

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ADRIANO DALEFFE

EXTINÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO POR RESCISÃO:
É POSSÍVEL CONTRATUALIZAR?

SÃO PAULO

2021

ADRIANO DALEFFE

EXTINÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO POR RESCISÃO:
É POSSÍVEL CONTRATUALIZAR?

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld

SÃO PAULO

2021

Daleffe, Adriano.

Extinção de contrato de concessão por rescisão : é possível contratualizar? / Adriano Daleffe. - 2021.

f. 109

Orientador: Carlos Ari Sundfeld.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Concessões administrativas. 2. Rescisão (Direito). 3. Contratos administrativos. I. Sundfeld, Carlos Ari. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 351.712.2.045

ADRIANO DALEFFE

EXTINÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO POR RESCISÃO:
É POSSÍVEL CONTRATUALIZAR?

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Data da aprovação: 03/02/2021

Banca Examinadora

Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld (Orientador)
FGV DIREITO SP

Prof. Dr. André Jancácomo Rosilho
FGV DIREITO SP

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
UFRGS

RESUMO

A Lei Geral de Concessões consagrou uma fórmula de rescisão de contrato de concessão que tem desafiado os administrativistas em razão dos fatores que a compõem: confere-se ao concessionário o direito de provocar judicialmente a extinção do contrato de concessão diante do descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente; contudo, os serviços concedidos não podem ser interrompidos ou paralisados até o trânsito em julgado da decisão judicial de rescisão. Inadimplemento do poder concedente, continuidade dos serviços públicos e intervenção jurisdicional encerrados num único comando normativo que é usualmente reproduzido como cláusula contratual em todas as esferas da administração pública que contrata concessão comum, administrativa e patrocinada. A proposta da dissertação é explorar os limites e as possibilidades do contrato – ou da produção normativa autônoma – para contratualizar a extinção de concessão por rescisão. A partir da fórmula geral consagrada pelo legislador, serão abordados os movimentos da produção normativa heterônoma em torno da rescisão de concessão veiculados por leis setoriais e leis especiais e seus respectivos regulamentos, assim como analisadas contribuições de propostas doutrinárias de incremento da qualidade das contratações públicas. Casos concretos de concessões expostas à extinção por rescisão judicial serão apresentados para ilustrar as dificuldades práticas que resultam da aplicação da fórmula geral da rescisão desacompanhada da especificação contratual, conduzindo a uma aposta do trabalho na difusão da rescisão arbitral. Ao final, serão apresentadas recomendações de conduta informadas pelo resultado da pesquisa (nas leis, nos regulamentos, nos contratos de concessão celebrados, nas propostas doutrinárias e nos processos judiciais), explorando o espaço reservado pelo legislador para a contratualização da extinção de concessão por rescisão.

Palavras-chave: concessão; extinção por rescisão; contratualização; rescisão judicial; rescisão arbitral.

ABSTRACT

The Concession Law established a formula for the termination of a concession agreement that has challenged administrative lawyers due to the factors that comprise it: the concessionaire has the right to seek in courts the termination of the concession agreement in the event of default by the grantor regarding contract clauses; however, the services granted cannot be interrupted or paralyzed until the court decision concerning the termination becomes final. Default by the grantor, continuity of the public services and court intervention comprehended in a sole command, which is usually reproduced as a contractual clause in all spheres of the public administration entering ordinary, administrative and sponsored concession agreements. The proposal of this thesis is to explore the limits and possibilities of the agreement – or of the autonomous normative production – in order to include in the agreement the extinction of concession by termination. Based on the general formula established by the legislator, this study addresses the movements of the heteronomous normative production around the concession termination conveyed by sectorial laws and special laws and their respective regulations, reviewing further contributions of legal literature proposals of increment in the quality of public contracts. This work presents concrete cases of concessions exposed to extinction by legal termination in order to illustrate the practical difficulties deriving from the application of the termination general formula unaccompanied by the contractual specification leading to a bet of the work on the dissemination of the termination by arbitration. In the end, there are recommendations on how to proceed based on the research results (laws, regulations, concession agreements held, literature proposals and legal cases), exploring the space reserved by the legislator for contractualizing the extinction of the concession by termination.

Keywords: concession; extinction by termination; contractualizing; legal termination; arbitration termination.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
1.1. Plano da dissertação.....	8
1.2. O contrato como modo de produção normativa autônoma.....	9
2. A FÓRMULA GERAL DA EXTINÇÃO DE CONCESSÃO POR RESCISÃO	11
2.1. O descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente.....	11
2.2. A ação judicial	14
2.3. A continuidade da prestação dos serviços concedidos	18
2.4. A indenização	22
3. A EXTINÇÃO DA CONCESSÃO NA LEI GERAL DE CONCESSÕES	25
3.1. As hipóteses legais.....	25
3.2. A contratualização da extinção da concessão	30
4. PRODUÇÃO NORMATIVA HETERÔNOMA POSTERIOR À LEI GERAL DE CONCESSÕES	34
4.1. Leis setoriais	34
4.2. Lei das parcerias público-privadas	35
4.3. A Lei da prorrogação e da relicitação dos contratos de parceria.....	41
4.3.1. Contratos de parceria segmentados	42
4.3.2. Extinção amigável de contratos de parceria expostos à caducidade	43
4.3.3. O que há de novo na extinção amigável.....	44
4.3.4. A regulamentação tardia.....	46
5. PRODUÇÃO NORMATIVA AUTÔNOMA SOB A LEI GERAL DE CONCESSÕES	49
5.1. Uma contribuição da burocracia.....	49
5.2. A extinção de concessão por rescisão na prática.....	51
5.2.1. A amostra.....	51
5.2.2. Concessão de serviço público municipal de saneamento básico.....	53
5.2.3. Concessão de serviço público estadual de transporte aquaviário	55
5.2.4. Concessão federal de serviços rodoviários.....	57
5.2.5. Pontos comuns.....	58

6. ARBITRAGEM	60
6.1. Motivos pelos quais a administração pública não deve fugir da arbitragem.....	63
6.2. A resistência à arbitragem	67
6.3. A resistência à arbitragem na extinção de concessão por rescisão.....	72
6.4. A introdução da arbitragem no capítulo da extinção de contrato de concessão	73
7. RESCISÃO ARBITRAL	77
7.1. A extinção de concessão por rescisão é matéria arbitrável	77
7.2. A arbitragem está para a concessão comum assim como está para a concessão administrativa e para a concessão patrocinada	81
7.3. Síntese parcial.....	82
8. RECOMENDAÇÕES DE CONDUTA	84
8.1. O que é possível contratualizar na extinção por rescisão	84
8.2. Como contratualizar	85
8.3. O que contratualizar.....	86
8.3.1. O descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente.....	87
8.3.2. O tempo do litígio.....	89
8.3.3. As condições da continuidade	92
8.3.4. A indenização devida ao concessionário.....	96
9. CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	102

1. INTRODUÇÃO

O objetivo da dissertação é explorar os limites e as possibilidades do contrato de concessão para disciplinar sua própria extinção por iniciativa do concessionário.

O art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe que o contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa do concessionário na hipótese de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. O parágrafo único do mesmo artigo prevê que até o trânsito em julgado da sentença judicial os serviços concedidos não poderão ser interrompidos ou paralisados.

Convive-se com essa fórmula geral de rescisão desde a promulgação da Lei, em 1995. Ao criar as parcerias público-privadas através da Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, o legislador expressamente a incorporou na disciplina das concessões administrativas e das concessões patrocinadas. É comum se deparar com cláusula contratual que se limita a reproduzir o texto legal – e, via de consequência, a contratualizar a fórmula geral – no capítulo dedicado à extinção do contrato de concessão por rescisão, inclusive em projetos recentemente licitados na esfera federal. *De lege ferenda*, o art. 152 do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 2.892, a proposta de uma Lei Geral de Concessões ora sob discussão no Congresso Nacional, conserva a mesma estrutura. Mais precisamente, a proposta consagra a rescisão arbitral, mas não abandona a rescisão judicial do contrato de concessão nos mesmos termos como hoje está positivada.

A longevidade da fórmula geral criada para rescindir contratos de concessão – comum, administrativa e patrocinada – pode ser atribuída ao compromisso que ela encerra, ou pretende fazê-lo, entre dois objetivos: de um lado, garantir ao concessionário o direito de rescindir o contrato de concessão na hipótese de o poder concedente descumprir as normas contratuais, desvinculando-se de relação contratual contaminada pelo inadimplemento do contratante público; de outro, garantir que a prestação do serviço concedido não será descontinuada apesar (i) do inadimplemento contratual do poder concedente e (ii) do exercício do direito de rescisão pelo concessionário – um compromisso cristalizado pelo legislador cuja observância foi confiada inicialmente ao poder judiciário, com exclusividade.

Em menor escala, a fórmula responde aos mesmos desafios que acompanham a contratualização da prestação de serviços públicos por particulares, uma composição entre fatores de difícil conciliação: continuidade do serviço público, direito de contratar e de distratar com o poder público, descumprimento de obrigação contratual como causa jurídica de

resolução dos contratos etc. O fator específico consiste em atribuir ao poder judiciário, ao cabo de processo judicial, a competência para extinguir o contrato de concessão por rescisão mediante sentença transitada em julgado – e a especificidade fica exposta diante da constatação de que o poder judiciário não participa da constituição da relação contratual de concessão.

1.1. Plano da dissertação

A proposta da dissertação é expor as dificuldades criadas por essa fórmula e investigar os limites e as possibilidades do contrato de concessão – ou da produção normativa autônoma – para superá-las à luz do Direito posto.

A hipótese de pesquisa é a de que é juridicamente possível contratualizar a extinção do contrato de concessão por rescisão.

O primeiro passo será apresentar a fórmula geral da rescisão tal como positivada no art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, e investigar como ela se insere em dois contextos: primeiro no Capítulo X da Lei, dedicado à extinção da concessão, no qual outras hipóteses de resolução antecipada do contrato (ou da concessão)¹ estão disciplinadas e relacionadas entre si; depois, no contexto da própria Lei Geral de Concessões, uma Lei minimalista, que (apenas) aparentemente pouco espaço teria deixado para a produção normativa autônoma no que diz respeito à extinção do contrato por rescisão.

Para demonstrar como a fórmula geral se comporta na prática, serão apresentados casos concretos nos quais a rescisão de contrato de concessão foi judicializada e as lições que podem ser extraídas para a estruturação de futuros projetos de concessão comum, administrativa e patrocinada. A escolha dos casos concretos é informada pela pertinência temática com o ponto específico do objeto da dissertação ao qual estão associados, e as limitações quantitativas da amostra são justificadas e compensadas por critérios de escolha que lhe conferem valor ilustrativo.

Em seguida serão abordados os movimentos da produção normativa federal acerca da extinção de concessão por rescisão após a promulgação da Lei Federal n. 8.987/95.

¹ No Capítulo X da Lei Federal n. 8.987/95 “concessão” e “contrato de concessão” são utilizados sem rigor semântico. Alude-se à extinção da “concessão” – e não do “contrato de concessão” – por “anulação”, por exemplo. Por sua vez, a extinção por rescisão é do “contrato de concessão” e não da “concessão”, o que parece tecnicamente mais adequado.

No plano da produção normativa heterônoma, será dedicado um capítulo à extinção amigável criada pela Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, e aos atos normativos que se seguiram, com propostas concretas à contratualização da extinção por rescisão.

No plano da produção normativa autônoma, será destacado o emprego da arbitragem para rescindir contrato de concessão e serão apresentadas suas vantagens em comparação com a tradicional rescisão judicial.

No capítulo que antecede a conclusão serão apresentadas recomendações de conduta informadas pelas reflexões que a pesquisa jurídica provocou.

1.2. O contrato como modo de produção normativa autônoma

Ao longo da dissertação o contrato será referido como modo de produção normativa autônoma em contraposição à Lei como modo de produção normativa heterônoma.

Em outro contexto teórico Hans Kelsen defendeu a existência de dois modos de criação de normas jurídicas, um autônomo e outro heterônomo. O que os difere entre si é a participação ou não do indivíduo que a norma vinculará no seu processo de elaboração. Assim, no ponto extremo da produção normativa autônoma está o contrato de direito privado; no outro extremo, o da produção normativa heterônoma, a Lei. Como esclarece Fernando Dias Menezes de Almeida:

A ordem jurídica confere aos sujeitos que atuam como órgãos do Estado a faculdade de obrigar os administrados por meio de uma manifestação unilateral de vontade. A seu turno, na relação que se diz privada, os sujeitos que hão de se vincular participam na criação da norma vinculante².

A construção original é mais rica, assim como menos linear. O que interessa aqui é destacar sua utilidade prática para o desenvolvimento do tema da dissertação.

Assim como a Lei, o contrato cria uma norma jurídica que não existia antes da sua celebração³. Sob esse enfoque, o contrato não é menos do que a Lei; a ambos se deve idêntica reverência. A diferença reside na maior ou menor participação do indivíduo que a norma vinculará no seu processo de criação. E a modulação do contrato que advém do “caráter heterônomo próprio do Direito público”⁴, desembocando na figura do contrato administrativo,

² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 115.

³ Na construção original Hans Kelsen distingue norma primária, que estipula a sanção, de norma secundária, que descreve a conduta que, uma vez não observada, faz incidir a sanção.

⁴ Ao domesticar a construção kelseniana, Fernando Dias Menezes de Almeida chega à conclusão de que o contrato administrativo “teria o caráter de produção normativa relativamente autônoma próprio das convenções, porém

não o descredencia como autêntico veículo de criação do Direito. Logo, ao celebrar um contrato de concessão, poder concedente e concessionário estão produzindo normas jurídicas – e isso tem de ser levado a sério.

É recorrente a identificação do contrato como modo de produção normativa, bastando para tanto recorrer às lições de Introdução ao Estudo do Direito. Na prática, contudo, e especialmente na prática da contratualização administrativa, atribui-se especial primazia à Lei. Mesmo nas hipóteses em que a Lei reserva espaço para a produção normativa autônoma, abdica-se da convenção.

Mas a construção de Hans Kelsen tem outro mérito: revela que, no reconhecimento do contrato como modo de produção normativa, há uma escolha de política legislativa. Segundo o autor, ao instituir a convenção – e sua espécie contratual – como modo de criação do Direito, “o legislador quer deixar aos sujeitos de direito o cuidado de reger eles mesmos seus interesses econômicos e outros, e que ele estima que uma regulamentação independente e autônoma desses interesses é a solução melhor indicada e mais justa”⁵.

Na hipótese de pesquisa aqui adotada – é juridicamente possível contratualizar a extinção de concessão por rescisão – confia-se que o legislador federal reservou à produção normativa autônoma espaço necessário e suficiente para disciplinar a extinção da concessão em razão do descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente.

matizado pelo caráter heterônomo próprio do Direito público” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 118).

⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 78-79.

2. A FÓRMULA GERAL DA EXTINÇÃO DE CONCESSÃO POR RESCISÃO

O art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 assim dispõe:

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.
Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Numa primeira leitura, o dispositivo é singelo. Cuida de atribuir ao concessionário o direito de extinguir a concessão na hipótese de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, desde que (i) o exerça mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, e (ii) a prestação dos serviços não seja interrompida ou paralisada até o trânsito em julgado da decisão judicial⁶. Mas a aparente singeleza inicial se esvanece à medida que se avança na análise dos componentes dessa fórmula geral.

2.1. O descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente

A extinção da concessão por rescisão é vinculada ao “descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente”. Nota-se que o legislador não qualificou o descumprimento, tampouco especificou as normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a tomar a iniciativa de rescindir o contrato.

Soaria ingênuo esperar do legislador uma estipulação minuciosa de obrigações contraídas pelo poder concedente que não tolerariam o inadimplemento – mesmo porque, quando o fez ao discriminar as obrigações do concessionário que conduzem à extinção da concessão por caducidade⁷, empregou termos tão genéricos e abrangentes que, sem um filtro adicional, levam à conclusão de que todo e qualquer descumprimento imputável ao concessionário pode desembocar em extinção por caducidade.

Basta ver que da descrição da hipótese do inciso II do § 1º do art. 38 da Lei Federal n. 8.987/95 (“a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou

⁶ A expressão rescisão ganhou significado único com a Lei Federal n. 8.987/95, que foi preservado na produção legislativa subsequente em matéria de concessão. Não se confunde com a rescisão de que tratam os arts. 79 e 80 da Lei Federal n. 8.666/93, tampouco com a rescisão de contratos do Direito Privado. Como leciona Marçal Justen Filho, rescisão no âmbito das concessões “É a extinção do contrato, em virtude de decisão judicial, decorrente do inadimplemento do poder concedente” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 608).

⁷ Art. 38, § 1º, I a VII, da Lei Federal n. 8.987/95.

regulamentares concernentes à concessão”) podem ser extraídas todas as demais hipóteses descritas nos demais incisos do mesmo dispositivo legal. A redundância pode ter algum apelo pedagógico, não normativo, e não foi reproduzida no *caput* do art. 39.

Sob um enfoque de política legislativa, contudo, não é ingênuo apostar em alternativas de produção normativa heterônoma que reduzam oportunidades ou desincentivem descumprimentos de normas contratuais ou, quando menos, minimizem seus efeitos em relação a obrigações contratuais mais sensíveis.

Tome-se como exemplo a proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento, de autoria de Carlos Ari Sunfeld, em cuja apresentação o autor defende que “É preciso superar a prática atual, em que o pactuado inicialmente nos contratos de concessão acaba por não ser de fato vinculante nem para a administração, nem para o concessionário”⁸. Sob títulos sugestivos como “Proteção contra barreiras administrativas à execução do contrato”, “Proteção contra comportamentos que desequilibrem a contratação” e “Prevenção contra alterações informais, excessivas ou abusivas”, entre outros, os dispositivos da proposta não apenas identificam as obrigações mais sensíveis atribuídas ao poder concedente numa concessão (desapropriar, reajustar e revisar tarifas, aprovar projetos etc.) como criam mecanismos voltados a evitar o descumprimento ou eliminar ou neutralizar seus efeitos⁹.

De lege lata, a Lei Geral de Concessões remete ao “descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente”. Mas não há no direito administrativo uma teoria do inadimplemento das obrigações ou do inadimplemento contratual desenvolvida como há no direito civil, construída em torno da responsabilidade pela reparação dos danos e dos conceitos de inadimplemento absoluto, mora e, mais recentemente, de violação positiva do contrato¹⁰. Aliás, a inexistência de relações jurídicas privadas tão complexas quanto uma relação de concessão administrativa dificulta o aproveitamento puro e simples da teoria civilista para caracterizar o inadimplemento contratual do poder concedente e disciplinar seus efeitos.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias de investimento em empreendimentos públicos: qual reforma jurídica pode fazer diferença?. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura**: eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017, p. 75-147.

⁹ Confira-se: Art. 16. Não serão atribuídas à contratada obrigações cuja execução dependa de providências ou prestações anteriores de responsabilidade direta ou indireta do contratante público, salvo se, quando da celebração do contrato, este ofereça garantia financeira suficiente de execução dessas providências ou prestações. A solução para a obrigação de desapropriar não é menos engenhosa: Art. 18. Caberá à contratada, como delegada de função pública, independentemente de qualquer ato do Poder Público, declarar a utilidade pública dos bens necessários ao cumprimento do contrato, ficando a seu cargo a execução da desapropriação ou servidão, ainda que o pagamento da indenização dependa do aporte de recursos públicos, nas condições e valores ajustados, e ainda que o contrato preveja a incorporação dos bens diretamente ao patrimônio público.

¹⁰ STEINER, Renata Carlos. Relação jurídica de concessão como processo e a situação patológica de descumprimento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 205-237, out./dez. 2011.

E muito embora o dispositivo legal se refira ao descumprimento de “normas contratuais”, há autores que as equiparam às “normas legais” e às “normas regulamentares” para atribuir ao concessionário o direito de provocar a extinção da concessão por rescisão. É o que defende José dos Santos Carvalho Filho:

Embora a lei se refira apenas às normas contratuais, entendemos que não é só o descumprimento destas que dá causa à rescisão. Haverá ocasiões em que por desrespeito à lei ou aos regulamentos disciplinadores da concessão sejam da mesma forma vulnerados direitos do concessionário. O fator descumprimento é o mesmo, de forma que o concessionário poderá tomar a iniciativa de extinguir a concessão por meio da rescisão¹¹.

Porém, ainda que o descumprimento de normas pelo poder concedente possa sacrificar direitos do concessionário, estejam eles veiculados por Lei, regulamento ou contrato, a alusão ao “descumprimento de normas contratuais” – e não ao “descumprimento de normas” *lato sensu* – como causa de extinção da concessão por iniciativa do concessionário não parece gratuita. É no contexto mais amplo da Lei Geral de Concessões, que será adiante abordado, que as “normas contratuais” a que se refere o art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987/95 devem ser interpretadas.

Marçal Justen Filho sustenta que, ao disciplinar a extinção da concessão por rescisão, a Lei Geral de Concessões teria adotado modelo consagrado pela Lei Federal n. 8.666/93, “no sentido da impossibilidade de o poder concedente reconhecer o próprio inadimplemento”¹². Em razão disso, para o autor, o art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987/95 seria inconstitucional, por violar os princípios da República e da moralidade “de que derivam o dever de a Administração Pública pronunciar de ofício a nulidade de seus próprios atos”. Diante de um hipotético descumprimento de norma contratual, nada mais restaria ao poder concedente senão extinguir a concessão *ex officio* e indenizar o concessionário.

Ainda que não se concorde com a tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal, o argumento do autor expõe um viés recorrente no terreno das relações jurídicas que envolvem o poder público, mas que não é exclusivo da produção legiferante, tampouco da Lei Federal n. 8.666/93: muito embora a premissa seja diuturnamente infirmada pela prática, assume-se que a administração pública que contrata não descumpra as normas contratuais às quais se vinculou. Logo, incentivos ao cumprimento pontual das obrigações assumidas não são contratualizados, assim como não se cogita a hipótese de assumir o próprio descumprimento.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 436.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 608.

Em todo caso, um dos possíveis obstáculos ao reconhecimento oficial do próprio descumprimento – o risco de responsabilização pessoal do agente público – foi duramente atingido pela Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Há pelo menos dois dispositivos incluídos na LINDB – art. 22, § 1º, e art. 28¹³⁻¹⁴ – que asseguram ao agente público a prerrogativa de decidir no caso concreto, o que inclui reconhecer um descumprimento de norma de contrato de concessão, sem se expor à responsabilização pessoal, ressalvadas as hipóteses de dolo ou erro grosseiro.

Em suma, o primeiro componente da fórmula geral da extinção de concessão por rescisão consiste no descumprimento de “normas contratuais” – não de normas legais ou de normas regulamentares – pelo poder concedente. O legislador não qualificou o descumprimento, muito menos especificou as normas contratuais mais sensíveis – e a proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento demonstra que poderia tê-lo feito, identificando-as e antecipando soluções. Há um modelo consagrado pela Lei Federal n. 8.666/93 que é refratário ao reconhecimento do próprio inadimplemento pelo contratante público; ainda que discutível sua consagração pela Lei Federal n. 8.987/95, há dispositivos na LINDB que permitem uma nova abordagem.

2.2. A ação judicial

O segundo componente da fórmula geral da rescisão é uma “ação judicial”. Mais precisamente, a Lei Geral de Concessões prevê que o contrato de concessão pode ser rescindido por iniciativa do concessionário na hipótese de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente “mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

No capítulo anterior foi mencionada uma espécie de resistência à ideia de que o poder público descumpra suas obrigações contratuais da qual deriva uma resistência ainda maior ao reconhecimento oficial do descumprimento.

