinção antecipada de contratos de longo prazo.

Nada obstante, entendemos que a utilização da arbitragem terá maior relevância nas hipóteses de encampação e de rescisão do que nas de caducidade. Isto porque esta última modalidade se configura pela inadimplência do concessionário, com a consequente execução das garantias por ele prestadas, tema que não predica, com tanta intensidade, a *expertise* de um juízo arbitral. Por essa razão, neste último item, me atarei às hipóteses de extinção *anômala da concessão*, para as quais o concessionário não contribuiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Antes, porém, permita-me apontar uma circunstância que tem de estar presente em todas as hipóteses de extinção anômala do contrato de concessão: a *existência de um fato superveniente*. Trata-se de uma espécie de mitigação da prerrogativa pública da Administração Pública extinguir, unilateralmente, contratos administrativos celebrados com particulares (prevista no artigo 78, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no artigo 37 da Lei nº 8.987/1995). É que, se, por um lado, a Administração Pública tem a prerrogativa de extinguir contratos que não estejam mais em consonância com os interesses públicos neles veiculados – decorrente do ainda exorbitante regime jurídico administrativo –, por outro, o particular não poderá ter seu patrimônio expropriado para fazer frente a esse objetivo de interesse geral, sem ser indenizado.

Do contrário, ter-se-ia uma violação à igualdade da distribuição dos encargos públicos, fundamentação moral e jurídica da indenização pela prática de atos lícitos estatais. Toda essa lógica foi consagrada, pelo artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, que tem a seguinte redação: “a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Portanto, antes de rescindir a avença, antecipadamente, deverá o Poder Público justificar esse ato

(motivá-lo), apontando a existência de uma circunstância superveniente à contratação. Nessa perspectiva, estou de acordo com a percuciente observação de Bernardo Strobel Guimarães,⁵⁰ para quem “tal justificativa implica em demonstrar que, à luz de um evento superveniente, a manutenção do contrato deixa de ser veículo idôneo para promover o interesse público, impondo-se, pois, o desfazimento do vínculo. Isso vale inclusive para lei que autoriza a encampação, que – por ser de efeitos concretos – sujeita-se aos mesmos controles que qualquer ato administrativo”.

Mais que isso, para além de um fato superveniente, a Administração Pública deverá franquear ao particular a possibilidade de influenciar os termos dessa decisão. Isto porque entendo que qualquer ablação da propriedade privada se configurará com um *sacrifício de direito*, o qual predica a observância do devido processo legal expropriatório previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB. Filio-me, neste particular, ao já clássico ensinamento de Carlos Ari Sunfeld,⁵¹ segundo o qual sacrifícios de direitos são “situações impostas compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial e mediante indenização, prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão do conteúdo do direito ou em sua extinção”. Daí poder-se concluir que, antes da extinção anômala da concessão (e do arbitramento das suas questões patrimoniais), o Poder Concedente deverá observar um devido procedimento, no qual terá de: (i) motivar o ato administrativo de extinção, apontando a existência de fato superveniente que o justifique; (ii) permitir que o concessionário influencie os seus termos; e (iii) *indenizar o concessionário pelos prejuízos suportados com a ruptura abrupta da avença*.

É, pois, neste terceiro momento, que as partes poderão se valer do expert para que seja arbitrado o valor devido pelos prejuízos suportados pelo concessionário. A meu ver, este tema se insere no âmbito da Responsabilidade Contratual do Estado, mais especificamente pela prática de um ato lícito, que causa prejuízos anormais ao concessionário. De fato, os institutos da encampação e da rescisão são previstos pelo ordenamento jurídico; portanto, lícitos. Mas isso não significa dizer que eles prescindam do estabelecimento de uma compensação pelos prejuízos comprovadamente suportados pelos particulares. Nessas hipóteses, o árbitro terá um papel relevante no julgamento de eventuais controvérsias que possam surgir entre Poder Concedente e Concessionário. Controvérsias estas que serão distintas a depender da hipótese de extinção anômala.

Vamos a elas. Nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.987/1995, “considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão,

⁵⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. In: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 54.

por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, nos termos do artigo anterior”. De acordo com Marçal Justen Filho,⁵² “encampar equivale a desapropriar, transferindo compulsoriamente bens e direitos privados para o patrimônio público. Justamente por isso, a encampação subordina-se ao regime jurídico da desapropriação”. Concordamos com o referido acordo, posto que, ao retomar o serviço delegado, o Poder Público está subtraindo do concessionário todo o plexo de direitos econômicos que integram a posição de prestador de um cometimento público. Daí porque Alexandre Santos de Aragão,⁵³ com razão, afirma que “a exigência de prévia e justa indenização é consequência tanto da aproximação do instituto da encampação com aquele da desapropriação, quanto da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, nos moldes do que determina o art. 9º, §4º da Lei nº 8.987”. Isso quer significar que a encampação do serviço influencia toda a rentabilidade do projeto, razão pela qual a sua indenização deverá ser a mais ampla possível.

Eis a primeira problemática que será enfrentada pelo árbitro ao analisar essas situações. É que o citado artigo 37 preceitua que a reparação dos danos se dará na forma do artigo 36, dispositivo que, como já visto, disciplina o regime indenizatório dos bens reversíveis e não amortizados durante a vigência da concessão. A interpretação literal dos referidos dispositivos nos levaria ao equivocado entendimento no sentido de que, nas hipóteses de encampação, o concessionário só deveria ser indenizado pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (danos emergentes).

Não se abona esse entendimento. O artigo 36 disciplina o regime indenizatório nas hipóteses de extinção da concessão por advento do termo contratual, e não por extinção antecipada. E isso faz toda a diferença. É que, com o advento do termo contratual, presume-se que o concessionário já amortizou seus investimentos, em razão do que foi previsto em seu plano de negócios para fazer frente ao projeto concessionário. Caso isso não tenha ocorrido, a ele será devida indenização, tão somente, do valor ainda não amortizado. Por outro lado, na extinção anômala, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão é todo alterado, para além dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, compreendendo também valores outros, tais como os referentes aos contratos por ele rescindidos com terceiros, o custo do capital investido no tempo (seja ele próprio ou de terceiro), eventuais danos à sua reputação comercial, dentre outros. Daí porque estou de acordo com Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵⁴ quando asseveram que, nessas hipóteses, a “indenização

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 577.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 157-217, mar./ago. 2015.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A Encampação na Concessão: Procedimento e Indenização. *In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (Coord.). Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 49.

derivada da encampação há de comportar a integralidade dos danos suportados pelo concessionário, não devendo se ater apenas ao correspondente a investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados”, mas “também à compensação de uma gama de outros prejuízos atuais e potenciais, dentre os quais a perda do benefício de continuação da execução do contrato pelo prazo previsto”.

Nesse quadrante, duas questões se apresentarão para o árbitro: (i) qual seria o momento que essa indenização seria devida? e (ii) se essa indenização seria composta só pelos danos emergentes ou, também, pelos lucros cessantes? A primeira pergunta segue a lógica da revisão dos contratos de concessão, posto que, se a encampação altera o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, este deve ser restaurado “concomitantemente à sua alteração”, nos termos do artigo 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995, *in fine*. Portanto, deve o Poder Concedente realizar o pagamento *em que se configurar o desequilíbrio*, sendo, pois, uma condição de eficácia para que possa levar a efeito a encampação. A segunda já nos parece ter sido respondida. Ora, se as hipóteses de extinção anômala – sem culpa do concessionário – caracterizam-se como um sacrifício de direitos (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB), o seu regime indenizatório deve abarcar os lucros cessantes, como sendo uma decorrência da recomposição do patrimônio do concessionário. Em síntese, ao concessionário será devida a recomposição pelos bens ainda não amortizados (danos emergentes) e pelo custo de oportunidade do capital investido na concessão (lucros cessantes).