¹³ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

¹⁴ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Assim, caberia a um terceiro – o poder judiciário – declarar o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente no caso concreto, com força de coisa julgada, e esse seria o “fim” da ação judicial de iniciativa do concessionário referida no dispositivo legal.

Outro viés não menos recorrente é resistir à constatação de que, uma vez descumpridas normas – inclusive legais – pelo poder concedente, há alterações imediatas na esfera jurídica do concessionário cuja oponibilidade haveria de independe da intervenção do poder judiciário. Não se trata aqui de discutir a incidência, ou não, da *exceptio non adimpleti contractus* em matéria de contratação pública, o que será enfrentado mais adiante em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95. O curioso é que, mesmo nas raras hipóteses nas quais a Lei autoriza o particular contratado a se valer da exceção de contrato não cumprido ou prerrogativa assemelhada, controverte-se em torno da possibilidade de fazê-lo sem recorrer ao poder judiciário.

Para ilustrar esse argumento basta conferir o teor de enunciado recentemente aprovado na I Jornada de Direito Administrativo promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), evento do qual participaram juristas de indiscutível qualificação técnica e formação acadêmica e com vasta experiência profissional¹⁵. Através do enunciado n. 6 chegou-se ao consenso de que “O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública autoriza o contratado a suspender o cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação, mesmo sem provimento jurisdicional”.

A “autorização” a que se refere o enunciado está prevista no art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666, promulgada em 1993¹⁶. Ao comentar esse dispositivo em obra publicada em 1995, Carlos Ari Sunfeld afirmou que “A lei 8.666/93 lançou por terra a tradicional afirmação doutrinária no sentido da impossibilidade de, no contrato administrativo, o particular invocar a exceção do contrato não cumprido, paralisando a execução por conta do inadimplemento da Administração”¹⁷. Mais de 25 após a promulgação da Lei de Licitações discute-se se é possível

¹⁵ Evento realizado em formato virtual entre os dias 3 e 7 de agosto de 2020 no qual foram recebidas para análise 743 propostas de enunciados para apreciação e debate em seis Comissões de Trabalho presididas por Ministros do Superior Tribunal de Justiça e Desembargador Federal. Em sessão plenária ocorrida em 7 de agosto de 2020 foram aprovados quarenta enunciados.

¹⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XI – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 233. Na primeira edição dos seus **Comentários à Lei de Licitações**, de 1993, Marçal Justen Filho defendia que através desse dispositivo “a Lei faculta ao particular o exercício de prerrogativas

o particular suspender o cumprimento de suas obrigações diante da mora do poder público contratante por prazo legalmente determinado sem ter de ingressar com ação judicial.

Se há uma dúvida persistente acerca da possibilidade de, numa relação jurídica contratual muito menos complexa, o particular suspender *motu proprio* o cumprimento de obrigações por ele contraídas diante da mora do poder público contratante, ainda que a Lei aponte para essa possibilidade, não é de causar espécie dispositivo legal que confia ao poder judiciário extinguir uma complexa relação jurídica de concessão a pedido do concessionário (o privado) por motivos imputáveis ao poder concedente (o público).

Sob esse enfoque, o “fim” da ação judicial a que se refere o art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987/95 passaria a ser declarar o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente (efeito declaratório) e desconstituir a relação jurídica de concessão por esse motivo a pedido do concessionário (efeito constitutivo-negativo).

É inquestionável que numa relação contratual público-privada, simples ou complexa, há interesses outros cuja satisfação exige a modulação dos direitos e dos deveres que são ordinariamente produzidos numa relação contratual puramente privada, assim como no modo de exercê-los. Não se nega que essa modulação é enviesada, e as chamadas prerrogativas exorbitantes que se usa reconhecer em favor do contratante público evidenciam o sentido do viés. Há interesses gerais envolvidos, e confia-se no ingresso de uma ação judicial como a melhor alternativa disponível para garantir que sejam tutelados.

A propósito, Vera Monteiro identifica no mesmo dispositivo legal uma cláusula exorbitante: “A Lei 8.987/1995 (...) acrescentou mais uma hipótese de cláusula tipicamente pública, mas específica para o contrato por ela regido, qual seja, aquela que trata da impossibilidade de rescisão do contrato por iniciativa do concessionário, a não ser por decisão judicial transitada em julgado”¹⁸. Assim, a ação judicial seria condição necessária à extinção da concessão por rescisão diante do inadimplemento contratual do poder concedente.

A inclusão de uma “ação judicial” na fórmula geral da extinção de concessão por rescisão não representa, por si só, um problema. Na já mencionada proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento prestigia-se a solução de conflitos via arbitragem, mas o recurso ao poder judiciário está igualmente presente de forma pontual: sugere-se que decisões do poder concedente que impeçam, adiem ou reduzam unilateralmente a cobrança ou

que se assemelham à exceção de contrato não cumprido” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 418), entendimento que é mantido desde então (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/93. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1435).

¹⁸ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

o reajuste de tarifas ou preços cobrados pelo concessionário dependam de “prévia autorização judicial”¹⁹, assim como se confia ao poder judiciário controlar os excessos que cercam a invocação de “invalidade” como pretexto para o descumprimento de obrigações contratuais, o impedimento ao exercício de direitos contratuais pela outra parte e a sabotagem contratual²⁰.

O que há de peculiar na proposta de Carlos Ari Sunfeld é inverter o ônus da judicialização, atribuindo à parte que pretende se eximir de cumprir o contrato o ônus de buscar a tutela jurisdicional para tanto, assim como especificar a intervenção jurisdicional e direcioná-la para pontos específicos da relação de concessão no intuito de preservá-la. Por motivos óbvios, a especificação não eliminaria o risco da judicialização indiscriminada; eventuais dispositivos legais que restringissem o acesso ao poder judiciário ao contratante público ou ao contratado privado padeceriam do vício de inconstitucionalidade²¹. Isso, contudo, não retira da proposta o mérito de buscar qualificar a intervenção jurisdicional na relação de concessão – e a aposta é de que essa qualificação pode ser contratualizada.

Em resumo, o segundo componente da fórmula geral da extinção de concessão por rescisão é uma “ação judicial” que, muito embora não especificados pelo legislador, pode ter dois “fins”: declarar o descumprimento de norma contratual pelo poder concedente e/ou rescindir o contrato de concessão e assim extinguir a concessão. Exigir o ingresso de ação judicial pode ser explicado pela resistência à ideia de que o poder público descumpra suas obrigações contratuais e que pode reconhecê-lo, bem como à tendência de se negar ao particular contratado a possibilidade de suspender ou interromper *motu proprio* o cumprimento de obrigações contratuais por ele contraídas. Na relação de concessão há interesses gerais envolvidos cuja tutela é confiada ao poder judiciário nas hipóteses em que o descumprimento de obrigações é imputável ao poder concedente. A proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento aponta para o caminho da inversão do ônus da judicialização e da especificação da intervenção jurisdicional e a direciona para pontos sensíveis da relação de concessão. Em alguma medida, é possível trilhar esse mesmo caminho pela via contratual.

¹⁹ Art. 20. O contratante público não poderá, por razões de interesse público, impedir, adiar ou reduzir unilateralmente a cobrança ou o reajuste de tarifas ou preços pela contratada, salvo com prévia autorização judicial ou, se for o caso, de Tribunal Arbitral, em decisão cuja vigência ficará sempre vinculada ao pagamento de compensação mensal em dinheiro pela perda de receita.

²⁰ Art. 22. Nenhuma das partes poderá, a pretexto de invalidade, suspender o cumprimento de suas obrigações contratuais, nem impedir o exercício dos direitos conferidos pelo contrato à outra parte, ou comprometer de qualquer modo a execução contratual, salvo prévia decretação ou autorização judicial ou, se for o caso, do Tribunal Arbitral.

²¹ A inafastabilidade do controle jurisdicional está prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2.3. A continuidade da prestação dos serviços concedidos

O art. 39, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 dispõe que na extinção de concessão por rescisão “os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”.

Uma interpretação possível do dispositivo conduziria à conclusão de que, em homenagem aos interesses gerais atendidos pela concessão e ao postulado da continuidade dos serviços públicos, os serviços concedidos não poderão ser interrompidos ou paralisados. Todavia, isso não implicaria dizer que os serviços terão de ser continuados necessariamente por conta e risco do concessionário. Afinal, o que teria motivado o ingresso da ação judicial seria um descumprimento de norma contratual pelo poder concedente – e não um descumprimento de norma contratual qualquer. A partir dessa premissa, constranger o concessionário a responder pela prestação dos serviços concedidos por prazo indeterminável a despeito do inadimplemento do contratante público levaria a resultados insustentáveis.

Assim, o destinatário da norma jurídica contida nesse dispositivo seria o poder concedente, a quem caberia garantir a continuidade da prestação dos serviços, e não necessariamente o concessionário; a depender da natureza ou do alcance do inadimplemento daquele, exigir que este permanecesse responsável por prestar um “serviço adequado” tal como inicialmente estipulado pelas normas legais, regulamentares e contratuais configuraria espoliação.

Seja como for, há efeitos legais que são comuns a todas as hipóteses de extinção da concessão e que se traduzem na devolução do serviço concedido ao poder concedente. Para cada hipótese legal de extinção o legislador elegeu um *point of no return* que, na rescisão, é o trânsito em julgado de decisão judicial. Até que o trânsito em julgado ocorra, não há de haver transferência de bens reversíveis, direitos e privilégios, tampouco a assunção parcial ou integral da prestação dos serviços pelo ente público. Ao longo da tramitação da ação judicial o concessionário permanece na posse plena dos bens necessários à prestação dos serviços, e extrair do texto legal uma atribuição de deveres ao poder concedente nesse intervalo parece indefensável. Em termos práticos, poderia resultar na implantação de infraestrutura redundante (algo impraticável quando prestar o serviço exige construir e operar redes de qualquer natureza), alocação ineficiente de recursos tanto públicos quanto privados e alta probabilidade de inadequação do serviço disponibilizado ao usuário final.

Se essa linha de interpretação conduz a resultados de difícil sustentação tanto teórica quanto prática, não são menores os desafios para se enxergar no parágrafo único do art. 39 da

Lei Federal n. 8.987/95 uma proibição *ope legis* de o concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus*²².

Ao comentar esse dispositivo legal, Marçal Justen Filho inicia por afirmar que ele “consagra a impossibilidade de o concessionário invocar a exceção de contrato não cumprido. Portanto, o inadimplemento do poder concedente não autoriza a recusa do concessionário em cumprir seus deveres”²³.

Contudo, logo em seguida o autor defende uma interpretação razoável e conforme a estruturação constitucional do Estado que, em última análise, restringe a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido ao inadimplemento de obrigações acessórias ou de menor relevância (“deveres de pequena relevância do Estado”). Nos casos em que o descumprimento “versar sobre prestação essencial à sobrevivência do concessionário, não será aplicável o dispositivo”.

Sem qualquer espécie de temporização, Antonio Carlos Cintra do Amaral entende que “A rescisão corresponde ao reverso da caducidade” e, por força do “princípio da continuidade”²⁴, o concessionário não só está proibido de interromper ou paralisar os serviços até o trânsito em julgado da decisão judicial como obrigado a prestar o “serviço adequado” tal como originariamente estipulado no contrato de concessão sob pena de extinção da concessão por caducidade²⁵.

Em artigo produzido em conjunto com Jacintho Arruda Câmara e Vera Monteiro, Carlos Ari Sundfeld enfatiza a singularidade do art. 39, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95. Ao enfrentar os direitos do contratado diante da inadimplência do contratante público em contratos disciplinados pela Lei Federal n. 8.666/83, afirma que:

Quando a legislação impôs ao particular o ônus do cumprimento do contrato, mesmo diante da inadimplência da Administração Pública, o fez de maneira expressa. A única previsão nesse sentido que aparece no Direito brasileiro abarca os contratos de

²² Através de Lúcia Valle Figueiredo sabe-se de debate ocorrido em 1976 na PUC-SP entre Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Adílson Abreu Dallari e Clóvis Beznos que, apesar das divergências em torno da *exceptio non adimpleti contractus* em contratos administrativos, já antecipava uma tendência de autorizá-la (a exceção) em benefício do particular contratado, salvo nos contratos que envolvessem a prestação de serviços públicos. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público**: estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 108.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 610.

²⁴ É consagrada a ideia de que os serviços públicos devem ser prestados sem solução de continuidade e não faltam razões históricas, políticas, sociológicas, econômicas e jurídico-positivas para fundamentá-la. Contudo, é possível extrair da mesma ideia de continuidade dos serviços públicos o dever da contraprestação. Assim, a continuidade do serviço público operaria em dois sentidos: se a prestação não pode ser suspensa ou interrompida, deve-se garantir que o pagamento da sua contraprestação também não seja. A produção legislativa federal em torno dos serviços públicos de saneamento básico (água, esgoto, limpeza urbana e drenagem de águas pluviais), talvez porque essenciais, permite novas abordagens da ideia da continuidade do serviço público que, por escapar do tema do trabalho, não serão exploradas.

²⁵ CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 83.

concessão de serviço público, sujeitos à Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95). Em tais avenças, mesmo diante da inadimplência da Administração Pública (poder concedente), o contratado (concessionário) só poderá deixar de executar integralmente o contrato, isto é, de prestar o serviço público concedido, após decisão judicial transitada em julgado, que rescinda o contrato de concessão (art. 39, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95)²⁶.

O mesmo dispositivo legal é mencionado pelo autor em artigo integrante de obra coletiva em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles, quando afirmou que:

A rescisão judicial por inadimplemento do concedente é medida de proteção do concessionário, quando as violações praticadas por aquele tornarem desinteressante a continuidade da relação para este. Mas este deverá manter os serviços até o trânsito em julgado, como dispõe o parágrafo único. Ora, esse dever seria absurdo e antijurídico, transformando-se em requisição de fato sem qualquer base ou limite legal, se fosse exigido que o particular o fizesse em condições totalmente diversas daquelas que contratou²⁷.

Nas duas oportunidades a norma contida no art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 é mencionada com o intuito de lançar luzes sobre outros temas polêmicos em matéria de contratação pública.

Na primeira, além da ênfase na sua singularidade, a norma é referida como disposição exclusiva dos contratos de concessão de serviço público e sem equivalente nos contratos disciplinados pela Lei Federal n. 8.666/93, também chamados de contratos de desembolso – e o foco do artigo era justamente essa última espécie de contrato administrativo num cenário de crise agravada pelo inadimplemento do contratante público.

Na segunda, o tema polêmico consiste na tendência de confiar à reparação por perdas e danos, *post factum* e por conta e risco do concessionário, a satisfação de direitos que lhe são contratualmente conferidos e que são sonogados pelo poder concedente durante a vigência do contrato. O intuito é confrontar o que o autor chama de um mito jurídico: “o de que, nas concessões, existiria discricionariedade administrativa para recusar a fruição *in natura* de direitos (direitos à tarifa, ao reajuste, ao reequilíbrio, à extensão de prazo etc.), a qual poderia ser indiferentemente substituída por indenizações, suportando o concessionário o ônus de pleiteá-la em Juízo”²⁸. Ao impor ao concessionário o ônus de manter a prestação do serviço

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera. Direitos do contratado diante da inadimplência do poder público contratante. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131, p. 31-41, out./2016.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)** defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251-261.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito**

público apesar do descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente, a norma da Lei Geral de Concessões seria inconstitucional caso não se garantisse ao concessionário a fruição *in natura* de todos os direitos que lhe foram inicialmente adjudicados, no tempo e no modo como o foram.

Fato é que, descumprida norma contratual pelo poder concedente, o legislador imputou ao concessionário o ônus da judicialização, ou melhor, o ônus do tempo patológico do processo judicial²⁹. Até o trânsito em julgado da decisão que declarar o descumprimento de norma contratual pelo poder concedente e/ou rescindir o contrato de concessão, seja qual for a duração do processo judicial, os serviços prestados pelo concessionário não poderão ser interrompidos ou paralisados. A aposta é de que essa opção legislativa pode se mostrar contraproducente.

Afinal, se na origem do ônus de manter a prestação dos serviços públicos pelo tempo do processo judicial reside um descumprimento de norma contratual pelo poder concedente – uma patologia contratual, é possível que o serviço público em questão já padeça em qualidade e/ou adequação em alguma medida. Para se evitar que uma situação patológica seja enfrentada com uma solução não menos patológica, de prazo indeterminável, sacrificando aquilo que se pretendeu preservar – a continuidade do serviço público –, é necessário explorar os limites e as possibilidades do contrato de concessão no sentido de abreviar a extinção por rescisão.

Em suma, a norma do parágrafo único do art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 teria consagrado a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido em contratos de concessão, aqui presidida pela ideia de que a prestação de serviços públicos não pode ser descontinuada. A interpretação que transfere ao poder concedente o ônus da continuidade da prestação do serviço associado ao ônus do tempo patológico do processo judicial é de difícil sustentação teórica e prática, mas é possível identificar certa resistência em atribuí-los (os ônus) integral e exclusivamente ao concessionário. Admite-se que o concessionário é proibido de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* em face do poder concedente, mas são tantas e tamanhas as ressalvas à aplicação prática dessa proibição que se passa a duvidar da sua utilidade. De todo modo, cuida-se de norma singular, sem equivalente na disciplina de outros contratos administrativos. Sem negar que os serviços públicos devem ser continuamente prestados,

administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251.

²⁹ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1999, p. 631-633. Apud: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo:** uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Na doutrina processualista é assumida a existência do tempo fisiológico do processo, o tempo normal e necessário para o desenvolvimento do processo judicial, em contraposição ao tempo patológico do processo, que corresponde à duração anormal ou excessiva do processo judicial. É certo que não há uma linha divisória precisa entre os dois “tempos”. Em todo caso, é isso o que se discute quando se fala em duração razoável do processo judicial.

imputar ao concessionário todo o ônus derivado do descumprimento de norma contratual pelo poder concedente acrescido do ônus do tempo patológico do processo judicial, sem qualquer espécie de modulação, pode se mostrar contraproducente. Talvez seja possível – e necessário – modular os ônus que recaem sobre o concessionário pela via contratual.

2.4. A indenização

Por fim, a Lei Geral de Concessões nada dispõe acerca da indenização devida pelo poder concedente ao concessionário na hipótese de extinção da concessão por rescisão. De modo geral, sustenta-se que nessa hipótese a indenização deve ser equivalente à do concessionário surpreendido pela extinção por encampação. Em termos quantitativos, portanto, a indenização na rescisão seria a mais ampla e abrangente entre aquelas que o legislador previu para as hipóteses de extinção de concessão no Capítulo X da Lei Federal n. 8.987/95.

Há autores que vão além e defendem, por razões as mais variadas, o direito do concessionário à indenização por lucros cessantes, por dano moral³⁰ e um *plus* a título de penalidade econômica³¹. Porém, o art. 23 da Lei Federal n. 8.987/95 remete a disciplina dessa matéria ao contrato de concessão e, na medida em que o concessionário terá de ingressar com ação judicial para obter o provimento de rescisão do contrato de concessão, o *quantum* da indenização é definido no processo judicial e passa a ser mais um capítulo da sentença judicial. Considerando esses dois filtros na estipulação do valor a ser indenizado, o contratual (usualmente omissivo) e o judicial (reticente em adjudicar compensação por expectativas frustradas), é baixa a probabilidade de o concessionário ser indenizado por dano moral e menor ainda a chance de obter um valor de reparação por penalidade econômica³².

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 609. Segundo o autor, “Poderá pleitear-se, ademais, indenização por danos morais, quando a situação tiver provocado redução da reputação do concessionário no mercado ou desmerecido sua imagem empresarial”.

³¹ FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 259. Diz o autor: “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”. O argumento do autor passa por uma combinação entre jurisdição e arbitragem na rescisão e, por esse motivo, caberia ao árbitro (não ao juiz) decidir sobre a indenização. O tema será enfrentado em outro capítulo do trabalho.

³² Não se discute a possibilidade de a pessoa jurídica do concessionário sofrer dano moral e pretender reparação pecuniária a esse título; a questão é pacífica na Jurisprudência a ponto de ter sido sumulada (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça). Também não se nega que, além dos danos emergentes e dos lucros cessantes, a plenitude da indenização devida ao concessionário na rescisão possa contemplar rubricas específicas associadas à estruturação econômico-financeira do contrato de concessão. A afirmação de que é baixa a probabilidade de se obter indenização a qualquer desses títulos decorre da existência do duplo filtro: primeiro, a indenização teria de ser contratualizada, vez que ausente previsão legal; depois, contratualizada ou não, teria de sobreviver ao controle jurisdicional ou ser constituída pela decisão judicial.

No tocante ao cabimento de indenização por lucros cessantes, Carlos Ari Sundfeld o defende na hipótese de extinção da concessão por encampação com fundamentos que conduzem ao mesmo resultado na extinção da concessão por rescisão. Em ambas as hipóteses de extinção (encampação e rescisão) estão presentes: (i) motivo não imputável ao concessionário, (ii) resolução precoce da relação contratual e (iii) frustração de expectativas legítimas do concessionário. Diz o autor que, na extinção precoce da avença por encampação:

a previsão original de remuneração do capital investido não é satisfeita; contratos relacionados à execução da concessão encampada haverão de ser precocemente extintos; financiamentos obtidos também em função da outorga extinta precisarão ser revistos; enfim, outros problemas e consequências práticas haverão de ser contornados em decorrência da extinção precoce do contrato de concessão³³.

É certo que na extinção por rescisão há peculiaridades associadas à fórmula geral consagrada pelo legislador. Ao contrário da encampação, modalidade de extinção *one shot*, na rescisão há um prazo indeterminável (de duração do processo judicial) dentro do qual o concessionário permanece responsável pela prestação dos serviços. Enquanto não transitada em julgado a decisão judicial que rescindir o contrato de concessão não há transferência (devolução) de bens reversíveis, direitos e privilégios, tampouco a assunção parcial ou integral da prestação dos serviços pelo poder concedente. Na disciplina da rescisão amigável através da Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, reconhece-se o surgimento de um período de transição, e são oferecidas soluções que, pela via contratual, podem ser incorporadas na extinção por rescisão.

Resta mencionar, ainda, que, enquanto na encampação a indenização devida ao concessionário há de ser paga previamente, na extinção por rescisão sequer há previsão legal de pagamento de indenização, quanto menos a definição do momento em que é exigível pelo concessionário. Para ser mais preciso, enquanto na encampação a indenização deve ser paga antes do ato de extinção da concessão, na rescisão há um lapso de tempo indeterminado e indeterminável entre o ato de extinção da concessão (o trânsito em julgado da decisão judicial) e o efetivo pagamento da indenização, quando há.

Uma vez decomposta a fórmula geral da rescisão tal como positivada no art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, passa-se à análise das demais hipóteses legais de extinção da concessão previstas no seu Capítulo X. A proposta é de se afastar do texto duro do dispositivo legal e investigar o que há de produção normativa heterônoma no seu entorno mais

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. Extensão da indenização à concessionária na encampação. In: **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 277-290 (Coleção pareceres; v. 2).

próximo, ou seja, nos demais dispositivos da Lei Geral que tratam diretamente da extinção da concessão.

3. A EXTINÇÃO DA CONCESSÃO NA LEI GERAL DE CONCESSÕES

3.1. As hipóteses legais

A vocação natural da concessão é extinguir-se em razão do termo final do respectivo contrato, que o legislador elegeu como a primeira modalidade ou hipótese de extinção no elenco do art. 35 da Lei Federal n. 8.987/95³⁴. Ainda que não haja um prazo máximo legal para a vigência do contrato de concessão³⁵, esse prazo há de ser certo³⁶ e, “Findo o prazo, extingue-se o contrato”³⁷.

É a partir da análise dessa modalidade de extinção da concessão, aqui considerada como *default*, que podem ser identificados os principais efeitos da extinção que mereceram a atenção do legislador: o retorno ao poder concedente de todos os bens, direitos e privilégios transferidos ao concessionário; a imediata assunção do serviço público pelo poder concedente; a adjudicação do direito de indenização ao concessionário³⁸.

Ainda que comuns a todas as hipóteses de extinção previstas no Capítulo X da Lei Federal n. 8.987/95, esses efeitos estão modulados de forma pouco sistemática entre os arts. 35 e 39 da Lei, quando estão, e, combinados com disposições particulares associadas a cada modalidade, permitem enxergar as especificidades de cada qual³⁹.

Já foi antecipado que a extinção da concessão por encampação consiste na retomada ou no resgate do serviço pelo poder concedente por motivo de interesse público mediante “lei autorizativa específica” e pagamento ao concessionário de prévia indenização. A especificidade da encampação reside na exigência de Lei especial, ou seja, na necessária infiltração do poder legislativo – e consequente participação de uma instância adicional – no processo decisório da

³⁴ Art. 35. Extingue-se a concessão por: I – advento do termo contratual.

³⁵ Não há prazo mínimo ou máximo estipulado na Lei Geral de Concessões para a concessão comum. Para o contrato de concessão patrocinada e de concessão administrativa, o legislador estipulou um gradiente no art. 5º, I, da Lei Federal n. 11.079/2004, entre cinco e 35 anos.

³⁶ Art. 23, I, da Lei Federal n. 8.987/95.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

³⁸ Art. 35, §§ 1º a 4º, da Lei Federal n. 8.987/95.

³⁹ Além do advento do termo contratual, da encampação, da caducidade e da anulação, entre os incisos do art. 35 da Lei Federal n. 8.987/95 consta ainda a extinção da concessão por “falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”. A modalidade soa extravagante, ainda mais como modalidade autônoma de extinção. É pouco provável que uma concessão resista à extinção por caducidade antes que ocorra a falência ou a extinção do concessionário. E é menos provável ainda que um concessionário de serviços públicos se organize sob a forma de empresa individual, quando o falecimento ou a incapacidade do titular seria determinante para o fim da concessão. Em todo caso, fica registrada a existência dessa modalidade de extinção da concessão.

extinção antecipada da concessão⁴⁰, bem como no caráter prévio da indenização devida ao concessionário. Ou seja, a modulação dos efeitos da extinção se traduz em duplo condicionamento à retomada do serviço pelo poder concedente: autorização do parlamento e prévio pagamento de indenização ao concessionário.

A modalidade de extinção à qual o legislador dedicou mais atenção é a caducidade, associada à “inadimplência” do concessionário apurada em processo administrativo instaurado após a fixação de prazo para “corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais”⁴¹. As hipóteses de “inadimplência” do concessionário relacionadas nos incisos do art. 38, § 1º, da Lei Federal n. 8.987/95 são abrangentes, contemplando condutas descritas de forma genérica (“descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão”) e outras com maior – mas não suficiente – precisão (“não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos” e não atender o prazo para comprovar sua “regularidade fiscal”).

O que importa é que, em matéria de descumprimento de normas pelo concessionário e apesar da conflituosidade que a caracteriza, permite-se que “normas convencionadas entre as partes” especifiquem as obrigações contraídas pelo concessionário que, uma vez descumpridas total ou parcialmente, conduzirão à declaração da caducidade ou à aplicação das sanções contratuais⁴². Mais adiante, defere-se ao contrato de concessão em conjunto com o disposto no art. 36 da Lei a disciplina da “forma” de pagamento da indenização devida ao concessionário⁴³.

A decisão de extinguir uma concessão por caducidade é discricionária⁴⁴ e, na medida em que veiculada por decreto do poder concedente⁴⁵, é matéria sob reserva de administração. Ou seja, a Lei Federal n. 8.987/95 confere ao poder concedente, com exclusividade, a

⁴⁰ A “lei autorizativa” exigida pelo art. 37 da Lei Federal n. 8.987/95 não é o reverso da “lei autorizativa” prevista no art. 2º da Lei Federal n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Caso fosse, concessões de serviços públicos dispensadas de “lei autorizativa” previamente à outorga (saneamento básico e limpeza urbana, por exemplo) poderiam ser retomados via encampação por ato do poder concedente, sem necessitar de autorização do poder legislativo. Contudo, entre a lei que autoriza “outorgar” e a lei que autoriza “retomar” o serviço público há uma adjudicação contratual de direitos ao concessionário que em nada difere da adjudicação contratual que se dá na concessão de serviços públicos que, por qualquer motivo, podem ser outorgados sem prévia “lei autorizativa”.

⁴¹ Art. 38, § 3º, da Lei Federal n. 8.987/95. Alude-se a essa oportunidade como período ou prazo de “cura”.

⁴² Art. 38, *caput*: A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

⁴³ Art. 38, § 5º: A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

⁴⁴ “O art. 38 da Lei 8.987/1995 tomou o cuidado de ser expresso quanto ao caráter não vinculado do poder envolvido, esclarecendo que ele seria usado ‘a critério do poder concedente’ (*caput*). Veja-se, também, no mesmo sentido, o uso, na raiz do § 1º do art. da fórmula ‘poderá ser declarada’ (e não ‘deverá’), para referir-se à decretação da medida”. SUNDFELD, Carlos Ari. Caducidade da concessão nem é automática nem é obrigatória. In: **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-353 (Coleção pareceres; v.2).

⁴⁵ Art. 38, § 4º, da Lei Federal n. 8.987/95.

prerrogativa de extinguir por caducidade uma concessão de serviço público por ele outorgada. Ao atribuir à decisão um viés discricionário, o legislador cuidou de garantir ao poder concedente – com a exclusão de qualquer outro – a avaliação da conveniência e da oportunidade de retomar o serviço público para então prestá-lo diretamente ou outorgá-lo a terceiros mediante licitação pública –, e uma decisão dessa envergadura não é trivial. Diante disso, admitir que o poder judiciário, a pedido de terceiros, seja infiltrado nessa deliberação é consentir com uma usurpação de prerrogativa do poder concedente com a consequente agressão à cláusula constitucional da separação entre os poderes.

O ato que sacramenta a extinção da concessão por caducidade é um decreto do poder concedente que, uma vez praticado, produz o efeito de devolver todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, bem como da obrigação de prestar os serviços públicos até então concedidos.

A extinção da concessão por caducidade não exclui o direito do concessionário à indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados⁴⁶. Porém, nessa hipótese o pagamento da indenização não será prévio à retomada do serviço público, e dela será descontado o valor de multas contratuais e danos causados pelo concessionário⁴⁷.

A extinção de (contrato de) concessão por anulação prevista no art. 35, V, da Lei Federal n. 8.987/95, modalidade sob reserva de jurisdição⁴⁸, remete à disciplina da invalidade dos atos e contratos administrativos e, com o advento da Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, ou LINDB⁴⁹, foi incrementada com uma exigência de viés consequencialista.

Conforme dispõe o art. 21 da LINDB, a decisão que decretar a invalidação do contrato deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas ou efeitos

⁴⁶ Os critérios para a apuração do valor da indenização devida ao concessionário vêm sendo especificados, com alguma controvérsia, na regulamentação da Lei Federal n. 13.448/2017. O ponto será enfrentado no capítulo próprio do trabalho dedicado à rescisão amigável, do qual se pretende extrair contribuições à especificação contratual da fórmula legal aqui discutida.

⁴⁷ Art. 38, §§ 4º e 5º, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato de concessão só pode ser anulado judicialmente. In: **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317-325 (Coleção pareceres; v.2). A conclusão é alcançada a partir de interpretação de dispositivos da Lei Federal n. 8.666/93 (arts. 58, II, 59 e 79) e do art. 29, IV, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁴⁹ A Lei incluiu no Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A proposta original é de autoria de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e pode ser conferida em “Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle”, in **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

diretos da decisão e, de acordo com o parágrafo único, disciplinar a “regularização proporcional”⁵⁰. Para José Vicente Santos de Mendonça:

consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição⁵¹.

Por sua vez, a “regularização proporcional” a que o autor alude pode operar em dois sentidos: (i) na identificação dos efeitos pós-invalidação para envolvidos e terceiros; (ii) na própria “convalidação” do contrato submetido ao juízo de invalidação⁵².

Nota-se que a Lei Federal n. 13.655/2018 conduz a uma nova abordagem da extinção de (contrato de) concessão de serviço público por anulação. Uma decisão dessa natureza sempre foi complexa; agora, exige-se que essa complexidade fique exposta e seja enfrentada pelo julgador. Afinal, cuida-se de um contrato que envolve longo prazo de vigência, alocação de recursos financeiros privados usualmente reversíveis ao contratante público e interesses de terceiros, especialmente dos usuários do serviço concedido.

O legislador não modulou qualquer dos efeitos da extinção de (contrato de) concessão por “anulação”. Adotando-se como válida a premissa de que a matéria está sob reserva de jurisdição e diante da sua singularidade, (i) o retorno ao poder concedente dos bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, (ii) a assunção do serviço pelo concedente e (iii) a adjudicação do direito de indenização ao concessionário deverão ser equacionados no curso do processo judicial e consistir em capítulos da sentença, observadas as exigências trazidas pelo art. 21, *caput* e parágrafo único, da LINDB⁵³.

⁵⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018)**, p. 43-61, out. 2018.

⁵¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018)**, p. 50, out. 2018.

⁵² Adota-se “convalidação” com o mesmo sentido abrangente de “invalidação” empregado no art. 21, *caput*, da LINDB. Ou seja, confia-se no emprego de “invalidação”, pelo legislador, para contemplar toda e qualquer modalidade de eliminação do ordenamento jurídico de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa de direito público, seja por nulidade ou anulabilidade – aqui, “anulação” de contrato de concessão. Por simetria, adota-se “convalidação” para alcançar toda e qualquer modalidade de preservação no ordenamento jurídico de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa de direito público, parcial ou integralmente, incluindo a conservação de contrato de concessão.

⁵³ Jacintho de Arruda Câmara sistematiza as variáveis básicas nas quais os contratos administrativos inválidos podem estar envolvidos: o momento da invalidação (antes ou após a execução parcial ou integral do contrato); o provocador da invalidação (o público, o privado ou ambos, concorrentemente); a natureza do objeto do contrato inválido (reversível ou não; proveitoso ao público ou não) (CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 192). As variáveis são comuns aos contratos

Em resumo, é com o advento do termo contratual que uma concessão naturalmente se extingue. É a partir dessa hipótese que o legislador trata dos principais efeitos da extinção: (i) retorno ao poder concedente dos bens, direitos e privilégios transferidos ao concessionário; (ii) assunção do serviço público pelo poder concedente; e (iii) adjudicação do direito de indenização ao concessionário. As demais hipóteses são moduladas ao longo dos artigos que integram o Capítulo X da Lei Geral de Concessões de forma pouco sistemática, com maior atenção dedicada à hipótese de extinção por caducidade e, possivelmente em razão da reserva de jurisdição, nenhuma atenção dedicada à extinção por anulação (do contrato de concessão). O último dispositivo desse capítulo da Lei Geral é o que trata da extinção por rescisão através de uma fórmula geral que pouco ou nada se aproveita dos anteriores e traz novos componentes: uma “ação judicial” e o “ônus de continuidade” na prestação dos serviços públicos concedidos, além, é claro, do “descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente”.

Considerando todas as hipóteses legais de extinção, é usual aproximar a rescisão da encampação quanto ao montante da indenização devida ao concessionário, que haveria de ser a mais ampla e abrangente. Contudo, na encampação a indenização deve ser prévia, conforme a Lei; na rescisão, a Lei é omissa e, na prática, a indenização é póstuma. Entre o trânsito em julgado da sentença que extingue a concessão e o recebimento da indenização pelo concessionário há um lapso de tempo indeterminado e indeterminável derivado do regime constitucional de pagamento das dívidas judiciais do poder público⁵⁴.

Assim como a rescisão, a anulação (do contrato) da concessão conta com a intervenção jurisdicional. Mas como visto, o legislador se limitou a tipificar essa hipótese de extinção no art. 35, V, da Lei Federal n. 8.987/95, o que torna inútil investigar o tratamento normativo de uma para lidar com a outra.

de concessão, aqui passíveis de “anulação”, mas os desafios para equacioná-las ganham outra dimensão em razão da maior complexidade dos contratos disciplinados pela Lei Federal n. 8.987/95.

⁵⁴ Art. 100, *caput*, da Constituição Federal: Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Desde 1988 a matéria vem sendo disciplinada por sucessivas emendas constitucionais e os movimentos do poder constituinte derivado não serão aqui enfrentados. Em todo caso, é preciso o comentário de Marçal Justen Filho acerca da Emenda Constitucional n. 62/2009, mas que se aplica a todas que a sucederam no intuito de postergar o pagamento dos precatórios: a responsabilização civil do Estado implica sua submissão ao poder jurisdicional quando este exerce sua “competência cognitiva” (dizer o Direito no caso concreto) e também sua “competência executória” (impor compulsoriamente as medidas destinadas a tornar a decisão concreta e efetiva no mundo dos fatos); adiar *sine die* a liquidação dos precatórios significa suprimir do poder jurisdicional sua “competência executória” (NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 57-113).

Em homenagem à simetria, a extinção por rescisão guardaria relação com a extinção por caducidade. Como visto, há autores que sustentam que a primeira seria o reverso da segunda; o ponto comum seria o inadimplemento de obrigações relacionadas à concessão, invertendo-se os polos entre concessionário e poder concedente.

Porém, resiste-se à ideia de que o poder público contratualiza obrigações para depois as descumprir (*ex ante*), e a resistência é ainda maior à ideia de que o inadimplemento seja reconhecido e consensualizado (*ex post*). É possível apostar em avanços a partir dos dispositivos da LINDB, mas confia-se na existência de espaço conferido pelo legislador para avançar em outras frentes. É preciso contextualizar o Capítulo X na Lei a que ele pertence.

3.2. A contratualização da extinção da concessão

A Lei Federal n. 8.987/95 é uma Lei minimalista: limita-se a “dizer o básico”⁵⁵. Aqui, o minimalismo abre espaço para a produção normativa autônoma, ou seja, é nas cláusulas do contrato de concessão que devem ser disciplinados o casuísmo e a minudência. Sob um enfoque de política legislativa, optou-se pelo contrato; mas há alternativas.

Tome-se a já mencionada proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento. Na maioria absoluta dos dispositivos voltados ao contrato de parceria há remissão à produção normativa regulamentar que, no projeto idealizado por Carlos Ari Sundfeld, surge como “regulamento técnico-administrativo de caráter nacional”. Não se deixa de prestigiar o que é contratualizado, mas recorre-se com frequência à figura do regulamento.

As razões para tanto podem estar associadas ao fundamento constitucional do projeto, ou seja, no dispositivo da Constituição Federal que atribui competência legislativa privativa à União Federal para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”⁵⁶. Assim, a

⁵⁵ O adjetivo é aqui empregado com o mesmo intuito que o faz André Rosilho ao qualificar – como maximalista – a Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Muito embora o foco do autor tenha sido o “modelo de licitação” e não o “modelo de contrato” escolhido pelo legislador federal para a contratação de bens, serviços e fornecimentos com recursos orçamentários, é possível identificar na Lei Geral de Concessões um viés minimalista ao “evitar o casuísmo e a minudência” e partir da premissa de que “As decisões pontuais sobre as contratações públicas deveriam ser tomadas noutro âmbito, que não o legal” (ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 105). O termo também é utilizado por Carlos Ari Sundfeld ao se referir a uma característica das Leis que é usualmente professada na doutrina com o intuito de constringer o espaço de produção normativa da Administração Pública. Uma Lei maximalista é aquela que não deixa “espaço para deliberações próprias do administrador” (SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar?. In: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 231-280).

⁵⁶ Na fundamentação do projeto proposto consta o art. 22, XXVII, da Constituição Federal: Compete privativamente à União legislar sobre: (...) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do

pretendida abrangência objetiva e subjetiva de uma autêntica Lei Geral teria recomendado o emprego do regulamento. É possível ainda que o recurso ao regulamento esteja associado ao incremento da segurança jurídica na aplicação das normas pelo poder público, o que veio a ser positivado através do art. 30 da LINDB⁵⁷. Regulamentos, súmulas e respostas a consultas “se configuram como interpretações plasmadas, por intermédio de atos administrativos. Nessa qualidade, devem deferência à segurança jurídica”⁵⁸.

Fato é que na Lei Federal n. 8.987/95 não se recorre, senão pontualmente, à produção normativa regulamentar. E quando isso ocorre, o regulamento surge muito mais associado ao serviço público do que ao contrato de concessão, uma espécie de reminiscência da tradição francesa que identifica na concessão uma parcela regulamentar (regras de organização e funcionamento do serviço), mutável e indisponível, e outra contratual (duração da concessão, equilíbrio econômico-financeiro), da qual decorrem direitos do concessionário oponíveis ao poder público concedente, inclusive⁵⁹. Com efeito, é encargo do poder concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação”⁶⁰, assim como “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão”⁶¹. É possível que na Lei Geral de Concessões o regulamento corresponda à “lei do serviço”⁶² da doutrina francesa, um anacronismo positivado⁶³.

O ponto no qual se quer chegar é: a Lei Federal n. 8.987/95 confere ao contrato de concessão espaço necessário e suficiente, muito embora pouco explorado, para a produção de normas relacionadas à extinção da concessão. São vários os dispositivos da Lei que remetem à contratualização da extinção.

art. 173, § 1º, III. Por sua vez, a Lei Federal n. 8.987/95 invoca como fundamento o art. 175 da Constituição Federal, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

⁵⁷ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 162.

⁵⁹ TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 199-255.

⁶⁰ Art. 29, I, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁶¹ Art. 29, VI, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁶² TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 205. A expressão é atribuída a León Duguit.

⁶³ O art. 2º da Lei Federal n. 9.074/95 exige que concessão (de serviço público e de obra pública) seja precedida de uma “lei que lhes autorize e fixe os termos”, ressalvadas algumas exceções. É pouco provável que ao “fixar os termos” da concessão essa “lei autorizativa” deixe algum espaço para a produção normativa regulamentar, assumindo ela mesma (a Lei) o papel de “regulamentar o serviço concedido” ou de fixar as “disposições regulamentares do serviço”.

Através do art. 29, IV, da Lei Federal n. 8.987/95, atribui-se ao poder concedente o encargo de “extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato”⁶⁴. Os “casos previstos nesta Lei” são aqueles relacionados no seu art. 35 e cujos contornos já foram abordados; adicionalmente há uma “forma” de extinguir a concessão que dever ser contratualizada.

O art. 23, XI, da Lei dispõe que é cláusula essencial do contrato de concessão a relativa aos “critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso”. Como visto, a indenização devida ao concessionário é elemento comum às hipóteses legais de extinção da concessão e tem lugar inclusive na extinção por caducidade, ou seja, por motivos imputáveis ao concessionário. De acordo com a Lei, os critérios para o cálculo da indenização e a forma que será observada no seu pagamento podem (devem) ser contratualizados⁶⁵.

No Capítulo X da Lei Geral de Concessões, mais precisamente na disciplina da extinção por caducidade, volta-se a endereçar ao contrato de concessão o tratamento da indenização devida ao concessionário. Uma vez mais, a “forma” de pagamento da indenização a ser calculada no curso do processo administrativo de caducidade resulta de uma combinação entre o que dispõe o art. 36 da Lei Federal n. 8.987/95 e o que estiver contratualizado: “A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária”⁶⁶.

É dizer, a Lei dispõe que a indenização é devida (*an debeat*), mas não esgota o que é devido (*quid debeat*), tampouco em que quantidade é devido (*quantum debeat*); quanto aos bens reversíveis, dispõe que a indenização deve corresponder às parcelas dos investimentos não amortizados ou depreciados (art. 36), assim como impõe sejam descontadas multas contratuais e danos causados pelo concessionário (art. 38, § 5º); o restante é matéria a ser contratualizada.

⁶⁴ Por certo, o encargo aqui atribuído ao poder concedente não se confunde com o encargo ou modo do Código Civil (arts. 136 e 137). No Direito Civil, encargo é cláusula acessória de atos de liberalidade que impõe um ônus ou uma obrigação ao sujeito contemplado pelo ato; na Lei Geral de Concessões, encargo é competência ou incumbência, como prova a fórmula verbal utilizada no art. 29, *caput*, da Lei: “Incumbe ao poder concedente (...)”.

⁶⁵ Ao abordar a validade de cláusulas contratuais que teriam garantido ao concessionário o direito à prévia indenização quanto aos bens reversíveis na extinção por advento do termo contratual, Carlos Ari Sunfeld sustentou que não há imposição legal do pagamento prévio, mas “é inquestionável a autorização legal para o contrato fazê-lo”. Para o autor, o art. 23, X e XI, da Lei Federal n. 8.987/95 remete ao contrato a disciplina da indenização ao concessionário e não proíbe que, tal como ocorre na encampação, o pagamento seja prévio, desde que contratualizado. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual. In: **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 291-304 (Coleção pareceres; v.2).

⁶⁶ Art. 38, § 5º, da Lei Federal n. 8.987/95.

Até mesmo na disciplina das concessões de caráter precário, com prazo vencido e vigentes por prazo indeterminado que assim se encontravam quando da promulgação da Lei Federal n. 8.987/95, foi permitido ao poder concedente e ao concessionário formalizar “acordo” acerca dos “critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados”⁶⁷.

Em resumo, a Lei Geral de Concessões traduz uma escolha de política legislativa que pode ser considerada minimalista. O recurso ao regulamento é pontual e, quando ocorre, remete à organização e ao funcionamento do serviço público concedido e não como instrumento de uniformização de práticas contratuais, tampouco para incrementar a segurança jurídica. É o contrato de concessão o instrumento consagrado pela Lei para o tratamento de questões sensíveis, incluindo temas específicos do capítulo da extinção da concessão (forma de extinção, critérios para o cálculo e forma de pagamento de indenização).

⁶⁷ Art. 42, § 3º, II, da Lei Federal n. 8.987/95.

4. PRODUÇÃO NORMATIVA HETERÔNOMA POSTERIOR À LEI GERAL DE CONCESSÕES

4.1. Leis setoriais

O foco do trabalho é a disciplina da extinção de concessão por rescisão tal como disciplinada pela Lei Geral de Concessões que, nesse ponto, parece não ter seduzido a produção legislativa superveniente. Leis especiais que se seguiram para disciplinar a exploração de serviços públicos e os submeteram à regulação por agências criadas para esse fim não reproduziram o art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 e, de certo modo, se afastaram da fórmula geral.

Tome-se o art. 115 da Lei Federal n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que, ao dispor sobre a rescisão de contratos de concessão de serviços de telecomunicações, confere ao concessionário o direito à rescisão associado à “ação ou omissão” do “Poder Público”, não exclusivamente do poder concedente, da qual resulte onerosidade excessiva e que pode ser “realizada amigável ou judicialmente”. De modo geral, as duas Leis adotam uma mesma estrutura no capítulo dedicado à extinção da concessão, mas é inegável que a fórmula verbal empregada na Lei Especial (“A rescisão poderá ser realizada amigável ou judicialmente”), especialmente a autorização expressa para a rescisão amigável, afasta-se da ortodoxia da fórmula da Lei Geral de Concessões.

Por sua vez, ao tratar dos contratos de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, a Lei Federal n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, limitou-se a remeter ao contrato de concessão o tratamento da sua “rescisão e extinção”⁶⁸.