A hipótese de rescisão do contrato de concessão está prevista no artigo 39 da Lei nº 8.987/1995, cuja redação é a seguinte: “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. O referido artigo não deixa de se apresentar como uma prerrogativa contratual do poder concedente, já que, enquanto ele pode declarar a caducidade da concessão em sede administrativa, deve o concessionário provocar o Poder Judiciário para esse fim. Mas isso se justifica em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, posto que os interesses patrimoniais do concessionário não poderiam se sobrepor ao dever do Estado de prestar serviços essenciais à população. Por isso, o regime da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos de concessão difere do previsto nos contratos de empreitada disciplinados pela Lei nº 8.666/1993. Nestes, é autorizado ao particular suspender, administrativamente, a execução dos serviços nas hipóteses previstas no artigo 78, XIV e XV, da Lei nº 8.666/93. Naqueles, nos termos do artigo 39, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995, os serviços prestados pelo concessionário não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado, salvo em hipóteses excepcionais.⁵⁵

⁵⁵ Nesse sentido, o STJ, por meio da Primeira Seção, ao julgar o REsp nº 363.943/MG, assim decidiu: É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia

Essa diferença de regimes terá repercussões na atuação do árbitro quando configurar-se a hipótese de extinção anômala. Se o concessionário terá de se valer do Poder Judiciário para rescindir o contrato nos casos de inadimplência do Poder Concedente, significa que, até a prolação deste provimento jurisdicional – o que pode levar certo tempo, considerando-se a morosidade do Poder Judiciário –, ele terá de continuar prestando o serviço contratado. Portanto, considerando que o tema seja submetido à arbitragem, a primeira função do árbitro será a de decidir acerca da remuneração do concessionário pela prestação dos serviços até decisão final a propósito da rescisão. Se assim não fosse, enquanto houvesse o litígio, o Poder Concedente não repassaria qualquer remuneração ao concessionário levando-o à bancarrota – o que, por via transversa, poderia representar a descontinuidade do serviço público.⁵⁶

A segunda função do árbitro será a de decidir acerca dos prejuízos que teriam sido suportados pelo concessionário, em razão da inadimplência do concedente, para o que se utilizará de lógica semelhante à da indenização na encampação. A nós, parece que esta indenização será composta: (i) pelos danos emergentes relacionados aos investimentos ainda não amortizados, se for o caso; (ii) pelos lucros cessantes, em razão do que ele deixou de ganhar e pelo custo do capital investido. Mas não só. Entendo que essa indenização ainda terá de abarcar um numerário adicional, referente a uma penalidade econômica, a ser estipulada pelo árbitro, em razão do descumprimento contratual do concedente. Isso porque não se justifica que, nas hipóteses de declaração de caducidade, o concessionário seja penalizado pela execução de suas garantias, ao passo que, na rescisão, o poder concedente não sofra qualquer sanção pelo descumprimento de suas obrigações contratuais. Essa diferenciação não se justifica entre o contratante, nem sob uma perspectiva de exorbitância contratual, posto que não se trata de previsão relacionada ao regulamento de execução do serviço. A estipulação de uma penalidade econômica ao concedente estaria abarcada pelo conceito de cláusula econômica, a qual poderia ser submetida ao juízo arbitral. Demais disso, teria a importante função de servir de incentivo para que o Estado não descumprisse suas obrigações contratuais, garantindo maior segurança jurídica às concessões.

Conclusões

Diante do exposto, é possível resumir, em proposições objetivas, as conclusões extraídas do presente estudo:

elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §3º, II)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 363.943/MG. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Seção. DJ, 01.03.04, p. 119).

⁵⁶ Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 610-611; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 660.

(i) A edição da Lei nº 13.129/15 pôs fim à antiga controvérsia a propósito da arbitrabilidade subjetiva no âmbito das arbitragens envolvendo a Administração Pública. Porém, não avançou no tema da arbitrabilidade objetiva;

(ii) A evolução do princípio da consensualidade, no âmbito da Administração Pública, não só autoriza como recomenda que o exercício de suas atividades se dê por meio de atos de cooperação, e não de imposição, o que só legitima a adoção de soluções alternativas de controvérsias, a exemplo da arbitragem;