É possível identificar o mesmo sinal no disposto no art. 35, XVIII, da Lei Federal n. 10.233, de 5 de junho de 2001, que criou as agências reguladoras federais para os setores de transportes terrestres (ANTT) e de transportes aquaviários (ANTAQ): é cláusula essencial de contrato de concessão outorgada em conformidade com essa Lei a relativa a “casos de rescisão, caducidade, cassação, anulação e extinção do contrato, de intervenção ou encampação, e casos de declaração de inidoneidade”. Ao mesmo tempo em que resgatou a liturgia da Lei Geral de Concessões (rescisão, caducidade, anulação etc.), acrescentando-lhe a hipótese de cassação, o legislador deferiu ao contrato a disciplina da matéria.

⁶⁸ Art. 43, IX, da Lei Federal n. 9.478/97: O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) XI – os casos de rescisão e extinção do contrato.

É certo que o movimento do legislador não conduziu necessariamente à superação da fórmula geral da extinção por rescisão no plano da produção normativa autônoma: há contratos de concessões setoriais disciplinados também por Leis Especiais que, apesar da abertura por elas conferida, contratualizaram a regra contida no art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, conforme será abordado em capítulo próprio do trabalho. De todo modo, é possível identificar o movimento na produção normativa heterônoma que se seguiu à Lei Federal n. 8.987/95 no sentido de conferir mais – ou todo o – espaço ao contrato para disciplinar as diversas modalidades de extinção da concessão, incluindo aquela por iniciativa do concessionário.

4.2. Lei das parcerias público-privadas

Ao criar as concessões administrativas e as concessões patrocinadas, o legislador não as preservou da fórmula geral da extinção por rescisão. Ou seja, “é aplicável às PPPs tratadas na Lei 11.079/2004 o regime de intervenção e de extinção das concessões previsto nos arts. 32 e 34 (intervenção) e 25 a 39 (extinção)” da Lei Federal n. 8.987/95⁶⁹.

Aqui, contudo, a atenção se volta para um movimento doutrinário – e não legislativo – de fuga à fórmula geral da rescisão de concessão.

De acordo com Vera Monteiro, na medida em que a remuneração do concessionário é paga pelo poder concedente e não pelo usuário, “não faz sentido aplicar a regra” do art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 na extinção por rescisão de uma concessão administrativa. E ainda que a concessão envolva a prestação de serviço público, “como a própria Administração é a usuária (ainda que indireta) do serviço, é mais apropriado buscar aplicação subsidiária na Lei 8.666/93, que prevê a rescisão do contrato pelo contratado na hipótese de não pagamento dos valores devidos pela Administração, no art. 78, XV”⁷⁰.

Alexandre dos Santos Aragão também se fia na “dependência financeira” do concessionário em relação ao poder concedente e não em relação “à clientela pagante das tarifas” para defender que o art. 39, parágrafo único, da Lei Geral de Concessões não é aplicável

⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 276-325.

⁷⁰ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183-184. O art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666/93 dispõe o seguinte: Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

aos contratos de parceria público-privada, recorrendo à aplicação subsidiária do art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666/93 para a hipótese de inadimplemento do poder concedente⁷¹.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida apenas as concessões administrativas teriam de ser poupadas da fórmula geral da extinção por rescisão: como o serviço concedido não é serviço público em sentido estrito e a usuária é a Administração, “não faz sentido aplicar-se a regra do art. 39 da Lei n. 8.987/95. Mais adequado, nesse caso, entender incidente, subsidiariamente, o regime da Lei n. 8.666/93”⁷².

Não se discorda do argumento de que a extinção por rescisão de contratos de concessão administrativa e de concessão patrocinada reclama uma fórmula diferente daquela que o legislador criou para as concessões comuns. E não se discorda que a fórmula para a rescisão de uma (a administrativa) deva ser diferente da fórmula para a rescisão da outra (a patrocinada) – isso em razão das peculiaridades ressaltadas pela doutrina no tocante ao mecanismo de remuneração do concessionário (contraprestação pecuniária e/ou tarifa), à identidade do usuário (Administração Pública ou administrados) e à natureza do serviço concedido (serviço próprio do Poder Público ou serviço público em sentido estrito). Porém, a aplicação subsidiária da Lei Federal n. 8.666/93 não preenche todo o espaço deixado por um hipotético, simples e direto abandono da fórmula geral da rescisão.

Uma das principais inovações das concessões disciplinadas pela Lei Federal n. 11.079/2004 é a autorização para a constituição de garantias em favor do concessionário quanto às “obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública”⁷³. No art. 5º, VI, da Lei das PPPs, exige-se contratualizar “os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia”.

Assim, se nos contratos de parceria público-privada há (ou deve haver) garantias quanto ao cumprimento das obrigações pecuniárias do parceiro público e considerando que a regra do art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666/93 pode ser acionada pelo contratado em razão de atraso

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. **RDA** 240/121.

⁷² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. PPP – execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-121.

⁷³ Art. 8º da Lei Federal n. 11.079/2004: As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

dos pagamentos devidos pela Administração Pública, de duas, uma: ou é inócua a aplicação subsidiária da regra da Lei de Licitações, vez que nos contratos de concessão administrativa e de concessão patrocinada há remédio mais adequado para equacionar o descumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pelo poder concedente, ou há falha grave no contrato de parceria público-privada no tocante à “forma de acionamento da garantia” pelo concessionário, conduzindo-o a suspender o cumprimento de suas obrigações apesar das garantias constituídas em seu favor⁷⁴. Na lógica da Lei Geral de Concessões, a continuidade da prestação dos serviços – sejam eles públicos ou administrativos – até o trânsito em julgado de sentença judicial que viesse a declarar a extinção da concessão poderia ser “financiada” pelas garantias prestadas pelo parceiro público, desde que assim contratualizado, evitando-se a suspensão de cumprimento das obrigações do concessionário.

Logo, para determinada fase de desenvolvimento da parceria público-privada, mais precisamente a que se inicia com a exigibilidade da contraprestação devida pelo parceiro público, a aplicação subsidiária da Lei Federal n. 8.666/93 pode se mostrar inócua ou sintomática de defeito na contratualização do mecanismo de acionamento das garantias constituídas pelo parceiro público.

Além disso, as obrigações pecuniárias contraídas pelo poder concedente não são as únicas que, uma vez inadimplidas, dão margem à extinção da concessão por rescisão. Na fórmula geral da Lei Geral de Concessões a hipótese é de “descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente”, e o projeto de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento revela diversos outros pontos de exposição do contrato de concessão ao inadimplemento do poder concedente que são comuns aos contratos de concessão (comum, patrocinada e administrativa). A propósito, o art. 7º da Lei Federal n. 11.079/2004 dispõe que a contraprestação pública será obrigatoriamente precedida da “disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada”, o que pressupõe alguma parcela de investimento prévio do concessionário na implantação da infraestrutura sem que a correspondente obrigação pecuniária do poder concedente seja exigível.

Assim, a prerrogativa de o concessionário suspender o cumprimento de suas obrigações por aplicação subsidiária do art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666/93, quando o inadimplemento

⁷⁴ Uma terceira hipótese seria um contrato de parceria público-privada completamente desprovido de garantias constituídas pelo parceiro público quanto ao cumprimento das suas obrigações pecuniárias, o que soaria como uma *contradictio in terminis* ou, na prática, uma opção de investimento privado no mínimo temerária (para o concessionário) e uma parceria público-privada dificilmente justificável (para o poder concedente).

do parceiro público é de ordem pecuniária (dar coisa certa), tem alcance sobremaneira limitado em contratos de concessão disciplinados pela Lei Federal n. 11.079/2004⁷⁵.

Para ilustrar esse ponto, tome-se litígio recente envolvendo a concessão patrocinada contratada pelo Governo do Estado de São Paulo para construção e operação da “Linha 6 – Laranja do Metrô” da cidade de São Paulo.

Logo no início da petição inicial da ação de rescisão contratual cumulada com pedido de tutela de urgência ajuizada pelo concessionário em face do poder concedente, há um testemunho que diz muito sobre o objeto do presente trabalho:

Esta é uma ação rara no Foro. É quase inusitada. Nela uma empresa concessionária busca a tutela jurisdicional (porquanto a lei assim o exige, haja vista a resistência do réu em pactuar consensualmente) para ver rescindida uma bilionária concessão de serviço público. Dizemos inusitado o pedido pois em geral os particulares que logram conquistar uma concessão lutam aguerridamente para mantê-la em seu portfólio de negócios⁷⁶.

Em resumo, o contrato de concessão patrocinada n. 15/2013, celebrado em 18 de dezembro de 2013 e com prazo de vigência de 25 anos, teve por objeto “a prestação de serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô de São Paulo, contemplando a implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação, manutenção e expansão”.

A concessão foi estruturada em três fases: (i) implantação da infraestrutura (obras civis, instalação da via permanente e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares), aquisição de material rodante e outras ações relacionadas; (ii) prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros, compreendendo a operação e a manutenção da infraestrutura implantada na fase anterior (linha de metrô no trecho Brasilândia

⁷⁵ André Rosillo tem razão ao apontar que não é recomendável abandonar por completo a aplicação subsidiária do art. 78, XV, da Lei Federal n. 8.666/93, vez que há outras obrigações pecuniárias (que podem ser) contraídas pelo parceiro público fora da fase operacional (obrigação de aportar recursos, por exemplo) e que não são abrangidas pelas garantias constituídas. De todo modo, a ressalva da dissertação quanto à aplicação subsidiária de mecanismo previsto na Lei Federal n. 8.666/93 para hipótese de inadimplemento de obrigação contraída em contrato de parceria público-privada vem ao encontro da aposta do trabalho na contratualização da rescisão em lugar do que foi identificado como espécie de “fuga doutrinária” da fórmula geral da rescisão em contratos de concessão administrativa e de concessão patrocinada. Sobre o tema, registra-se ainda a provocação de Carlos Ari Sunfeld quanto à difusão de projetos de concessão nos quais há obrigações (de fazer ou de não fazer) contraídas pelo poder público que precedem o termo inicial do prazo da concessão. Diante do descumprimento do parceiro público, a controvérsia se põe em torno da modalidade de extinção aplicável (rescisão, encampação, puro e simples distrato), o que remete à discussão sobre responsabilidade pré-contratual da administração pública e possibilidade jurídica de estipulação de condições precedentes em contratos de concessão.

⁷⁶ Processo digital n. 1002909-09.2018.8.26.0053, 16ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes da Comarca de São Paulo, autora Concessionária Move São Paulo S/A, réu Fazenda Pública do Estado de São Paulo, data do ajuizamento: 24/01/2018, consulta pública em 2 de outubro de 2020.

– São Joaquim); (iii) expansão dos serviços concedidos (implantação da infraestrutura e prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros) em trecho adicional (Brasilândia – Bandeirantes), condicionada à superveniência de decisão motivada do poder concedente.

A remuneração do concessionário viria de duas fontes de receitas (uma tarifa de remuneração por passageiro transportado e uma contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente), porém ambas condicionadas ao início da prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros pelo concessionário, o que de resto é exigido pelo art. 7º da Lei Federal n. 11.079/2004.

De acordo com a narração dos fatos contida na petição inicial da ação de rescisão, o que levou o concessionário a pedir judicialmente a declaração de extinção do contrato de concessão patrocinada foi, em última análise, o descumprimento de obrigações contratuais assumidas pelo poder concedente que antecediam o início da prestação dos serviços de transporte de passageiros, ou seja, obrigações associadas à primeira fase da concessão.

Mais precisamente, teria ocorrido atraso no pagamento das indenizações devidas pela desapropriação de imóveis alcançados pelas obras de implantação da infraestrutura, atraso na liberação de áreas públicas municipais igualmente alcançadas pelas obras de implantação e atraso no reassentamento da população vulnerável. A mora do poder concedente teria comprometido o cronograma de implantação da infraestrutura de tal forma que a concessão patrocinada teria se tornado inviável tal como inicialmente pactuada e, diante da recusa do poder concedente em ajustá-la consensualmente à nova realidade com o consequente reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nada mais teria restado ao concessionário senão provocar a extinção da concessão via ação judicial⁷⁷.

A cláusula 46.1 do contrato de concessão patrocinada reproduzia o disposto no art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95: “Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE, mediante ação judicial movida especialmente para esse fim”.

Fosse o caso de submeter a pretensão do concessionário à lógica da Lei Federal n. 8.666/93, a regra contida no seu art. 78, XV, teria pouca ou nenhuma serventia, vez que nessa fase inicial de implantação as obrigações contraídas pelo poder concedente não eram de dar coisa certa (pecúnia) e sim obrigações de fazer (liberar áreas, disponibilizar recursos para indenizar terceiros, reassentar população vulnerável). A hipótese tipificada na Lei Federal n. 8.666/93 que mais se aproximaria dos fatos narrados pelo concessionário seria a do art. 78, XVI

⁷⁷ Há outras nuances do litígio relacionadas à arbitrabilidade objetiva da extinção por rescisão que serão exploradas em capítulo próprio da dissertação.

(“não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais”), mas que conduziria de qualquer modo à extinção pura e simples do contrato de concessão⁷⁸.

O argumento é que, mesmo nas concessões disciplinadas pela Lei Federal n. 11.079/2004 e apesar da resistência da doutrina, é preciso encarar a fórmula geral da extinção por rescisão tal como foi positivada e esgotar as possibilidades de contratualizar essa modalidade de encerramento anômalo da concessão.

É possível que o legislador tenha interrompido o movimento de fuga da fórmula geral da extinção por rescisão que pode ser identificado nas Leis Especiais posteriores à Lei Geral de Concessões: com maior ênfase na concessão administrativa, mas sem poupar a concessão patrocinada, dispôs que o art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 é aplicável, conforme art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei Federal n. 11.079/2004⁷⁹. A aplicação subsidiária da Lei Federal n. 8.666/93, ainda que logicamente sustentável no tocante à concessão administrativa, não dá conta de todas as espécies de obrigações contraídas pelo poder concedente que podem ser inadimplidas e, ainda que se trate de obrigações pecuniárias, pode se revelar inócua.

A promulgação da Lei das Parcerias Público-Privadas gerou grande comoção no meio jurídico em razão de suas virtudes, entre as quais a valorização do contrato como modo de produção normativa em substituição à Lei. Floriano de Azevedo Marques Neto resumiu esse ponto ao dizer que “o verdadeiro regime de parcerias não está na lei, e sim no contrato que lhe dá forma”⁸⁰. No que diz respeito à extinção da concessão, chegou-se a afirmar que “a flexibilidade inerente ao regime das PPPs traz, necessariamente, reflexos sobre as modalidades de extinção dos vínculos assim qualificados, o que impede a adoção integral do regime consagrado pela Lei de Concessões, de matriz fortemente estatutária”⁸¹.

Não se discorda dessa leitura contratualista das parcerias público-privadas que teria sido consagrada pelo legislador. Contudo, não se enxerga um movimento revolucionário entre a Lei

⁷⁸ A concessão patrocinada foi transferida a grupo espanhol no início de outubro de 2020. ACCIONA volta a participar de grandes obras no país. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 21, n. 5105, p. B2, 10, 11, 12 e 13 out. 2020.

⁷⁹ Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25, 27 a 39 da Lei n. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285.

⁸¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A extinção do contrato de parceria público-privada. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 195-216. Segundo o autor, “o espaço para incidência da Lei n. 8.987/95 na extinção dos contratos de PPP é mínimo”.

Federal n. 11.079/2004 e a Lei Federal n. 8.987/95, tampouco a instalação de “novos paradigmas no direito dos contratos administrativos”⁸². O movimento do legislador foi mais incremental do que disruptivo, no sentido apontado por Carlos Ari Sunfeld de “complementar a legislação para viabilizar contratos específicos que, embora interessantes para a Administração, ainda não podiam ser feitos, e isso ou por insuficiência normativa, ou por proibição legal”⁸³.

Em suma, no que diz respeito à extinção da concessão por rescisão, a Lei das PPPs não rompeu a tradição legislativa inaugurada pela Lei Geral de Concessões, nem mesmo se afastou dela⁸⁴. Isso não significa que concessões patrocinadas e concessões administrativas “devam” ser extintas tal como as concessões comuns na hipótese de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente. O histórico da concessão patrocinada da Linha 6 – Laranja do Metrô da cidade de São Paulo, cuja rescisão foi judicializada, sugere o oposto. O argumento é de que o espaço deixado pelo legislador para a contratualização da extinção por rescisão não foi criado pela Lei Federal n. 11.079/2004, e que alternativas já experimentadas no plano da produção normativa autônoma em contratos de parceria público-privada podem ser exploradas em favor das concessões comuns.

4.3. A Lei da prorrogação e da relicitação dos contratos de parceria

A disciplina legal da extinção de concessão em sentido amplo foi incrementada pela Lei Federal n. 13.448/2017 que, ao criar o processo de “relicitação” de empreendimentos públicos

⁸² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A extinção do contrato de parceria público-privada. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vítor Rhein (coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 198.

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15-44. Por ter participado ativamente da construção da Lei das PPPs, o testemunho do autor é de extrema relevância para a compreensão do contexto que motivou essa Lei e dos desafios que se apresentaram: “Assim, quando se disse (e quanto se disse, a partir de 2002!) que o Brasil precisava de uma legislação de PPP, para poder adotar práticas bem-sucedidas na Europa e no Chile, por exemplo, tratava-se de um engano. O Brasil já tinha essa legislação. O que então se propunha como desafio não era criar o conceito de PPP (em sentido amplo) ou dar contornos normativos a um tema esquecido”.

⁸⁴ Nenhuma crítica deve ser extraída desse argumento. Como adverte José Vicente Santos de Mendonça, “nem sempre inovar é bom; nem sempre o que é bom é inovador; e o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema”. É possível que no capítulo da extinção das concessões administrativas e patrocinadas, a permanência das regras, fórmulas e procedimentos da Lei Geral de Concessões – uma escolha pela não inovação – tenha servido não apenas à consolidação de normas e práticas, mas especialmente ao compartilhamento de soluções contratuais para a rescisão de contratos de concessão *lato sensu*. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 665-680.

de infraestrutura, inseriu uma fase na qual é convencionada a “extinção amigável do contrato de parceria”⁸⁵.

Não se trata da mesma rescisão convencional do contrato de concessão que no Projeto de Lei do Senado n. 179/90, que deu origem à Lei Federal n. 8.987/95, era designada por “rescisão bilateral, ou por acordo”. A ideia original era criar um autêntico “distrato” do contrato de concessão, informado pela conveniência do poder concedente e por ele justificado, cujo instrumento formal deveria “conter regras detalhadas sobre composição patrimonial, decorrente da antecipação do término da concessão”. Da mesma forma que se exigia autorização legislativa para a outorga de concessão, condicionava-se a produção dos efeitos da rescisão bilateral à “aprovação do Poder Legislativo”⁸⁶.

A extinção amigável da Lei Federal n. 13.448/2017 é de aplicação localizada e vinculada ao descumprimento do contrato de concessão pelo concessionário ou à probabilidade de que venha a descumpri-lo por incapacidade superveniente. Além disso, não se trata de modo autônomo de extinção anômala de concessão, ou uma nova modalidade de extinção que teria sido acrescida ao elenco do Capítulo X da Lei Federal n. 8.987/95; é uma fase necessária do processo de “relicitação” do empreendimento exposto à extinção “em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

O que se pretende demonstrar é que a extinção amigável representa um ponto de inflexão no movimento da produção normativa heterônoma acerca da extinção de concessões, com reflexos na disciplina da extinção por iniciativa do concessionário. Antes de investigar esses reflexos, é preciso identificar o campo de incidência da Lei e aquilo que a extinção amigável propõe.

4.3.1. Contratos de parceria segmentados

O processo de relicitação criado pela Lei Federal n. 13.448/2017, assim como a extinção amigável que o integra, não aproveita a todo e qualquer contrato de concessão. O mecanismo foi desenhado para os “contratos de parceria” como tais definidos pela Lei Federal n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. São contratos de concessão (comum, administrativa e patrocinada, inclusive as disciplinadas por legislação setorial), de permissão de serviço público, de

⁸⁵ Art. 4º, III, da Lei Federal n. 13.448/2017: Para os fins desta Lei, considera-se: (...) III – relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

⁸⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/29077>. Acesso em: 6 dez. 2020.

arrendamento de bem público e “outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”⁸⁷.

Mais que isso: o processo de relicitação e a extinção amigável foram criados pelo legislador para contratos de parceria federais segmentados (dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário), previamente qualificados para esse fim em conformidade com a Lei Federal n. 13.334/2016 e desde que preenchida uma das seguintes condições: (i) contratos nos quais disposições contratuais não estejam sendo atendidas; (ii) demonstração de incapacidade dos contratados para adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente⁸⁸.

4.3.2. Extinção amigável de contratos de parceria expostos à caducidade

A extinção amigável foi concebida para se sobrepor à extinção por caducidade, hipótese associada ao descumprimento de normas contratuais, regulamentares ou legais pelo concessionário de consequências traumáticas, como de resto toda e qualquer extinção anômala o é. Ou seja, contratos de concessão inviabilizados por descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente e por essa razão expostos à extinção não são alcançados pela Lei Federal n. 13.448/2017.

Na mensagem de encaminhamento da Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016, que veio a ser convertida na Lei, a relicitação foi apresentada pelos Ministros de Estado ao Chefe do Poder Executivo Federal como “alternativa inovadora de ‘devolução coordenada e negociada’ da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo”. Ou seja, a ideia original foi criar – e de fato foi criada – uma alternativa para extinguir contratos de parceria expostos ou em vias de se expor à caducidade sem percorrer todas as etapas do processo administrativo de caducidade disciplinado pela Lei Federal n. 8.987/95.

De acordo com o disposto no art. 13 da Lei Federal n. 13.448/2017, contratos de parceria federais nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário elegíveis para a relicitação são aqueles “cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas” ou “cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”.

⁸⁷ Art. 1º, § 2º, da Lei Federal n. 13.334/2016.

⁸⁸ Art. 13, *caput*, da Lei Federal n. 13.448/2017.

Nota-se uma opção por não associar as hipóteses de relicitação previstas na nova Lei às hipóteses relacionadas nos diversos incisos do § 1º do art. 38 da Lei Federal n. 8.987/95, que conduzem à caducidade. O legislador preferiu diluir as diversas condutas descritas na Lei Geral de Concessões e substituí-las por tipos ainda mais abertos, empregando linguagem indulgente – e o uso do gerúndio ilustra bem esse ponto. O que importa é que a conjunção alternativa (“ou”) utilizada na redação do art. 13 da Lei Federal n. 13.448/2017 permite concluir que os contratos de parceria federais em princípio habilitados ao processo de relicitação e à extinção amigável são aqueles em que já se tenha configurado, em alguma medida, inexecução do contrato pelo parceiro privado ou nos quais este tenha demonstrado incapacidade de honrar os compromissos inicialmente assumidos.

4.3.3. O que há de novo na extinção amigável

A primeira e mais relevante inovação da Lei Federal n. 13.448/2017 está na contratualização da extinção de contratos de parceria por razões que, até então, desaguavam em ato unilateral de extinção – um “decreto do poder concedente” – a reboque de processo administrativo com duplo objeto: (i) comprovar o inadimplemento do concessionário; (ii) calcular eventual indenização a ele devida por conta da antecipação do termo final do contrato⁸⁹.

Não é difícil vislumbrar a dificuldade prática de conciliar uma investigação destinada a comprovar inadimplemento e calcular indenização devida ao inadimplente, da qual será descontado “o valor das multas contratuais e dos danos causados” por ele – e tudo conduzido na via administrativa pelo órgão ou entidade que responderá em última análise pelo pagamento da indenização⁹⁰. É inevitável a contaminação do “juízo da inadimplência” do concessionário pelo “juízo da indenização” a ele devida, e vice-versa. Ou seja, cuida-se de um processo administrativo dificilmente instaurado e/ou conduzido e/ou concluído sem judicialização.

Por sua vez, a extinção amigável é instrumentalizada via termo aditivo ao contrato de parceria originário que, apesar do conteúdo normativo substancialmente legislado, permite a inclusão de “outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente”⁹¹. Sem abrir mão da caducidade, o legislador criou uma alternativa convencional para se sobrepor a ela.

⁸⁹ Art. 38, § 4º, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁹⁰ Art. 38, § 5º, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁹¹ Art. 15, *caput*, da Lei Federal n. 13.448/2017.

A segunda inovação reside na disciplina de algumas consequências práticas da extinção do contrato de parceria, algo que o legislador em 1995 havia confiado à contratualização. Vale dizer, o termo aditivo ao contrato de parceria original deverá conter cláusula que estipule: (i) a suspensão das obrigações de investimento a partir do momento da sua celebração; (ii) a modulação do serviço adequado tal como originariamente contratualizado, que deverá assegurar a partir de então “a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento”⁹². A reboque da estipulação de um serviço de conteúdo mínimo surge a necessidade de contratualizar uma tarifa mínima a ser cobrada dos usuários até que os serviços sejam assumidos pelo novo concessionário.

A parcimônia do legislador quanto às consequências do processo de caducidade sobre as obrigações inicialmente assumidas pelo concessionário e sobre a adequação do serviço por ele prestado, quando houvesse, agravada pela abdicação da contratualização em cada caso concreto, deixava à deriva interesses dos usuários, desprovidos do serviço ou da utilidade pública ou com acesso limitado à sua fruição; dos concessionários, tornados reféns do tempo patológico do processo administrativo de caducidade e depois do tempo patológico do processo judicial; e dos poderes concedentes, constrangidos a aguardar a efetiva devolução do serviço ou da utilidade pública para só então reorganizá-los para prestá-los diretamente ou licitá-los. O mesmo cenário pode ser vislumbrado na hipótese de extinção da concessão por rescisão, com um agravante: a fórmula geral da extinção por rescisão remete a solução para a instância judicial. Nesse ponto a Lei Federal n. 13.448/2017 representa um avanço, sem, contudo, dispensar a contratualização.

É possível que no mesmo inciso II do art. 15 da Lei estejam contempladas as duas categorias de obrigações financeiras do concessionário, ou seja, as de investimento (CAPEX) como tais expressamente referidas no dispositivo, que são suspensas, e as operacionais (OPEX) na medida necessária para manter as condições mínimas de prestação dos serviços até a assinatura do novo contrato de parceria.

Uma terceira preocupação inerente à extinção anômala de concessões de modo geral – a indenização devida ao concessionário em virtude da antecipação do encerramento do vínculo contratual – foi enfrentada de forma também inovadora pela Lei Federal n. 13.448/2017. De um lado, foi atribuído à esfera regulamentar e, via decreto subsequente, à esfera regulatória disciplinar a metodologia para o cálculo da indenização eventualmente devida ao parceiro privado “pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados

⁹² Art. 15, II, da Lei Federal n. 13.448/2017.

e não amortizados ou depreciados”⁹³. De outro, criou-se espécie de arbitragem obrigatória ao se prever como cláusula necessária do aditivo o compromisso arbitral para submeter à arbitragem ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos as questões que envolvam “o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente”⁹⁴.

Tão relevante quanto é a permissão a que no termo aditivo seja atribuído ao futuro parceiro privado a responsabilidade pelo pagamento da indenização devida ao anterior contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação, diretamente a ele ou aos seus financiadores⁹⁵. Conforme prevê o § 3º do mesmo art. 15 da Lei Federal n. 13.448/2017, o pagamento da indenização ao anterior contratado é condição para o início do novo contrato de parceria.

Em suma, a extinção amigável foi criada como alternativa para acelerar a devolução seguida da relicitação de contratos públicos segmentados, sobrepondo-se – sem, contudo, substituir – o processo de caducidade criado pela Lei Federal n. 8.987/95. É possível que inovações agora surgidas pela via legislativa já pudessem ter sido implementadas pela via contratual, especialmente para concessões comuns e, uma vez criadas, para concessões administrativas e patrocinadas, vez que o espaço reservado à contratualização pela Lei Geral de Concessões e preservado pela Lei Federal n. 11.079/2004 é e continua sendo significativo⁹⁶.

4.3.4. A regulamentação tardia

O processo de relicitação e a extinção amigável dos contratos de parceria foram estruturados pelo legislador de modo a depender de regulamentação subsequente. O art. 14 da Lei Federal n. 13.448/2017 dispôs que a relicitação ocorreria por meio de acordo entre as partes, mas “nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo”.

⁹³ Art. 17, § 2º, da Lei Federal n. 13.448/2017.

⁹⁴ Art. 15, III, da Lei Federal n. 13.448/2017.

⁹⁵ Art. 15, § 1º, I e II, da Lei Federal n. 13.448/2017.

⁹⁶ O foco da dissertação não é a figura da rescisão amigável, tampouco a relicitação de contratos de parceria. O interesse despertado por essa recente criação legislativa advém da proximidade temática com o tema da dissertação e daquilo que pode ser extraído para o incremento da produção normativa autônoma. A propósito, Mário Saadi chama a atenção para uma distorção em torno da rescisão amigável que é aqui familiar: “a mera replicação das disposições da Lei de Relicitações em contratos de parceria noutros setores e por outros entes federados, reproduzindo, assim, os poucos efeitos práticos e a falta de aprofundamento no tema da extinção consensual”. SAADI, Mário. Extinção consensual de contratos de parceria: uma proposta de modelagem contratual. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (org.). **Experiências práticas em concessões e PPP – estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**: estruturação e arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. I, p. 171-179.

Por razões que não vêm a calhar, o “ato do Poder Executivo” tardou. Mais de dois anos após a promulgação da Lei foi publicado o Decreto Federal n. 9.957/2019 para regulamentar o “procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário”. Não bastasse tardia, a regulamentação da Lei não foi exauriente, vez que a disciplina de ponto sensível da extinção anômala dos contratos de parceria foi transferida para a esfera regulatória, qual seja, a metodologia a ser empregada para o cálculo da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato extinto amigavelmente.

Sem adentrar no mérito desse último movimento não linear e pouco funcional na produção normativa heterônoma em torno do objeto do trabalho, é possível extrair duas conclusões imediatas.

O espaço reservado pela Lei Geral de Concessões ao contrato não foi ocupado no que diz respeito à matéria de indiscutível matriz convencional. Afinal, o disposto no art. 17, § 1º, VII, combinado com o previsto no § 2º do mesmo artigo da Lei Federal n. 13.448/2017, ao tempo em que devolveu para a esfera regulamentar a estipulação da metodologia para apuração da indenização devida ao concessionário pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados, pressupôs que os contratos de concessão elegíveis para o processo de relicitação nada tenham disposto sobre esse tema em especial.

Não custa lembrar que é congênita à Lei Federal n. 8.987/95 a contratualização da indenização associada à extinção de concessão. De acordo com o disposto no seu art. 23, XI, é cláusula essencial do contrato de concessão a relativa “aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso” – e não há dúvida de que extinção de concessão por caducidade é “caso” de indenização devida ao concessionário⁹⁷. Ao comentar esse dispositivo aplicado à indenização por encampação em trabalho já citado, Carlos Ari Sunfeld afirma que “Os contratos de concessão, portanto, devem estipular os critérios para indenização nas variadas hipóteses possíveis, inclusive na de encampação. Há previsão de uma fixação consensual de critérios, uma vez que a lei remete a matéria à definição contratual”⁹⁸.

Em outras palavras, metodologias para apuração de indenização previamente contratualizadas não foram ressalvadas pela Lei Federal n. 13.448/2017, tampouco pelo Decreto Federal n. 9.957/19, quiçá porque inexistentes. Fosse matéria convencional em

⁹⁷ Art. 38, § 5º, da Lei Federal n. 8.987/95.

⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Extensão da indenização à concessionária na encampação. In: **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 285 (Coleção pareceres; v.2).

conformidade com a Lei Federal n. 8.987/95, a “nova” disciplina da indenização associada aos contratos de parceria extintos por caducidade, regulamentar ou regulatória, atentaria contra um ato jurídico perfeito e não tardariam apontamentos de inconstitucionalidade da nova Lei por violação ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Essa é a primeira conclusão.

Segunda: é fato que a regulamentação tardia do processo de relicitação deixou à deriva diversos contratos de parceria elegíveis para a extinção amigável, em favor dos quais a Lei Federal n. 13.448/2017 se aplicaria sem qualquer esforço hermenêutico. Contudo, os danos colaterais associados à demora na regulamentação da Lei não ofuscam seus méritos sob dois enfoques: futuros contratos de parceria, desde a origem qualificados como tais, poderão contar com novas ferramentas legais, regulamentares e regulatórias para ressurgir sob novas condições contratuais e com novos parceiros privados, em prazos potencialmente menores; futuros contratos de concessão não diretamente contemplados pela Lei Federal n. 13.448/2017 poderão incorporar parcela das inovações por ela trazidas, contratualizando-as, acudindo ao apelo de “valorizar o contrato – de valorizar a produção normativa autônoma – quando o Direito o aponte cabível”.

5. PRODUÇÃO NORMATIVA AUTÔNOMA SOB A LEI GERAL DE CONCESSÕES

5.1. Uma contribuição da burocracia

A fórmula geral da extinção por rescisão consagrada pela Lei Federal n. 8.987/95 pode ser encontrada em cláusulas de contratos de concessão celebrados antes mesmo da sua promulgação.

Em 29 de dezembro de 1994 foi firmado o contrato de concessão da Ponte Presidente Costa e Silva, mais conhecida como Ponte Rio-Niterói, entre a União Federal, por intermédio do então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A. O objeto da concessão foi a recuperação, o reforço e a monitoração das estruturas, o melhoramento, a manutenção, a conservação e a operação da ponte, ou seja, uma “concessão de obra pública” remunerada por tarifa (pedágio) com fundamento no Decreto-Lei n. 791, de 27 de agosto de 1969, pelo prazo de 20 anos. A extinção da concessão por rescisão foi assim convencionada⁹⁹:

169. Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo DNER, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, ou por mútuo acordo entre as partes.

170. Na hipótese prevista no item anterior, os serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA não poderão ser interrompidos ou paralisados até o trânsito em julgado da sentença ou da decisão judicial ou da celebração do acordo.

Os mesmos componentes da fórmula geral da rescisão analisados no Capítulo 2 da dissertação foram contratualizados antes de o legislador consagrá-los: descumprimento de normas contratuais pelo contratante público, ação judicial especialmente intentada para esse fim, impossibilidade de interrupção ou paralisação dos serviços até o trânsito em julgado da sentença. E tal como a Lei viria a fazê-lo, o contrato nada dispôs acerca da indenização devida ao concessionário na extinção por rescisão.

O fato de ter circulado como cláusula de contrato de concessão antes de ser positivada pela Lei Federal n. 8.987/95 sugere uma origem contratual para a fórmula, mas de autoria indefinida, quiçá um produto da burocracia administrativa anterior à Reforma do Estado da

⁹⁹ Em razão da extinção da concessão pelo advento do termo contratual, no início de 2015 foi outorgada nova concessão com outro formato (exploração da infraestrutura e prestação do serviço público de operação, manutenção, monitoração, conservação e implantação de melhorias) e o respectivo contrato de concessão, firmado entre a União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres, e a Concessionária Ponte Rio-Niterói S/A – Ecoponte, reproduz, com ligeira variação, a mesma redação na cláusula atinente à extinção por rescisão.

década de 1990 que resistiu e foi encampado pelo legislador¹⁰⁰. Considerando o longo prazo de tramitação do Projeto de Lei do Senado n. 179, de 1990, a proposta original da Lei Geral de Concessões, e o teor das diversas emendas apresentadas durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, não se descarta a hipótese de aproveitamento de regras então discutidas no processo legislativo no momento de elaborar as cláusulas dos contratos de concessão que não aguardaram a promulgação da Lei, uma espécie de legalismo antecipado.

Fato é que o conteúdo normativo da extinção de concessão por rescisão é tradicionalmente esgotado pela mera reprodução em cláusula contratual do que dispõe o art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95.

Com efeito, os contratos de concessão das rodovias federais licitados em 2007, integrantes da 2ª Etapa de Concessões, trazem no capítulo da extinção as seguintes cláusulas:

(...) Este Contrato poderá ser rescindido por iniciativa da Concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pela ANTT, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

(...) Na hipótese prevista no item anterior, os serviços prestados pela Concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados até o trânsito em julgado da sentença ou da decisão judicial ou da celebração do acordo.

Há variações incrementais em contratos de concessões setoriais que, muito embora tenham preservado o núcleo da fórmula geral da extinção por rescisão prevista na Lei Geral de Concessões (descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, ação especialmente intentada para esse fim, continuidade da prestação do serviço público até sentença transitada em julgado), merecem registro.

No contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Campinas, por exemplo, há cláusula dispondo sobre o direito de indenização do concessionário na hipótese de “rescisão judicial do Contrato por culpa do Poder Concedente”, que será “equivalente à encampação e calculada na forma prevista no item 13.13” do contrato¹⁰¹.

¹⁰⁰ Não há registro de discussão sobre esse ponto da Lei no processo legislativo que resultou na promulgação da Lei Federal n. 8.987/95. No Projeto de Lei do Senado n. 179, de 1990, de autoria do senador Fernando Henrique Cardoso, o art. 18 continha a seguinte redação: “O contrato de concessão também poderá ser rescindido por iniciativa do concessionário, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo concedente, mediante ação especialmente intentada para este fim, após proferida a decisão do Poder Judiciário”. Na Câmara dos Deputados, o deputado José Carlos Aleluia apresentou substitutivo que atribuiu ao projeto estrutura muito próxima da versão final da Lei, contendo no art. 38 o mesmo dispositivo do atual art. 39, *caput*. O parágrafo único foi inserido através de emendas aditivas (de n. 94 e n. 95) oferecidas em plenário sob duas justificativas não excludentes entre si: “dar continuidade à prestação do serviço até que o poder concedente possa substituir o concessionário” e “garantir o direito do usuário à continuidade do serviço, até que a justiça tome decisão sobre a ação”. Devolvido ao Senado Federal, o substitutivo ao PL n. 179, identificado como PL n. 202-F na Câmara dos Deputados, foi aprovado sem alterações adicionais em sessão de 10 de junho de 1992.

¹⁰¹ Contrato de concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Complexo Aeroportuário – Aeroporto Internacional de Campinas, celebrado em 14 de junho de 2012 entre a

A proposta do trabalho é explorar as dificuldades práticas derivadas da aplicação do art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, a partir de uma amostra de contratos de concessão nos quais se optou por convencionar a extinção por rescisão à imagem e semelhança da Lei e que derivaram para a judicialização em razão do descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente. Em seguida serão apresentados casos concretos de contratos de concessão nos quais se optou pela arbitragem, via cláusula arbitral, quando serão discutidos os pontos fracos e os pontos fortes, bem como apresentados os desafios que ainda se põem à arbitrabilidade da extinção de concessão por rescisão.

5.2. A extinção de concessão por rescisão na prática

5.2.1. A amostra

Com a investigação de casos concretos de concessões de serviços públicos levadas à extinção por rescisão se pretende demonstrar como se comportou a fórmula geral na prática, explorar as dificuldades por ela criadas e sugerir alternativas de contratualização dessa modalidade de extinção da concessão dentro dos limites do Direito posto. Os casos concretos são ilustrativos, o que não dispensa justificar a limitação da amostra.

Conforme apontado por Vera Monteiro, “Informações sobre contratações públicas são raras e fragmentadas. Procedimentos não são integralmente eletrônicos e disponíveis a quaisquer interessados. Há muita coisa relevante que consta só do processo físico. Um dos maiores desafios das licitações e contratos públicos é compilar e analisar dados”¹⁰².

É possível que um número significativo de contratos de concessão tenha sobrevivido (e ainda hoje sobreviva) ao descumprimento das normas contratuais pelos respectivos poderes

Agência Nacional de Aviação Civil e Aeroportos Brasil – Viracopos S/A, com prazo de trinta anos. No item 13.13 do contrato de concessão consta que a indenização compreende as seguintes parcelas: (i) saldo devedor atualizado vencido e vincendo de financiamentos contraídos pelo concessionário para investimentos previstos no programa de exploração da concessão (principal e juros); (ii) investimentos com recursos próprios para o cumprimento das obrigações contratuais ainda não amortizados ou depreciados; (iii) custo de desmobilização, incluindo multas, rescisões e indenizações devidas a empregados, fornecedores e credores do concessionário. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/concessao-Viracopos>. Acesso em: 3 out. 2020.

¹⁰² MONTEIRO, Vera. Monitoramento digital das contratações públicas. *Jota*, 29 set. 2020. Essa mesma limitação de dados foi apontada por Carlos Ari Sunfeld em artigo no qual apresenta uma proposta de anteprojeto de lei ordinária federal para incrementar parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, intitulado “PPP MAIS – Programa Público-Privado Avançado”, quando alude à “imensa dificuldade de, hoje, fazer um levantamento geral de dados quanto ao ciclo de vida das parcerias existentes e uma comparação consistente de todos eles” (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016).

concedentes por razões as mais variadas: imprevisibilidade das decisões judiciais, elevado custo de reputação do grupo empresarial ao qual o concessionário pertence, alinhamentos políticos, confiança excessiva na cláusula do equilíbrio econômico-financeiro etc. Outros tantos contratos de concessão de serviços públicos podem ter sido extintos por rescisão sob condições de acesso restrito. Tanto numa hipótese quanto na outra, seria necessário empregar técnicas de pesquisa empírica qualitativa ou, no limite, substituir o modelo de pesquisa escolhido por um estudo de caso.

De todo modo, é sabido que outorgar concessão é prática experimentada desde há muito por União Federal, Estados e Municípios, mas que não o fizeram no mesmo ritmo, tampouco de modo contínuo¹⁰³. Disso resulta a convivência de contextos institucionais mais maduros para a concessão de serviços específicos, com histórico consolidado e melhores práticas incorporadas em contratos mais recentes à luz da experiência adquirida na execução dos contratos que os antecederam¹⁰⁴, com outros tantos contextos desprovidos de qualquer referência doméstica para ser aproveitada¹⁰⁵. Assim, uma amostra composta por concessões contratualizadas em diferentes momentos históricos (logo após a promulgação da Lei Geral de Concessões e mais recentemente), mas todas inseridas em contextos institucionais mais maduros (União Federal, Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro)¹⁰⁶, é suficiente para ilustrar como a extinção por rescisão judicial se comportou na prática.

Por fim, a fórmula geral da extinção por rescisão é “geral” não apenas porque consagrada na Lei Federal n. 8.987/95 para concessões comuns e depois aproveitada nas

¹⁰³ Letícia Queiroz de Andrade menciona uma Lei de 1849 que autorizou o Presidente da Província de Minas Gerais a contratar dois empresários para construir uma ponte sobre o Rio São Francisco e explorá-la com exclusividade pelo prazo de quarenta anos mediante cobrança de pedágio dos usuários (“taxa”). É curioso identificar na Lei a estipulação de prazo para a construção da ponte (“3 anos contados da data do contracto”), sob pena de multa (“duzentos mil reis para o Cofre Provincial”); a previsão de reversão dos bens sem indenização e mecanismo de atestação do “bom estado das obras na ocasião da sua entrega” por dois árbitros nomeados pelas partes, com indicação de um terceiro árbitro em caso de discordância, “e o que estes decidirem será observado sem contestação judicial”. Até mesmo a igualdade foi preservada: “O Presidente da Provincia é autorizado a contractar com Francisco José Bernardes e Irmão, quando dentro do praso de tres mezes não appareção outros emprezarios que melhores condições offereção (...)”. QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254-275. O texto integral da Lei foi gentilmente disponibilizado pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR).

¹⁰⁴ As concessões de rodovias, tanto as federais quanto as estaduais do Estado de São Paulo, exemplificam estágios mais avançados de maturidade institucional.

¹⁰⁵ As concessões de serviços públicos municipais de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos urbanos e águas pluviais), em sua grande maioria instrumentalizadas por contratos de programa de baixa ou inexistente contratualização, são exemplos de estágios incipientes de maturidade institucional – o que se acredita venha a mudar com a promulgação da Lei Federal n. 14.026, de 15 de julho de 2020.

¹⁰⁶ A recente extinção da concessão por encampação da Linha Amarela, promovida pelo Município do Rio de Janeiro, deporia contra o argumento. Porém, cuida-se de caso teratológico que sugere um trabalho de pesquisa só a ele dedicado, envolvendo outras áreas do conhecimento.

concessões administrativas e patrocinadas, mas também em razão da sua amplitude de alcance: a especificidade do objeto da concessão lhe é indiferente, sejam serviços públicos essenciais (saneamento básico), sejam serviços públicos com maior viés econômico (rodoviários). Na medida em que a amostra contempla contratos de concessão de diferentes serviços que foram levados à extinção por rescisão, sua limitação quantitativa não anula o efeito de ilustração.

5.2.2. Concessão de serviço público municipal de saneamento básico

Em 13 de setembro de 2002 o concessionário do serviço público municipal de esgotamento sanitário ingressou com medida cautelar inominada com pedido de suspensão imediata da obrigação de continuar na prestação dos serviços que lhe haviam sido concedidos em 11 de março de 1996 pelo Município de Itu (SP), bem como de transferência ao poder concedente da responsabilidade pelo pagamento das prestações vincendas de financiamento contraído junto a banco de fomento¹⁰⁷. Em 6 de janeiro de 2003 o concessionário ingressou com a ação ordinária de rescisão do contrato de concessão¹⁰⁸.

O objeto do contrato de concessão consistiu na implantação de sistema de tratamento e destinação final dos esgotos urbanos domésticos e industriais do Município de Itu, incluindo a implantação, operação e manutenção de duas estações de tratamento de esgotos; a operação, manutenção e ampliação de uma estação de tratamento de esgotos preexistente, bem como construção, operação e manutenção de estações elevatórias de esgotos, emissário e adequação de estações elevatórias preexistentes. O prazo da concessão foi estipulado em 20 anos contados da assinatura do contrato¹⁰⁹.

Em concessões de serviços públicos de saneamento básico, especialmente de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, é usual adotar-se a segregação das duas atividades: o titular dos serviços públicos permanece respondendo pelo abastecimento de água (captação, tratamento e distribuição) e outorga a concessionário privado a responsabilidade pelo serviço de esgotamento sanitário (coleta, transporte, tratamento e destinação final do esgoto). Por razões operacionais, as duas tarifas são cobradas em documento único, transferidas a uma

¹⁰⁷ Medida Cautelar Inominada n. 0001094-33.2002.8.26.0286 (286.01.2002.001094), 3ª Vara Cível do Foro de Itu, requerente Cavo Itu Serviços de Saneamento S/A, requeridos Município de Itu e Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Itu – SAAE, processo físico.

¹⁰⁸ Ação Ordinária n. 0001286-29.2003.8.26.0286 (286.01.2003.001286), 3ª Vara Cível do Foro de Itu, autor Cavo Itu Serviços de Saneamento S/A, réus Município de Itu e Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Itu – SAAE, processo físico.

¹⁰⁹ Contrato de concessão n. 009/96, celebrado em 11 de março de 1996 entre a Prefeitura Municipal da Estância Turística de Itu, por intermédio do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Itu – SAAE, uma empresa pública municipal, e Cavo Itu Serviços de Saneamento S/A.

conta específica – em alguns casos na modalidade de conta vinculada ou *escrow account* – e distribuídas entre o titular dos serviços públicos e o concessionário privado de acordo com as regras do contrato de concessão.