(iii) A natureza incompleta de contratos de longo prazo, como os de concessão, torna a arbitragem elemento integrante de tais contratações, uma vez que estabelecer, previamente, todas as obrigações das partes (concedente e concessionário) aumentaria seus custos de transação. Nestes termos, a *expertise* dos árbitros contribui para a adequada colmatação das lacunas deixadas propositadamente pelas partes;

(iv) São “direitos patrimoniais disponíveis”, no âmbito dos contratos de concessão, o seu equilíbrio econômico-financeiro e as alternativas adequadas para a sua manutenção; as eventuais disputas acerca dos bens reversíveis, quando de sua extinção; e a validade da própria cláusula compromissória;

(v) No que diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, são matérias que integram o conceito de “arbitrabilidade objetiva”: o pagamento à vista de indenização à parte afetada por evento cujo risco não lhe compita; ou a diluição do pagamento de compensação financeira no fluxo de caixa da concessionária, inclusive com a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência; além do cálculo e da aplicação do índice de reajuste;

(vi) No tema das disputas envolvendo bens reversíveis, a sua identificação e a precificação da indenização poderão ser submetidas ao juízo arbitral. Nesta última hipótese, o árbitro poderá se valer dos critérios financeiro, contábil ou patrimonial para estabelecer o montante devido ao concessionário;

(vii) Nas hipóteses de encampação e de rescisão contratual, o procedimento arbitral poderá ser instaurado quando houver disputa quanto à indenização devida ao concessionário pelos eventuais prejuízos suportados com a ruptura abrupta do contrato. A nós, parece que esta indenização será composta: pelos danos emergentes relacionados aos investimentos ainda não amortizados, se for o caso; e pelos lucros cessantes, em razão do que ele deixou de ganhar e pelo custo do capital investido.

New challenges of arbitration clauses in public contracts

Abstract: The core concern of this paper is the investigation of the matters that may be subject to arbitration in public service concession contracts. The concept of objective arbitrability within these contracts shall be analyzed, specially in what concerns the peculiarities involved in the preparation of arbitration clauses in long term contracts.

Keywords: Administrative law. Arbitration. Concession contracts. Financial and economic balance. Reversible assets. Administrative takeover. Contractual termination.

Referências

- AMAR, Jacques. *De l'usager au consommateur de service public*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.
- _____. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Parecer acerca da extinção administrativa de contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública – Requisitos materiais e processuais. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 157-217, mar./ago. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez. Pareceres. *In: Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 429-433, jan./mar. 2003.
- BRANCHER, Paulo. Soluções de controvérsias e as agências reguladoras. *In: Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./mar. 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 363.943/MG. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Seção. DJ, 01.03.04, p. 119.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo II*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- _____. *Licitações e contratos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedade de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória, Pareceres. *In: Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 396-404, out./dez. 2002.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviços públicos. *In: A arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Bens Reversíveis nas Concessões do Setor de Telecomunicações. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2004.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

_____; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *In: Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

_____. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011.

MOREIRA Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Contrato Administrativo como instrumento de Governo*. Coimbra: Março, 2012.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 255-256, jul./set. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; SILVEIRA, Marilda de Paula; COMBAROLLI, Bruna R. A identificação dos bens reversíveis: do ato ao processo administrativo. *In: Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 38-44, nov. 2014.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *In: Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./mar. 2004.

_____. A Arbitragem na Comercialização de Energia Elétrica. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, pp. 179-180, abr./jun. 2006.

_____. A Arbitragem na Recuperação de Empresas. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 7, out./dez. 2005.

PRADO, Lucas Navarro. Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/1995. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/navarroprado/extino-de-contratos-de-ppp-e-concesso-critrios-de-indenizacao>>.

RIBEIRO, Leonardo Coelho; SILVA, Luiz Eduardo Lessa. Alteração da garantia à execução do contrato de concessão ferroviária. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. 10 Anos da Lei de PPP / 20 Anos da Lei de Concessões – Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social.

_____; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, pp. 215- 261, abr./jun. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

_____; _____. A Encampação na Concessão: Procedimento e Indenização. In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Idioma e local da arbitragem sobre PPP*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9546>.

WILLIAMSON, Oliver. *Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, 1981.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016.