No caso investigado surgiu controvérsia em torno do rateio da arrecadação tarifária e, sob a alegação de que o concessionário teria superestimado os quantitativos dos serviços de esgotamento sanitário e assim se apropriado de parcela da arrecadação da tarifa de água, o Poder Executivo Municipal encaminhou à Câmara Municipal projeto de lei, depois sancionado, que reduziu consideravelmente a parcela repassada ao concessionário até que a controvérsia fosse solucionada. Em termos práticos, parcela da receita tarifária do concessionário foi apropriada pelo poder concedente com conseqüente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

O pedido cautelar de suspensão da obrigação de continuar na prestação do serviço foi deferido em primeira instância e confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conferindo-se prazo até 15 de janeiro de 2003 para a efetiva devolução do serviço público ao poder concedente. Já o pedido de transferência ao poder concedente das obrigações contraídas pelo concessionário junto ao banco de fomento foi acolhido em primeira instância, porém reformado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹¹⁰.

Mais precisamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que o parágrafo único do art. 39 da Lei n. 8.987/95 não se aplica a todo e qualquer caso e, uma vez configurado o descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente de tal ordem que inviabilize totalmente o cumprimento da avença pelo particular ou comprometa a existência do concessionário como pessoa jurídica, a interrupção da prestação dos serviços é cabível – e provimento liminar nesse sentido foi então confirmado em segundo grau.

Via de conseqüência, o concessionário se viu liberado da obrigação de continuar na prestação dos serviços públicos a partir de 15 de janeiro de 2003, pouco menos de 1 ano após o ingresso da medida judicial, mas não foi atendido quanto à transferência ao poder concedente das parcelas vincendas do financiamento por ele contraído junto a banco de fomento em razão da (i) complexidade do sistema de garantias contratuais, (ii) ausência do banco de fomento no polo passivo da medida judicial, bem como (iii) ausência de previsão contratual expressa de transferência da responsabilidade pelo financiamento do concessionário ao poder concedente.

¹¹⁰ Agravo de Instrumento n. 299.799-5/0-00, da Comarca de Itu, agravante Cavo Itu Serviços de Saneamento S/A, agravados Prefeitura Municipal de Itu e Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Itu – SAAE, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator Desembargador Thales do Amaral, julgado em 24 de novembro de 2005, acórdão publicado em 24 de janeiro de 2006.

Na cláusula quatorze do contrato de concessão foi assim disciplinada a extinção da concessão por rescisão:

14.12. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, mediante ação judicial específica, no caso de descumprimento pelo SAAE de obrigações legais, regulamentares ou contratuais, respeitado o direito às indenizações.

14.12.1. No caso ora previsto, os serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA não poderão ser paralisados ou interrompidos, até decisão judicial transitada em julgado.

Aproximadamente 3 anos após o ajuizamento da medida cautelar, poder concedente e concessionário firmaram acordo homologado pelo poder judiciário, porém esvaziado por conta de sentença que julgou procedentes ações populares propostas contra a solução encontrada para a extinção da concessão do serviço público municipal.

5.2.3. Concessão de serviço público estadual de transporte aquaviário

Em 16 de dezembro de 2016 um concessionário de serviço público estadual de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos, ajuizou ação de rescisão de contrato de concessão com pedido de concessão de tutela de urgência para que (i) fosse fixado um prazo dentro do qual os serviços públicos deveriam continuar sendo prestados pelo concessionário, findo o qual o poder concedente deveria assumi-los, e (ii) fosse autorizada, dentro desse mesmo prazo fixado judicialmente, a cobrança da tarifa de equilíbrio definida pela agência reguladora mas cuja cobrança não havia sido autorizada pelo poder concedente¹¹¹.

O descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente teria se configurado pela não autorização de cobrança da tarifa reajustada e revisada tal como homologada pela agência reguladora estadual.

O contrato de concessão havia sido celebrado em 12 de fevereiro de 1998 entre o Estado do Rio de Janeiro e a Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro (CONERJ), uma sociedade de economia mista estadual incluída em programa de privatização que, quando da assinatura do contrato, já era controlada por empresas privadas. O objeto da concessão é a prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros e veículos em linhas que atendem as cidades do Rio de Janeiro, Niterói e Angra dos Reis, pelo prazo de 25 anos a contar

¹¹¹ Ação de rescisão de contrato de concessão (com pedido de concessão de tutela de urgência), processo n. 0431063-14.2016.8.19.0001, 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, Estado do Rio de Janeiro, autora Barcas S/A – Transportes Marítimos, réus Estado do Rio de Janeiro e Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro, processo eletrônico.

da assinatura do contrato de concessão. Em 2 de julho de 2012 o controle acionário do concessionário foi transferido para o Grupo CCR, passando a se chamar CCR Barcas.

Entre os fundamentos da decisão de primeira instância que indeferiu o pedido de tutela de urgência do concessionário, o mesmo parágrafo único do art. 39 da Lei n. 8.987/95 foi invocado sem cerimônia: a pretensão de devolver ao poder concedente os serviços públicos concedidos mediante provimento judicial “esbarra no disposto no contrato de concessão, que ainda vigorará por mais de duas décadas, e o disposto no artigo 39 e seu parágrafo único da Lei n. 8.987 de 1995”¹¹². Essa parcela da decisão de primeira instância não foi modificada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, ao julgar recurso do concessionário, em decisão monocrática, objetou a complexidade da demanda, a ausência dos requisitos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) que autorizariam a concessão da tutela requerida e o disposto na Súmula 59 do TJRJ¹¹³. Logo, o concessionário permaneceu obrigado a prestar os serviços públicos até segunda ordem mediante remuneração representada pela última tarifa autorizada pelo poder concedente, estivesse ela defasada ou não.

No contrato de concessão a extinção por rescisão foi assim contratualizada:

CLÁUSULA 34 – Afastada a possibilidade de consenso administrativo, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, poderá a CONCESSIONÁRIA propor a rescisão deste Contrato, no caso de descumprimento, pelo PODER CONCEDENTE, das normas aqui estabelecidas.

Parágrafo Primeiro – Ocorrendo a hipótese prevista no *caput* desta Cláusula, a CONCESSIONÁRIA não poderá interromper a prestação dos serviços enquanto não transitar em julgado a decisão judicial que decretar a extinção do Contrato ou enquanto não houver assunção dos serviços diretamente pelo PODER CONCEDENTE (...).

O processo judicial se encontra na fase de instrução, ou seja, não há sentença transitada em julgado dispondo sobre a extinção da concessão¹¹⁴. Os serviços públicos permanecem sendo prestados pelo concessionário¹¹⁵.

¹¹² Ação de rescisão de contrato de concessão (com pedido de concessão de tutela de urgência), processo n. 0431063-14.2016.8.19.0001, decisão de 10 de janeiro de 2017.

¹¹³ “Somente se reforma a decisão concessiva ou não de antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

¹¹⁴ Consulta pública ao sítio eletrônico no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (www.tjrj.jus.br) em 22 de fevereiro de 2021.

¹¹⁵ Consulta ao sítio eletrônico da CCR Barcas (www.grupoccr.com.br/barcas) em 22 de fevereiro de 2021.

5.2.4. Concessão federal de serviços rodoviários

Em 20 de maio de 2018 um concessionário de serviço público federal ingressou com ação ordinária com pedido de concessão de tutela de urgência com fundamento no art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95, pedindo a citação da União Federal e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)¹¹⁶.

Trata-se da concessão para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço de sistema rodoviário representado por trecho da BR-163/MS no Estado do Mato Grosso do Sul, entre as divisas com os Estados do Mato Grosso e do Paraná. A concessão foi outorgada mediante leilão realizado em dezembro de 2013, o contrato celebrado em 12 de março de 2014 e o sistema rodoviário preexistente foi assumido pelo concessionário em abril de 2014. O prazo da concessão é de 30 anos a contar da data da assunção.

De acordo com a narração dos fatos pelo concessionário, eventos imputáveis ao poder concedente teriam inviabilizado o cumprimento do contrato de concessão tal como originariamente pactuado: (i) atraso superior a um ano na emissão da licença ambiental para as obras de duplicação da rodovia, que foi emitida de forma parcial, com exigências de alteração de projeto e execução fragmentada; (ii) frustração das condições de financiamento inicialmente sinalizadas; (iii) superveniência de eventos de desequilíbrio do contrato de concessão (alterações por parte da administração e fato do príncipe); (iv) deterioração da situação econômico-política do país, com redução de tráfego superior a 30%.

O pedido principal é de condenação da agência reguladora federal a proceder à revisão do contrato de concessão de modo a readequar as obrigações assumidas pelo concessionário às mudanças nas condições originais e, subsidiariamente, a rescisão do contrato de concessão “por culpa da Administração, condenando-se as Rés ao pagamento das indenizações plenas indicadas na Lei de Concessões, a serem apuradas em liquidação de sentença”. A subsidiariedade do segundo pedido é associada à impossibilidade de alteração dos contratos administrativos além dos limites legais.

A extinção da concessão por rescisão foi assim contratualizada:

¹¹⁶ Ação de rito ordinário, processo n. 1009737-97.2018.4.01.3400, 22ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, autor Concessionária de Rodovia Sul-mato-grossense S/A, réus União Federal e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, processo eletrônico.

33. Rescisão

33.1. A Concessionária deverá notificar a ANTT de sua intenção de rescindir o Contrato no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, nos termos previstos na legislação e nas normas regulamentares pertinentes da ANTT.

33.2. Os serviços prestados pela Concessionária somente poderão ser interrompidos ou paralisados após o trânsito em julgado da sentença judicial que decretar a rescisão do Contrato.

33.3. Indenização

33.3.1. A indenização devida à Concessionária no caso de rescisão será calculada de acordo com a subcláusula 31.2 acima.

33.3.2. Para fins do cálculo indicado na subcláusula 33.3.1 acima, considerar-se-ão os valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão¹¹⁷.

Em 11 de dezembro de 2019 o concessionário pediu a instauração de arbitragem com o objetivo de obter declaração de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e condenação da agência reguladora federal a promover a readequação do contrato às novas condições de exploração e, em razão disso, pediu a suspensão do processo judicial até o término da arbitragem, o que foi deferido em decisão de 27 de julho de 2020¹¹⁸.

5.2.5. Pontos comuns

No pano de fundo dos três litígios podem ser identificados atos ou omissões do poder concedente que teriam comprometido o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos: repasse da arrecadação das tarifas pelo poder concedente teria deixado de ocorrer no modo e/ou nos prazos contratualmente estipulados; acréscimos de receita tarifária (via reajuste ou revisão da tarifa) teriam sido sucessivamente adiados pelo poder concedente; licenças ambientais de responsabilidade do poder concedente não teriam sido emitidas nos prazos convencionados.

Em suas demandas judiciais, os concessionários cumularam pedidos de tutela de urgência que denunciavam uma asfixia financeira (transferir imediatamente ao poder concedente a obrigação de liquidar as parcelas de financiamento contraído junto ao banco de fomento, conceder judicialmente a majoração imediata da tarifa pública cobrada dos usuários que o poder concedente teria deixado de autorizar) ou uma exposição à extinção da concessão por caducidade. Ao final dos processos, o objetivo buscado foi não apenas decisão judicial que

¹¹⁷ A indenização prevista na subcláusula 31.2 do contrato de concessão diz respeito à hipótese de extinção da concessão por encampação.

¹¹⁸ Consulta pública ao processo eletrônico através do PJe (www.pje.jus.br) em 22 de fevereiro de 2021.

decretasse ou declarasse a rescisão dos contratos de concessão como igualmente a condenação dos respectivos poderes concedentes ao pagamento de indenização pecuniária.

O que se nota é uma dificuldade encontrada pelos concessionários de obter provimento jurisdicional de antecipação de efeitos da extinção da concessão, ou seja, de autorização judicial para se liberar imediatamente ou em prazo fixado pelo juiz da obrigação de continuar na prestação dos serviços públicos sem ter de aguardar decisão judicial transitada em julgado – e obtê-lo no curto prazo.

6. ARBITRAGEM

A Lei Federal n. 8.987/95 foi incrementada em 2005 com o seguinte dispositivo:

Art. 23-A. 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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹¹⁹.

Contratos de concessão administrativa e de concessão patrocinada já contavam com o mecanismo da arbitragem “para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” em razão do disposto no art. 11, II, da Lei Federal n. 11.079/2004.

Mas foi necessário um movimento adicional do legislador para consolidar a arbitragem no âmbito das concessões¹²⁰: em 26 de maio de 2015, através da Lei Federal n. 13.129, a Lei da Arbitragem foi alterada e passou a dispor que “A Administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹²¹. Nesse caso, a arbitragem será sempre de direito (excluída a equidade) e “respeitará o princípio da publicidade”¹²².

Muito embora as disputas em torno da arbitrabilidade subjetiva de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública tenham sido superadas no plano da produção normativa heterônoma, restaram desafios associados aos contornos da arbitrabilidade objetiva.

A controvérsia, que já foi maior, gira em torno da identificação dos “direitos patrimoniais disponíveis” que, em matéria de extinção de concessão por rescisão, é agravada a ponto de gerar um impasse. Afinal de contas, o art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 remete a extinção da concessão por rescisão para o foro jurisdicional estatal; porém, tanto a hipótese legal da rescisão (descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente) quanto seus

¹¹⁹ Dispositivo acrescentado pela Lei Federal n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.

¹²⁰ Há trabalho de 2008 no qual Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara já sustentavam o cabimento da arbitragem nos contratos administrativos e, especialmente quanto a temas relacionados a serviços públicos, afirmaram: “Ninguém discute que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. Logo, os direitos oriundos da exploração do referido serviço por terceiros são, indiscutivelmente, passíveis de negociação. Preços, condições de pagamento, cronograma de investimento, financiamentos, enfim, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem”. Versão modificada do artigo publicada em SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 252-264.

¹²¹ Art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, com a redação atribuída pela Lei Federal n. 13.129, de 26 de maio de 2015.

¹²² Art. 1º, § 3º, da Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, com a redação atribuída pela Lei Federal n. 13.129, de 26 de maio de 2015.

desdobramentos, especialmente a indenização devida ao concessionário em razão da extinção antecipada da concessão, são matérias objetivamente arbitráveis, ou seja, são questões que podem ser solucionadas no foro jurisdicional arbitral, desde que as partes assim convençionem. Na prática, é inevitável que as duas instâncias sejam instauradas, uma redundância onerosa, e não há um critério normativo *ex ante* que as permita conviver harmoniosamente¹²³.

Em dois casos concretos já mencionados ao longo do trabalho esse impasse foi identificado.

No contrato de concessão patrocinada n. 015/2013, da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo, a convenção de arbitragem foi assim disciplinada:

- 54.5. As partes contratantes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:
- (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO;
 - (ii) aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO;
 - (iii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
 - (iv) cálculo e aplicação do reajuste;
 - (v) acionamento dos mecanismos de garantia;
 - (vi) valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual¹²⁴.

No mesmo contrato de concessão patrocinada foi empregada a fórmula geral da extinção por rescisão da Lei Federal n. 8.987/95, qual seja:

- 46.1. Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE, mediante ação judicial movida especialmente para esse fim.

¹²³ Com razão, Maurício Portugal Ribeiro e Carlos Alexandre Nascimento aludem a uma “esquizofrenia em relação à aplicabilidade da arbitragem para lidar com conflitos sobre a extinção de contrato de concessão: a extinção do contrato só pode ser apreciada pelo Poder Judiciário; já a indenização por investimentos não amortizados, que decorre da extinção do contrato, está submetida à decisão arbitral”. Os autores sugerem alteração legislativa de modo que a extinção da concessão por rescisão seja decidida por arbitragem. RIBEIRO, Maurício Portugal; NASCIMENTO, Carlos Alexandre. O que deveria ser reformado nas leis de concessão e PPP? **Portal da iNFRA**. 30 out. 2019. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/o-que-deveria-ser-reformado-nas-leis-de-concessao-e-ppp>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹²⁴ André Rodrigues Junqueira afirma que a cláusula compromissória utilizada no contrato de concessão patrocinada da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo resultou de um esforço de uniformização da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e contemplou sugestões recebidas do mercado, o que a credencia como representante de fase madura do histórico da arbitragem em contratos de concessão (JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 159).

A ação judicial de rescisão do contrato de concessão foi proposta pouco antes da provocação da instauração da arbitragem, esta também por iniciativa do concessionário¹²⁵. Muito embora o concessionário tenha delimitado o pedido judicial de modo a não gerar sobreposição entre as instâncias, consumiram-se mais de 2 anos até estabilizar decisão que, no foro jurisdicional estatal, declarou não ter havido renúncia ao juízo arbitral pelo concessionário em razão da judicialização da rescisão, reformando-se decisão de primeira instância que havia suspenso a arbitragem¹²⁶. No procedimento arbitral as partes controverteram acerca da mesma questão e o curso da arbitragem só foi retomado em 4 de fevereiro de 2019. Em 5 de outubro de 2020 o concessionário desistiu da ação judicial em virtude da conclusão de operação de transferência da concessão patrocinada nos termos do art. 27 da Lei Federal n. 8.987/95, bem como houve desistência do procedimento arbitral, e o impasse ficou prejudicado por razões alheias à controvérsia.

No contrato de concessão rodoviária federal da BR-163/MS, o concessionário também optou pela ação judicial de rescisão com pedido de tutela de urgência que não foi deferido em primeira instância. Em grau de recurso contra essa decisão, a existência de cláusula compromissória foi levantada e o concessionário se viu obrigado a requerer a instauração de arbitragem e pedir a suspensão do processo judicial, o que foi deferido.

A combinação de cláusulas contratuais que motivou a disputa processual foi a seguinte:

33. Rescisão

33.1. A Concessionária deverá notificar a ANTT de sua intenção de rescindir o Contrato no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, nos termos previstos na legislação e nas normas regulamentares pertinentes da ANTT.

33.2. Os serviços prestados pela Concessionária somente poderão ser interrompidos ou paralisados após o trânsito em julgado da sentença judicial que decretar a rescisão do Contrato.

33.3. Indenização

33.3.1. A indenização devida à Concessionária no caso de rescisão será calculada de acordo com a subcláusula 31.2 acima.

33.3.2. Para fins do cálculo indicado na subcláusula 33.3.1 acima, considerar-se-ão os valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão.

(...)

37. Resolução de controvérsias

37.1. Arbitragem

¹²⁵ Procedimento Arbitral n. 21/2018/SEC7, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens. Acesso em: 22 out. 2020.

¹²⁶ A decisão de primeira instância que acolheu pedido da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e suspendeu o procedimento de formação do tribunal arbitral foi publicada em 10 de maio de 2018. Em 25 de agosto de 2020 transitou em julgado acórdão do Superior Tribunal de Justiça que resultou na estabilização de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia reformado a decisão de primeira instância.

37.1.1. As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

Ainda que a cláusula do contrato de concessão patrocinada tenha sido mais específica do que a cláusula correspondente do contrato de concessão comum, ou seja, aquela uma cláusula compromissória do tipo parcial e, esta, um arremedo de convenção de arbitragem, isso não foi suficiente para evitar a redundância e criou um foco adicional de disputa entre concessionário e poder concedente que em alguma medida adiou a solução da controvérsia.

Antes de investigar as alternativas disponíveis e os limites do contrato de concessão para contratualizar a arbitragem em matéria de extinção de concessão por rescisão, interessa apontar vantagens da solução arbitral que não são indiferentes à Administração Pública contratual e discutir a resistência ao seu emprego em contratos de concessão, especialmente na extinção por rescisão.

6.1. Motivos pelos quais a administração pública não deve fugir da arbitragem

Em artigo sobre os custos da arbitragem internacional, Luciano Benetti Timm faz o seguinte diagnóstico:

O custo de um litígio, em sentido amplo, envolve despesas das partes com honorários de advogados, custas procedimentais (taxas judiciárias ou dos centros de arbitragem) e outras despesas adicionais com transporte, alimentação, etc. Além disso, existem “custos escondidos”, como o “custo de oportunidade”, no jargão econômico, de uma demanda – isto é, o custo de uso alocativo alternativo do recurso financeiro, que fica parado durante a disputa, pois a parte credora está sem receber o correspondente monetário ao seu direito. E há também os custos de transação (custos envolvidos para obter informações, negociar e fazer cumprir o contrato). A Ciência Econômica pode contribuir para revelar aos advogados estes custos¹²⁷.

Apropriando-se dessa mesma linha de argumentação, é possível afirmar que a Ciência Econômica pode contribuir para revelar esses custos e, por essa via, incentivar a opção pela arbitragem em controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Em sentido estritamente econômico, a Administração Pública não transaciona com particulares. Logo, aludir a custos de transação numa relação em que as partes não são dotadas

¹²⁷ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem internacional é realmente cara?. In: **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 85-87.

de plena liberdade negocial é tecnicamente impreciso¹²⁸. Em todo caso e para efeito de destacar as vantagens da arbitragem a partir das contribuições da Ciência Econômica, adota-se aqui transação em sentido amplo e sustenta-se que alguns dos custos a ela relacionados não são (leia-se não devem ser) indiferentes à Administração Pública contratual.

O primeiro deles é o custo de demora na alocação da propriedade. Luciano Benetti Timm, Bruno Guandalini e Marcelo de Souza Richter destacam as seguintes evidências de que a arbitragem tende a ser – e pode ser – mais célere do que a jurisdição estatal: (i) garantia de escolha do procedimento a ser utilizado – que no caso da Administração Pública pode ser disciplinado na esfera regulamentar; (ii) possibilidade de escolha de arbitragem expedita; (iii) ausência de instância recursal, “o que resulta, conseqüentemente, na alocação da propriedade de forma muito mais rápida”; (iv) decisões com maior probabilidade de acerto e, por conseguinte, de maior índice de cumprimento espontâneo pelas partes¹²⁹.

O segundo custo está associado ao erro da decisão. Litígios relacionados à execução de contratos de concessão são usualmente complexos e exigem o domínio de conceitos econômicos, financeiros e de engenharia, inclusive. Na medida em que a arbitragem se caracteriza pela especialização dos julgadores, a “possibilidade de nomeação de árbitros especialistas possibilita uma diminuição sensível quanto ao risco de erros nas decisões”¹³⁰. Além disso, os árbitros, ao contrário dos juízes, têm incentivos econômicos para proferir uma melhor decisão na medida em que estão inseridos num mercado profissional de serviços competitivo no qual se preza pela conquista e pela preservação de reputação. Como dizem os autores, “Quanto maior o incentivo no sentido de uma decisão acertada e sem parcialidade, menor a probabilidade do erro e menor o custo de transação”¹³¹.

Por certo, esses não são os únicos pontos fortes da arbitragem, assim como não é a Ciência Econômica a única que se dedica a evidenciá-los. Na dogmática jurídica alude-se a três

¹²⁸ No mesmo sentido, CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O Direito Tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 239-246.

¹²⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica de uma ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem – uma homenagem a Petronio Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 83-102.

¹³⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica de uma ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem – uma homenagem a Petronio Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 92.

¹³¹ TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica de uma ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem – uma homenagem a Petronio Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 93.

principais vantagens da jurisdição arbitral em comparação com a jurisdição estatal quando se trata de controvérsias contratuais da Administração Pública. André Rodrigues Junqueira assim as resume:

i) maior especialização dos árbitros, em comparação aos magistrados que possuem uma formação mais ampla e generalista; ii) menor tempo para resolução do litígio, dado que o Poder Judiciário em geral padece das vicissitudes decorrentes da litigância de massa; e iii) menores custos e maior eficiência econômica, dado que uma solução mais rápida, tomada por especialistas, tende a reduzir custos com a manutenção de um processo e contribui com a execução contratual¹³².

No que diz respeito ao tema da dissertação, ao menos duas dessas vantagens ganham especial relevância.

A primeira é a celeridade da solução arbitral em comparação com a solução jurisdicional estatal. É intuitiva a constatação de que um contrato de concessão exposto à extinção por rescisão é um contrato em crise cuja sobrevivência resiste às ferramentas usuais de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, assim como é certo que na origem da exposição há um descumprimento de norma contratual pelo poder concedente grave o suficiente para desincentivar o concessionário a prosseguir na execução do contrato¹³³. Além do mais, há uma prestação de serviço público ou de serviço administrativo na berlinda que não se compadece com o tempo fisiológico do processo judicial, muito menos com seu tempo patológico. Por mais que a solução arbitral se mostre, na prática, menos célere do que é na teoria da arbitragem, é altamente provável que consuma menos tempo do que uma solução judicial definitiva. Em todo caso, o só fato de se poder estipular um prazo para a produção da sentença arbitral é um inegável avanço em comparação com a solução jurisdicional convencional.

A segunda é a requalificação da relação de concessão que o compromisso assumido inicialmente com a arbitragem proporciona em comparação com a solução jurisdicional estatal – o que André Rodrigues Junqueira chama de “maior eficiência econômica” e contribuição “com a execução contratual”. É dizer, assume-se que nas alternativas contratuais de rescisão

¹³² JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 111.

¹³³ Mário Saadi identifica os contratos de parceria expostos à relicitação com termos igualmente aplicáveis aos contratos de concessão expostos à extinção por rescisão: “contratos que se tornaram inviáveis e que estão permeados por alta carga litigiosa, especialmente com multas e outras sanções aplicadas pelos Poderes Concedentes às concessionárias”. SAADI, Mário. Extinção consensual de contratos de parceria: uma proposta de modelagem contratual. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (org.). **Experiências práticas em concessões e PPP – estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**: estruturação e arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. I, p. 171-179.

lato sensu do contrato há um fator determinante da qualidade da relação contratual considerada em seu conjunto. Como afirma Fernando Araújo:

Não é de mais enfatizar o quanto qualquer relação contratual, mesmo a mais sólida, a mais equilibrada, a mais propiciadora de interdependências lucrativas, está criticamente exposta às condições de sua própria dissolução – à determinação de quem é que fica com a titularidade dos recursos, mas também à determinação da oportunidade e condições da dissolução¹³⁴.

A imprevisibilidade do conteúdo e do tempo da sentença judicial é substituída pela acuidade e pelo prazo certo da sentença arbitral; mais na arbitragem do que na jurisdição estatal, o que está contratualizado entre poder concedente e concessionário importa, assim como o fator tempo da decisão pode ser contabilizado de antemão.

Em artigo recente, Marçal Justen Filho alude a uma “revolução secreta nos contratos públicos” associada à difusão do emprego da arbitragem. O argumento do autor é irrepreensível:

Para o Judiciário e os órgãos de controle externo, as normas legais prevalecem sobre o contrato. As prerrogativas extraordinárias sobrepõem-se ao edital. Na execução do contrato, as decisões administrativas gozam de presunção de legitimidade. Em muitos casos, decide-se como se essa presunção fosse absoluta. Essa situação será radicalmente alterada com a difusão da arbitragem. Os árbitros não ignoram nem desconhecem a lei, mas priorizam o contrato. A decisão arbitral raramente desconsidera o contrato, que prevalece como vontade concreta das partes em face das cogitações abstratas do legislador. E a arbitragem examina com minúcia a conduta das partes. Rejeita o *venire contra factum proprium* e exige a coerência nas decisões adotadas. A arbitragem não negará a existência das competências anômalas da Administração, mas exigirá a comprovação dos pressupostos concretos para as decisões administrativas. Não afastará a presunção de legitimidade dos atos administrativos, mas avaliará a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa¹³⁵.

Por mais claras as evidências de que a jurisdição arbitral é recomendável para a solução de controvérsias relacionadas a contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada, a “difusão da arbitragem” prognosticada por Marçal Justen Filho ainda enfrenta resistência.

¹³⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 656.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A revolução secreta nos contratos públicos, **Jota**, 26 set. 2019. O autor desenvolve o argumento em Difusão da arbitragem e os reflexos sobre as contratações administrativas. Extinção consensual de contratos de parceria: uma proposta de modelagem contratual. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (org.). **Experiências práticas em concessões e PPP – estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**: estruturação e arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. I, p. 285-293.

6.2. A resistência à arbitragem

A cláusula geral da arbitragem tal como prevista na Lei Federal n. 9.307/96 não excluía por si só os conflitos surgidos na esfera das contratações administrativas. Ainda assim, a Lei Federal n. 11.196/2005 permitiu a inclusão da convenção de arbitragem entre as cláusulas de contratos de concessão comum, vez que as concessões patrocinadas e as concessões administrativas já contavam com essa possibilidade em razão do art. 11, III, da Lei Federal n. 11.079/2004. Não fosse suficiente, a Lei Federal n. 13.129/2015 alterou a Lei Geral da Arbitragem de modo a consolidar a arbitragem administrativa no plano da produção normativa heterônoma, “sempre de direito” e observado o “princípio da publicidade”.

Talvez não seja possível atribuir o movimento escalonado de consolidação legislativa da arbitragem administrativa a uma resistência – aqui, imputável ao legislador. Como afirma José Vicente Santos de Mendonça, a lei é produto de uma ação coletiva e, enquanto tal, traz dificuldades¹³⁶. Em todo o caso, a substituição da técnica legislativa empregada até 2015 – primeiro, uma cláusula geral de arbitragem que não excluía a administração pública, depois uma permissão à contratualização na arbitragem nas concessões – por uma cláusula geral inclusiva e expressa, inserida na Lei Geral da Arbitragem, é indício suficiente de que resistência houve à positivação da arbitragem administrativa juntamente com a arbitragem privada.

Com a promulgação da Lei Federal n. 13.129/2015, a arbitragem administrativa passou a ser regulamentada na esfera federal¹³⁷. Em 8 de junho de 2015 foi editado o Decreto Federal n. 8.465 para disciplinar a arbitragem entre a União Federal ou as entidades da Administração Pública Indireta e os concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, quando os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis foram assim definidos:

Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

- I – inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;
- II – questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e
- III – outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ.

¹³⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 670.

¹³⁷ É preciso registrar que no Estado de Minas Gerais a Lei Estadual n. 19.477, promulgada em 12 de janeiro de 2011, introduziu o “juízo arbitral” para a solução de litígios envolvendo a administração pública direta e indireta do Estado, ou seja, antes da alteração da Lei Geral da Arbitragem que resultou da Lei Federal n. 13.129/2015.

Em 2017 sobreveio a Lei Federal n. 13.448 e com ela uma nova delimitação das controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis em contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário por ela alcançados, conforme dispõe seu art. 31:

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.

A pretexto de regulamentar o art. 31, § 5º, da Lei Federal n. 13.448/2017, inclusive, em 20 de setembro de 2019 foi editado o Decreto Federal n. 10.025, que assim especificou o conteúdo dos direitos patrimoniais disponíveis para efeito de arbitragem em seu art. 2º:

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e

III – o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

O motivo desse histórico aparentemente desordenado da produção legislativa e regulamentar federal acerca da arbitragem é expor um quadro atual inusitado.

Com efeito, o Decreto Federal n. 10.025/2019 não se prestou exclusivamente a regulamentar a Lei Federal n. 13.448/2017, que trata da prorrogação e da relicitação dos contratos de parceria. Cuida-se do produto de um esforço regulamentar concentrado no qual se buscou (i) disciplinar e uniformizar a arbitragem administrativa federal em diversos setores, mas não todos; (ii) substituir a disciplina pioneira até então vigente para o setor portuário, revogando-se o Decreto Federal n. 8.465/2015; e (iii) prosseguir na regulamentação da Lei Federal n. 13.448/2017, mais precisamente quanto à arbitragem de controvérsias acerca de direitos patrimoniais disponíveis em “contratos de parceria” qualificáveis para prorrogação e para relicitação.

Uma polêmica surgida com a edição do Decreto ilustra o argumento do inusitável.

No art. 3º, VIII, do Decreto Federal n. 10.025/2019, criou-se uma condição para a instauração da arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário: “a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”. A condição não está prevista nas Leis Federais mencionadas no preâmbulo do Decreto e que teriam sido por ele regulamentadas.

Floriano de Azevedo Marques Neto enxergou nesse ponto um retrocesso. Para o autor, a exigência de prévio esgotamento da via administrativa como condição para a instauração da arbitragem seria inconstitucional, contrária à Lei Federal n. 9.307/96 e aos objetivos da arbitragem, além de contraditória, vez que conferiria a uma das partes envolvidas no litígio (a Administração Pública) a prerrogativa de adiar a instauração da arbitragem (basta que não decida e não permita o esgotamento da via administrativa) e postergar uma solução que é presidida pela ideia de celeridade. O título do artigo resume com precisão o argumento do autor: “Retrocesso no avanço da arbitragem administrativa”¹³⁸.

Pouco tempo depois, em artigo intitulado “Acesso ao avanço da arbitragem administrativa”, Fernando Couto Garcia sustentou o contrário. Para o autor, o mesmo art. 3º, VIII, do Decreto Federal n. 10.025/2019 teria regulamentado apenas o art. 31, *caput*, da Lei Federal n. 13.448/2017, ou seja, a exigência de prévio esgotamento da via administrativa para o início da arbitragem estaria direcionada aos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário qualificáveis para prorrogação e relicitação, quando o legislador condicionou o início da arbitragem à prévia “decisão definitiva da autoridade competente”. Assim, o regulamento teria especificado que a “decisão definitiva” exigida pelo legislador é “aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”. Essa mesma linha de interpretação se aplicaria a outras “cláusulas exorbitantes arbitrais” do Decreto Federal que foram assim designadas e também criticadas por Floriano de Azevedo Marques Neto, ou seja, arbitragem institucional conduzida por câmara credenciada pela Administração Pública, prazos diferenciados e antecipação de custas pelo particular¹³⁹.

Ou seja, o Decreto Federal n. 10.025/2019 não passaria de uma justaposição de dispositivos regulamentares, alguns endereçados pelo art. 31, § 5º, da Lei Federal n. 13.448/2017 (prorrogação e relicitação de contratos de parceria), outros pelo art. 35, XVI, da Lei Federal n. 10.233/2001 (setor de transporte terrestre e aquaviário) e outros tantos pelo art. 62, § 1º, da Lei Federal n. 12.815/2013 (setor portuário). Em outras palavras, o Decreto Federal

¹³⁸ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Retrocesso no avanço da arbitragem, *Jota*, 17 dez. 2019.

¹³⁹ GARCIA, Fernando Couto. Acesso ao avanço da arbitragem administrativa, *Jota*, 13 jan. 2020.

ora em vigor não seria um “regulamento geral” da arbitragem da Administração Pública Federal, mas uma solução para diversas pendências regulamentares espalhadas por Leis Federais especiais – uma espécie de “teste de Rorschach” da arbitragem administrativa federal.

Concorde-se ou não com essa leitura, o regulamento federal da arbitragem emite sinais contraditórios além das “cláusulas exorbitantes arbitrais” e que podem ser explicados, ainda que não justificados, pela sua pretendida abrangência, denunciada logo no preâmbulo do Decreto.

A premência da regulamentação da arbitragem nos contratos de parceria expostos à prorrogação e à relicitação pode tê-lo descredenciado como o “regulamento geral” da arbitragem administrativa federal. Tanto é que, ao exemplificar as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis passíveis de solução arbitral, o regulamento inclui em seu art. 2º, parágrafo único, II, “o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria”, sendo que nem todos os contratos por ele alcançados são necessariamente “contratos de parceria” como tais definidos pela Lei Federal n. 13.334/2016.

Em todo o caso, os contornos normativos dos “direitos patrimoniais disponíveis” já não são tão imprecisos quanto o foram quando da promulgação da Lei Geral da Arbitragem. Os esforços identificados na produção normativa federal influenciam as demais esferas (quando não por mimetismo, por força do *spending power*)¹⁴⁰. Leis e regulamentos federais que se seguiram à alteração da Lei Geral da Arbitragem estipularam balizas gerais para que convenções de arbitragem sejam especificadas caso a caso, ou melhor, contrato de concessão a contrato de concessão em todas as esferas.

Mas há outro desafio à difusão da arbitragem que não é exclusiva da Administração Pública que contrata concessões comuns, administrativas e patrocinadas. Em trabalho já citado, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara apontaram a origem da controvérsia:

No entanto, mesmo sem qualquer restrição específica presente na legislação, alguns ainda consideram que as entidades estatais não poderiam aderir a um procedimento arbitral. A origem de todo o questionamento é basicamente uma: considerar que os interesses tutelados pela Administração, em decorrência do princípio da

¹⁴⁰ O Decreto Estadual n. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do Rio de Janeiro, e o Decreto Estadual n. 64.356, de 31 de julho de 2019, de São Paulo, não delimitam os contornos dos direitos patrimoniais disponíveis. Aliás, o Decreto do Estado do Rio de Janeiro dispõe que conflitos relativos a direitos patrimoniais correspondem às “controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários”, o que pouco ou nada acrescenta em termos práticos. Movimentos de *spending power* na disseminação de convenções de arbitragem na última fronteira das concessões de serviços públicos são aguardados no setor do saneamento básico a partir da promulgação da Lei Federal n. 14.026/2020.

indisponibilidade do interesse público, não se coadunariam com esse sistema não estatal de jurisdição¹⁴¹.

Ou seja, a resistência à arbitragem administrativa é alimentada por um “truísmo doutrinário” – a indisponibilidade do interesse público, uma construção puramente teórica com alguma utilidade argumentativa, mas desprovida de fundamento jurídico, segundo Juliana Bonacorsi de Palma¹⁴². A propósito, um truísmo doutrinário que circulou livremente por algum tempo nos órgãos de controle externo, especialmente o Tribunal de Contas da União¹⁴³.

Com a promulgação da Lei Federal n. 13.129/2015 a resistência à arbitragem administrativa fundamentada na indisponibilidade do interesse público perdeu sentido. Conforme André Luis Nascimento Parada, “parece inconciliável interpretar que o legislador autoriza o emprego da arbitragem pela administração pública e, quando se faz uso desse instituto, a Casa de Contas vislumbre ofensa ao referido princípio” – e o vislumbre soaria bizantino em todo e qualquer ambiente de discussão.

Acórdão recentemente publicado que analisou representação acerca de arbitragem por câmaras privadas no setor portuário dá conta de que, ao menos na esfera de controle do Tribunal de Contas da União, não mais se resiste ao emprego da arbitragem administrativa. Há trecho do voto do Ministro Vital do Rêgo que merece transcrição:

Ponto a reforçar é o fato de que a especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode compensar a assimetria de informações existente entre as partes. Ademais, para quaisquer câmaras arbitrais envolvidas, os consectários da garantia constitucional do devido processo legal estão garantidos, sendo, inclusive, sua transgressão, a única hipótese de ser, a decisão dali decorrente, anulada *a posteriori* pelo Poder Judiciário. E, por fim, não há obstáculos à garantia ao controle público, uma vez obrigatória a publicação de todos os fatos atinentes a eventuais arbitragens com envolvimento de ente público, independente da natureza da câmara utilizada, o que vem ao encontro do princípio da publicidade¹⁴⁴.

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 253.

¹⁴² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (org.). **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104 (Série GVlaw; v. 2).

¹⁴³ André Luis Nascimento Parada analisa a evolução do entendimento do Tribunal de Contas da União e conclui que há “uma clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade de uso do instituto com as condicionantes que entende necessárias”. PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016.

¹⁴⁴ TCU, Plenário, Acórdão n. 3.160/2020, TC-000.723/2020-7, rel. Min. Vital do Rêgo, j. 25/11/2020.

Resta enfrentar os desafios que se colocam ao emprego da arbitragem na hipótese de extinção de contrato de concessão por rescisão.

6.3. A resistência à arbitragem na extinção de concessão por rescisão

Foi demonstrado que a fórmula geral da extinção por rescisão da Lei Geral de Concessões e a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis por arbitragem, quando contratualizadas em conjunto, pode gerar um impasse. Dois casos concretos nos quais a extinção do contrato de concessão foi judicializada ilustraram o argumento.

Maurício Portugal Ribeiro defende uma leitura sistemática das duas leis que evitaria o impasse:

Na nossa opinião, é perfeitamente possível o uso da arbitragem para solução de quaisquer questões de fato ou de direito e, particularmente as questões econômico-financeiras, relativas a contratos de concessão ou PPP. Nesse sentido, todas as referências que existiam na legislação sobre a necessidade de decisão judicial (por exemplo, o art. 39, da Lei 8.987/95) devem ser entendidas como exigindo solução decisão arbitral, nos casos em que os contratos preverem a submissão dos conflitos a arbitragem. Por isso, entendemos que, por exemplo, a verificação do descumprimento do contrato pelo Poder Concedente para decretação da rescisão pode ser realizada por arbitragem. Também achamos perfeitamente viável o uso da arbitragem para a definição do valor da indenização por investimentos não amortizados em bens concessão, em qualquer dos casos de extinção do contrato¹⁴⁵.

Para o autor, a Lei da Arbitragem foi promulgada em 1996, quase um ano e meio após a Lei Geral de Concessões, o que justificaria a ausência de menção expressa à arbitragem pelo legislador de 1995. Assim, onde se diz “decisão judicial”, como ocorre no art. 39, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, deve-se entender “decisão arbitral”, desde que a arbitragem esteja convencionada.

O argumento é sedutor, mas no mesmo artigo há evidência de que não o suficiente: em consultas públicas conduzidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) acerca dos editais de licitação e contratos da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, em 2013, propostas de ampliação das hipóteses de conflitos arbitráveis foram recusadas sob o argumento de que “a rescisão do contrato é um direito indisponível, não sujeito

¹⁴⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. Financiamento de concessões e PPP: sugestões sobre como lidar com os riscos de encampação e rescisão. In: **10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes>. Acesso em: 19 jan. 2021.

a arbitragem, além do fato de que a ação judicial a ser proposta está expressamente prevista na Lei n. 8.987/95”.

Esse mesmo entendimento está hoje consagrado pela agência reguladora federal na Resolução n. 5.845, de 14 de maio de 2019, que dispõe sobre “as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT”. Enquanto no seu art. 2º, II, a resolução considera como direitos patrimoniais disponíveis as “indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato”, no art. 3º, IV, dispõe que não serão arbitráveis em conformidade com as regras da resolução “o pedido de rescisão do contrato por parte da Concessionária”.

Em concessão administrativa estruturada e leiloadada há pouco pelo Estado do Mato Grosso do Sul, mais precisamente por sociedade de economia mista estadual responsável pelos serviços de saneamento básico, a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A (SANESUL), na minuta do respectivo contrato de concessão a hipótese de extinção por rescisão é assim disciplinada:

- 37.1. A SPE somente poderá se desvincular das obrigações assumidas no Contrato, no caso de inadimplência da SANESUL, após decretada judicialmente a sua rescisão.
- 37.2. A indenização devida à SPE, no caso de rescisão judicial do Contrato por culpa da SANESUL, será equivalente àquela devida na hipótese de encampação, e será calculada da mesma forma, podendo, se foro o caso, ser paga diretamente aos financiadores da SPE.

A convenção de arbitragem incluída na mesma minuta consiste em cláusula genérica que, seguindo o mesmo roteiro já identificado em concessões anteriores que se expuseram à extinção por rescisão, sugere um desfecho igualmente conturbado na hipótese de extinção desse contrato de concessão administrativa estadual por inadimplemento contratual da SANESUL.

Mas há iniciativas na produção normativa autônoma que, no mesmo cenário de limitações legais, resistência da burocracia, disputas doutrinárias e hostilidade de órgãos de controle, estressaram os limites do contrato de concessão no capítulo da extinção por rescisão.

6.4. A introdução da arbitragem no capítulo da extinção de contrato de concessão

Em artigo no qual expõem a fragilidade do programa governamental de concessão de rodovias derivada da ausência de uma política legislativa estipulada por lei, Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis argumentam que um ponto sensível das concessões rodoviárias

– alterações contratuais e reequilíbrio econômico-financeiro – não segue, porque não existe, um “parâmetro normativo geral estável”¹⁴⁶.

Para ilustrar o argumento, os autores fazem um recorte no histórico das concessões rodoviárias do Estado de São Paulo e demonstram como a disciplina mudou entre um contrato firmado em 1998 (concessionária TEBE), outro em 2011 (concessionária SP Mar) e um terceiro que viria a ser firmado em 2014 (concessionária Rodovia dos Tamoios).

O trabalho não sinaliza para um incremento qualitativo entre as cláusulas contratuais do primeiro contrato em comparação com o terceiro, mais recente, mesmo porque não era esse o ponto abordado. Em todo caso, ao percorrer esse mesmo histórico com foco na cláusula de extinção da concessão por rescisão depara-se com uma alteração radical: o que foi estipulado no contrato da Concessionária TEBE é exatamente o mesmo que constou no contrato da Concessionária SP Mar; a alteração radical se deu entre esses dois contratos e o terceiro, da Concessionária Rodovia dos Tamoios, uma concessão patrocinada disciplinada pela Lei Estadual n. 11.688/2004 e pela Lei Federal n. 11.079/2004. A ausência de previsão legal estadual ou federal acerca da arbitragem como alternativa à jurisdição estatal para conhecer e decidir acerca da rescisão do contrato não impediu que o mecanismo fosse contratualizado.

Este é o ponto: a ausência de previsão legal expressa permitindo a arbitragem no tocante à rescisão de contrato de concessão administrativa e patrocinada – e é inquestionável que a Lei Federal n. 8.987/95 se aplica às concessões patrocinadas – não inibiu o emprego da arbitragem para a extinção da concessão por rescisão¹⁴⁷.

A redação da cláusula de rescisão do contrato de concessão patrocinada SLT n. 008/2014, resultante da Concorrência Internacional n. 01/2014, firmado em 19 de dezembro de 2014, é a seguinte:

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEXTA – RESCISÃO

46.1. Este Contrato poderá ser rescindido por iniciativa do Parceiro Privado, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Concessão de rodovias e desenvolvimento – a inconsistência jurídica dos programas. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 413-423.

¹⁴⁷ Em 2019 o Estado de São Paulo deflagrou a concorrência internacional n. 01/2019 “para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado LOTE PIRACICABA-PANORAMA” ou “Lote PiPa”. A cláusula contratual de extinção da concessão por rescisão resgatou a fórmula geral da Lei Geral de Concessões com ajustes, especialmente com a previsão de rescisão amigável nos termos do art. 26 da Lei Estadual n. 7.835/92. Muito embora a cláusula denote um maior esforço de especificação das hipóteses de inadimplemento de obrigações contratuais pelo poder concedente e do cálculo da indenização devida ao concessionário, a jurisdição arbitral foi preterida pela jurisdição estatal.

judicial movida especialmente para esse fim, ou procedimento de arbitragem nos termos da Cláusula Quinquagésima Quarta.

46.2. Os serviços prestados pelo Parceiro Privado não poderão ser interrompidos ou paralisados até decisão judicial transitada em julgado ou laudo arbitral definitivo.

46.3. No caso de rescisão do Contrato, a indenização devida ao Parceiro Privado será equivalente àquela exigível na hipótese de encampação, e será calculada da mesma forma, nos termos da Cláusula Quadragésima Segunda.

46.4. As multas, as indenizações e quaisquer outros valores devidos pelo Parceiro Privado ao Poder Concedente, serão descontados da indenização prevista para o caso de rescisão do Contrato.

46.5. Decretada a rescisão, cumprirá ao Poder Concedente assumir a imediata prestação do objeto contratual, se antes já não o tiver feito, ou promover novo certame licitatório, adjudicando a Concessão Patrocinada a um vencedor antes da rescisão definitiva deste Contrato.

O afastamento da fórmula geral da Lei Geral de Concessões foi também experimentado no contrato de concessão administrativa para gestão e operação de unidade hospitalar do Estado da Bahia, denominado Hospital do Subúrbio, em Salvador, pelo prazo de 10 anos. Nesse caso, a cláusula de rescisão do contrato de concessão outorgada de acordo com o Edital de Concessão n. 008/2009 substituiu a jurisdição estatal pela jurisdição arbitral:

29. Rescisão

29.1. A rescisão do Contrato pode ocorrer nos seguintes eventos, desde que a Concessionária notifique à SESAB de sua intenção:

(i) expropriação, sequestro ou requisição de uma parte substancial dos ativos ou participação societária da Concessionária pelo Poder Concedente ou por qualquer órgão público;

(ii) descumprimento contratual pelo Poder Concedente com relação ao pagamento de qualquer montante superior ao equivalente a 2% (dois por cento) do valor do Contrato, que seja devido nos termos do Contrato e que não seja efetuado em até 30 (trinta) dias da respectiva data de vencimento; ou

(iii) descumprimento de obrigações pelo Poder Concedente que gere um desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato cujo procedimento de recomposição não seja concluído nos prazos estabelecidos no Contrato por motivos imputáveis ao Poder Concedente.

29.2. Se o Poder Concedente não sanear o descumprimento contratual a que deu causa dentro de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento da notificação enviada pela Concessionária, o Contrato poderá ser rescindido por iniciativa da Concessionária, mediante procedimento arbitral nos termos da subcláusula 32.2.

29.3. Os serviços prestados pela Concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados até 20 (vinte) dias após a sentença do juízo arbitral que decretar a rescisão do Contrato.

29.4. A indenização devida à Concessionária no caso de rescisão será calculada de acordo com as subcláusulas 28.8 e 28.9.

29.5. Para fins do cálculo indicado na subcláusula anterior, considerar-se-ão os valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão.

Nota-se que a estrutura da fórmula geral de rescisão da Lei Federal n. 8.987/95 foi preservada, substituindo-se o juiz pelo árbitro, o processo judicial pelo processo arbitral e a

sentença judicial pela sentença arbitral. Na prática, as regras fundamentais do jogo foram mantidas; alterou-se uma das peças e o tabuleiro.

7. RESCISÃO ARBITRAL

Nos capítulos anteriores foram identificados diversos sinais relacionados à extinção de concessão por rescisão pela via arbitral.

Em um dos extremos, uma proposta doutrinária de ler “arbitral” onde o legislador escreveu “judicial” – o que eliminaria em grande parte a controvérsia que cerca o disposto no art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95.

No outro extremo, uma evidência concreta da resistência ao reconhecimento da arbitrabilidade objetiva da extinção da concessão por rescisão em razão da suposta indisponibilidade dos interesses envolvidos, hoje traduzida em ato normativo de agência reguladora federal.

Entre os extremos, experiências práticas de parcerias público-privadas estaduais nas quais a extinção do contrato de concessão por rescisão arbitral foi convencionada, assim como movimentos – contratuais e regulamentares – reticentes quanto à prognosticada “difusão da arbitragem”.

A proposta da dissertação é explorar os limites e as possibilidades do contrato de concessão para disciplinar sua própria extinção por iniciativa do concessionário, o que inclui a (mas não se esgota na) sujeição da rescisão do contrato à via arbitral. Em menor escala, a rescisão arbitral expõe poder concedente e concessionário a desafios que são comuns à rescisão judicial.

A ideia é identificar os pontos sensíveis de uma concessão exposta à extinção por inadimplemento das normas contratuais pelo poder concedente e recomendar a sua contratualização de modo que sirva tanto ao incremento da rescisão judicial quanto da rescisão arbitral. Para que o objetivo do trabalho seja alcançado, é preciso enfrentar dois equívocos que alimentam a resistência ao emprego da arbitragem no capítulo da extinção da concessão por rescisão.

7.1. A extinção de concessão por rescisão é matéria arbitrável

O primeiro equívoco consiste em enxergar na extinção de concessão por rescisão uma reserva de jurisdição estatal. Isso porque: (i) o disposto no art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987/95 remete o concessionário ao ingresso de “ação judicial especialmente intentada” para o fim de rescindir o contrato de concessão, assim como o parágrafo único do mesmo artigo vincula a extinção do contrato a uma “decisão judicial transitada em julgado”; (ii) ainda que

não houvesse disposição legal expressa, a matéria não seria arbitrável em razão da indisponibilidade do interesse público *lato sensu*, aqui associado à continuidade do serviço.

O primeiro argumento é fruto do legalismo de direito administrativo, ou seja, da “cultura jurídico-burocrática que fetichiza o texto normativo como único espaço possível de juridicidade administrativa”¹⁴⁸. Sob esse enfoque, se há norma jurídica sugerindo que a rescisão do contrato de concessão pressupõe – sempre – a intervenção da jurisdição estatal, não seria dado às partes da relação contratual convencionar a arbitragem para solucionar litígios a ela relacionados.

Ainda que se possa discutir a leitura defendida por Maurício Portugal Ribeiro, que levaria a ler “arbitral” onde o legislador escreveu “judicial”, o seu argumento expõe um viés do legalismo que não pode ser menosprezado: ao se fiar na literalidade do texto normativo, corre-se grave risco de se deparar com normas jurídicas que não se comunicam (ou deixam de se comunicar em razão da dinâmica da produção legiferante) com outras normas jurídicas a elas associadas e, no limite, com normas jurídicas que se tornam contraproducentes.

Como foi visto no Capítulo 5 do trabalho, a fórmula geral da rescisão de contrato de concessão já era empregada em contratos firmados na esfera federal antes da promulgação da Lei Federal n. 8.987/95, o que aponta para uma construção jurídico-burocrática que foi encampada pelo legislador. Ou seja, a fórmula não teria sido gerada no espaço da produção normativa heterônoma, muito mais amplo, e sim num esforço pontual de contratualização da extinção de concessão que se consagrou ao ser positivado. Depois, a matéria não parece ter sido debatida no curso do processo legislativo ou, se o foi, não houve registro formal. E se naquele momento histórico a arbitragem não era um método de resolução de disputas à disposição do legislador, muito menos o seria para o administrador público encarregado de contratualizar as diversas hipóteses de extinção de um contrato de concessão.

Além disso, o mesmo legalismo que subtrai a extinção por rescisão do rol de matérias arbitráveis entre poder concedente e concessionário conduz à inviabilidade da rescisão consensual do contrato de concessão. Afinal de contas, a rescisão consensual não está prevista no art. 35 da Lei Federal n. 8.987/95 como uma das hipóteses de extinção da concessão e, para fundamentá-la no disposto no art. 79, II, da Lei Federal n. 8.666/93, ter-se-ia de sair da “zona de segurança epistêmica” que constrange o legalista¹⁴⁹.

¹⁴⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 671.

¹⁴⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de

Além do mais, a contratualização da rescisão arbitral em substituição à rescisão judicial preserva um elemento fundamental da fórmula geral da rescisão tal como foi positivada pelo legislador: o descumprimento de norma contratual pelo poder concedente é razão necessária, mas não suficiente, para liberar o concessionário do cumprimento das suas obrigações contratuais. Não basta o descumprimento oficial do contrato para que o concessionário se veja autorizado a também descumprí-lo, muito menos a abandonar o serviço público e seus usuários finais à sua própria sorte. Preserva-se, enfim, uma instância decisória independente e alheia às partes da relação contratual que estará juridicamente habilitada a sacramentar a desvinculação das partes em relação ao contrato.

Se o primeiro fundamento deriva do legalismo, o segundo remete à controvérsia embrionária da arbitrabilidade objetiva dos litígios que envolvem a Administração Pública. Aqui, a rescisão arbitral do contrato de concessão não poderia ser convencionada em razão da indisponibilidade (i) dos interesses envolvidos ou (ii) do interesse público. Em última análise, a extinção da concessão por rescisão estaria reservada à jurisdição estatal por força do postulado da continuidade do serviço público, esse sim indisponível. Logo, ainda que não houvesse uma norma jurídica remetendo as partes à rescisão judicial do contrato de concessão, a rescisão arbitral estaria vedada pela cláusula geral da arbitrabilidade objetiva prevista no art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.307/96.

Porém, não é possível creditar a garantia de continuidade do serviço público à reserva de jurisdição na extinção por rescisão. Antes pelo contrário: um contrato de concessão que se expõe à extinção por rescisão é um contrato em estado patológico em virtude do descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente – e isso é o que dispõe a Lei. Logo, é altamente recomendável que o serviço público concedido retorne ao seu titular para que seja reorganizado e novamente concedido ou prestado diretamente pelo poder concedente, por critérios de conveniência e oportunidade sob reserva de administração. Mas é crucial que esse retorno se dê no menor intervalo de tempo possível, algo inatingível no tempo fisiológico do processo judicial, quanto menos no seu tempo patológico.

Não se discute que o serviço concedido deve ser prestado continuamente; o que é discutível é associar a continuidade ao interesse público tutelado pelo poder concedente, com exclusividade, já que a continuidade aproveita a todos os envolvidos na concessão – poder

Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 671. Mesmo os autores que admitem a hipótese de rescisão consensual ou “distrato” de contrato de concessão o fazem com ressalvas. Marçal Justen Filho reconhece que, muito embora incomum, há espaço para o distrato da concessão desde que haja “autorização legislativa prévia, especialmente em vista da natureza dispositiva do ato” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 617).

concedente, concessionário e usuário final. E mais discutível ainda é a crença de que a reserva de jurisdição na extinção por rescisão é a via mais adequada para preservar a continuidade.

Isso não bastasse, o argumento da indisponibilidade para vedar a rescisão arbitral do contrato de concessão encerra uma contradição. A hipótese de extinção da concessão por rescisão pressupõe um descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, é dizer, um ato de disposição imputável ao poder concedente em torno de obrigações por ele contraídas em face do concessionário. A lógica que preside as matérias objetivamente arbitráveis tal como especificadas na via regulamentar é a mesma: na “recomposição do equilíbrio econômico-financeiro” do contrato a disputa arbitral se dará na configuração de ato ou fato precedente que conduziu ao desequilíbrio, eventualmente um ato de disposição imputável ao poder concedente; o mesmo se passará numa arbitragem motivada pelo “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, o que inclui, em princípio, atos de disposição do poder concedente. Não mais se discute a arbitrabilidade objetiva de litígios relacionados à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e ao inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer das partes, ainda que envolvam atos de disposição antecedentes. Logo, o argumento da indisponibilidade não serve para objetar a rescisão arbitral que, na origem, é igualmente motivada por um ato de disposição do poder concedente – um ato reprovável, mas miseravelmente comum.

Em resumo, os argumentos de resistência à arbitrabilidade da extinção por rescisão ou da rescisão arbitral do contrato de concessão são produtos do legalismo ou giram em torno de “bons princípios”¹⁵⁰.

Os primeiros estão ancorados na literalidade do texto normativo (art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95), o que não permite enxergar a origem da fórmula geral da extinção por rescisão (uma construção jurídico-burocrática encampada pelo legislador), tampouco os resultados a que conduzem se levados às últimas consequências (inviabilidade da rescisão consensual do contrato de concessão).

Os demais remetem à disputa que cerca a arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública, sonhando a construção contratual de soluções mais adequadas para patologias causadas pelo descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente.

A pretexto de salvaguardá-los, os argumentos pouco ou nada dizem em favor do interesse público ou da continuidade do serviço público.

¹⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-229.

7.2. A arbitragem está para a concessão comum assim como está para a concessão administrativa e para a concessão patrocinada

Sustentou-se que o espaço deixado pelo legislador para a contratualização da concessão é congênito à Lei Federal n. 8.987/95. Se é certo que a Lei Federal n. 11.079/2004 representou um incremento qualitativo na disciplina dos contratos de concessão, além da criação da concessão patrocinada e da concessão administrativa, é igualmente certo que a Lei Geral de Concessões já proporcionava condições necessárias e suficientes à produção normativa autônoma quanto a diversos aspectos da concessão.

Em razão disso, não há motivos para resistir à convenção de arbitragem em contratos de concessão comum e admiti-la – ou resistir menos – em contratos de concessão administrativa e de concessão patrocinada.

A norma jurídica que autoriza o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão, inclusive a arbitragem, está formalmente presente nas duas Leis Federais e é materialmente idêntica. A única diferença, de resto irrelevante, é que na Lei Federal n. 11.079/2004 o seu art. 11 é contemporâneo à promulgação da Lei; na Lei Federal n. 8.987/95 o seu art. 23-A foi acrescentado pela Lei Federal n. 11.196/2005, pouco mais de dez anos após a promulgação da Lei. Contudo, a redação dos dois dispositivos legais é praticamente a mesma.

Depois, os desafios que se põem à definição das matérias arbitráveis não são menores nos contratos de parceria público-privada em comparação com os contratos de concessão comum. Os direitos patrimoniais disponíveis que reclamam especificação na convenção de arbitragem de um contrato de concessão patrocinada, por exemplo, são os direitos patrimoniais disponíveis que o fazem num contrato de concessão comum. Tanto é que o legislador, através da Lei Federal n. 13.448/2017, assim como o poder executivo federal, ao editar o Decreto Federal n. 10.025/2019, não discriminaram as matérias arbitráveis em função da natureza específica do contrato: o que é objetivamente arbitrável num contrato de concessão, seja ela comum, patrocinada ou administrativa, também o é num contrato de subconcessão, de permissão, de arrendamento ou de autorização de operação portuária. Isso não bastasse, o art. 1º, § 2º, da Lei Federal n. 13.334/2016 expande o conteúdo das matérias arbitráveis – e o emprego da arbitragem – para “outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico ou de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”, desde que elegíveis em conformidade com essa Lei.

Por fim, o art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 é aplicável na extinção por rescisão de concessões administrativas e de concessões patrocinadas. Por maiores que sejam os esforços da doutrina no sentido de discriminar as modalidades de concessão a partir da lógica econômica que as preside no intuito de conduzir a extinção por rescisão de contratos de parceria público-privada para as regras da Lei Federal n. 8.666/93, fato é que o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente (ou pelo parceiro público) autoriza o concessionário (ou parceiro privado) a promover ação judicial de rescisão do contrato de concessão (seja ela comum, patrocinada ou administrativa) e impõe o ônus de continuar na prestação dos serviços até sentença judicial transitada em julgado. Assim, se esse dispositivo legal servisse de obstáculo à rescisão arbitral de um contrato de concessão comum, haveria de servir de obstáculo à rescisão arbitral de uma concessão administrativa.

Em suma, o emprego da arbitragem na extinção por rescisão de contrato de concessão comum não enfrenta dificuldades maiores ou adicionais em comparação com a extinção por rescisão de contrato de parceria público-privada. As experiências de rescisão arbitral identificadas ao longo da pesquisa foram convencionadas em contratos de concessão administrativa (Hospital do Subúrbio, no Estado da Bahia) e de concessão patrocinada (Rodovia dos Tamoios, no Estado de São Paulo), mas nada impede que a mesma solução seja aplicada em contratos de concessão comum.

7.3. Síntese parcial

É juridicamente possível contratualizar a extinção de concessão por rescisão: esta é a hipótese de pesquisa da dissertação.

O roteiro escolhido teve início com a apresentação da norma jurídica contida no art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95, que teria consagrado uma espécie de fórmula geral de extinção por rescisão, seguindo-se a decomposição dos seus fatores e as dificuldades teóricas e práticas associadas a cada qual.

Por se tratar de uma fórmula encampada pelo legislador em momento crucial do histórico das concessões, de criação de uma Lei Geral, foram mapeados os movimentos legislativos supervenientes que seguiram dois sentidos aparentemente contraditórios: o primeiro de preservação da fórmula geral, vez que poupada das alterações pontuais da Lei Federal n. 8.987 após 1995 e expressamente estendida para as concessões administrativas e para as concessões patrocinadas criadas pela Lei Federal n. 11.079 em 2004; o segundo de afastamento da fórmula geral em contratos setoriais através de leis especiais.

Alterações legislativas mais recentes foram analisadas naquilo que expõem os pontos sensíveis de uma concessão em crise em razão do inadimplemento do poder concedente. Casos concretos de rescisão de contratos de concessão judicializada foram utilizados para ilustrar os desafios que acompanham a aplicação da fórmula geral. Chegou-se então ao emprego da arbitragem como modelo de resolução de conflitos relacionados a contratos de concessão, e foi discutida sua aplicabilidade na extinção por rescisão (rescisão arbitral), mecanismo já experimentado em contratos de parceria público-privada estaduais também identificados.

Reunido esse acervo – legislativo, regulamentar, contratual, doutrinário – e alguma dose de experiência adquirida na prestação de serviços advocatícios em favor de concessionários de serviços públicos, é possível explorar os limites e as possibilidades do contrato de concessão para disciplinar a extinção da concessão por rescisão.

8. RECOMENDAÇÕES DE CONDUTA

8.1. O que é possível contratualizar na extinção por rescisão

O esforço na produção normativa de uma cláusula contratual de rescisão arbitral não é menor do que aquele que exige a produção normativa de uma cláusula contratual de rescisão judicial.

Dito de outro modo, não basta incluir a extinção da concessão por rescisão no rol contratual de matérias arbitráveis e confiar que a jurisdição arbitral, por si só, produzirá resultados necessariamente melhores do que a jurisdição estatal. É preciso esgotar o contrato como instrumento de “regulamentação independente e autônoma” e confiar às partes a estipulação da “solução mais indicada e mais justa” nos limites do Direito posto.

Nos próximos capítulos serão apresentadas recomendações de conduta comuns às modalidades de rescisão judicial e de rescisão arbitral de um contrato de concessão. São recomendações de forma, extraídas de propostas doutrinárias para incrementar a qualidade das contratações administrativas, bem como recomendações de conteúdo, inspiradas pela produção normativa heterônoma acerca da rescisão amigável de contratos de parceria – e tanto umas quanto as outras com viés prático.

Trata-se de recomendações de conduta direcionadas à produção normativa autônoma que é matizada “pelo caráter heterônomo próprio do Direito público”, conforme leciona Fernando Dias Menezes de Almeida.

Há autores que confiam na possibilidade de compatibilizar as duas modalidades de rescisão: assumem que a extinção da concessão por rescisão não é matéria arbitrável e defendem que uma das prerrogativas do árbitro, na hipótese de instauração concomitante da via arbitral, é estipular a remuneração do concessionário até que transite em julgado a sentença judicial de rescisão. É nesse sentido que argumenta Rafael Vêras de Freitas:

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 a 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 público¹⁵¹.

¹⁵¹ FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 258.

Em tese, as duas instâncias jurisdicionais podem conviver, e é possível que os custos da redundância sejam compensados pelos benefícios da deferência à jurisdição estatal ou do apego ao texto normativo como medida de proteção contra eventual responsabilização futura (o legalismo que conforta). Nesse caso, reduzir custos e benefícios a um denominador comum de modo a torná-los comensuráveis é o desafio da análise custo-benefício.

Porém, na prática a convivência entre as instâncias para solucionar um mesmo litígio é ruidosa, como ilustram os casos concretos apresentados ao longo da dissertação. Além disso, confiar ao trânsito em julgado de sentença judicial de rescisão o evento que sacramenta a extinção da concessão implica abdicar da arbitragem naquilo que seu incremento qualitativo em comparação com a jurisdição estatal é tanto claro quanto crucial numa hipótese de rescisão, ou seja, convencionar o tempo do litígio.

Assim, não é recomendável excluir a extinção por rescisão do contrato de concessão da respectiva convenção de arbitragem. Uma vez escolhida a arbitragem para solucionar conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão, é crucial que, além do descumprimento das normas contratuais por qualquer das partes e a indenização decorrente da extinção anômala do contrato, seja convencionada como matéria arbitrável igualmente a extinção da concessão por rescisão.

8.2. Como contratualizar

A proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento de autoria de Carlos Ari Sunfeld expõe um preciso diagnóstico das obrigações usualmente atribuídas ao poder concedente em contratos de concessão e que os expõem à sabotagem, o que já foi explorado ao longo da dissertação.

Mas há outra proposta do mesmo autor que, ao disciplinar a figura do contrato de fomento público empresarial, explora uma das principais funções da técnica contratual – a especificação – e chama a atenção para alguns de seus atributos.

Cuida-se do anteprojeto do PPP MAIS que, em seu art. 8º, § 2º, sugere dispositivo com o seguinte teor: “O contrato especificará, de modo consistente, detalhado, preciso e claro: (...)”¹⁵².

¹⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016.

A aparente redundância e o excesso na adjetivação não causam espécie: trata-se de uma proposta de redação para dispositivo legal que criaria nova modalidade de contrato para racionalizar o fomento público, modalidade de atuação estatal tanto polêmica quanto pouco enfrentada pelos especialistas¹⁵³.

Em todo o caso, a consistência, o detalhismo, a precisão e a clareza devem ser enxergados como mandamentos comuns a todo e qualquer esforço de contratualização e que não deve ser menosprezado nas cláusulas contratuais de extinção de contrato de concessão.

8.3. O que contratualizar

Considerando a fórmula geral da rescisão tal como consagrada no art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95, e descartando a utilidade de reproduzi-la *ipsis litteris* como uma cláusula contratual – o que significaria abdicar da produção normativa autônoma, é possível afirmar que os seguintes pontos reclamam especificação contratual de modo consistente, detalhado, preciso e claro:

- (i) quais são as normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a deflagrar a extinção da concessão por rescisão;
- (ii) o tempo do litígio, que deverá ser ajustado à modalidade contratualmente prevista para a rescisão – arbitral ou judicial –, e discriminados termo inicial e termo final;
- (iii) as condições da continuidade dos serviços, convencionando um conteúdo mínimo que não poderá ser suspenso ou interrompido, associado a uma tarifa de transição, e ajustado às peculiaridades do objeto da concessão;
- (iv) a metodologia de cálculo da indenização devida ao concessionário.

É dizer, a contratualização da rescisão de contrato de concessão passa pela especificação de modo consistente, detalhado, preciso e claro (i) das normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a deflagrar a rescisão, (ii) do

¹⁵³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

tempo do litígio e (iii) das condições da continuidade – da prestação e da remuneração – dos serviços até que a rescisão seja sacramentada.

Isso posto, é possível esmiuçar esses elementos de modo a formular uma recomendação de conduta específica para cada qual.

8.3.1. O descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente

À luz do art. 39, *caput*, da Lei Federal n. 8.987/95, é o “descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente” que autoriza o concessionário a provocar a extinção da concessão por rescisão. A hipótese legal é abrangente, mas refuta-se a conveniência de especificá-la *post factum*, assim como se recusa a hipótese de deixá-la vulnerável ao argumento com bons princípios.

Ao comentar a Lei Geral de Concessões, Marçal Justen Filho afirma que “O particular tem direito a obter a extinção do contrato de concessão, quando houver inadimplemento pelo Estado a deveres essenciais à execução das prestações assumidas pelo concessionário”¹⁵⁴. A proposta é especificar no contrato de concessão quais são os “deveres essenciais” contraídos pelo poder concedente e que compreendem:

- (i) autorizar a cobrança da tarifa pelo concessionário (ou pagar a contraprestação pública) conforme pactuado no contrato de concessão, incluindo a autorização para cobrança dos reajustes periódicos e do resultado de eventuais revisões ordinárias ou extraordinárias, tudo de acordo com os critérios e nos prazos originariamente contratualizados;
- (ii) garantir o acesso do concessionário a tempo e modo ao local de execução de obras ou para a prestação dos serviços conforme pactuado no contrato de concessão;
- (iii) aprovar os projetos e emitir as licenças, autorizações e declarações (incluindo as de utilidade pública para fins de desapropriação) de competência da mesma instância do poder concedente nos prazos pactuados no contrato de concessão.

Esses são alguns dos pontos aos quais se dedica a proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento, mas que, justamente por se tratar de uma proposta de lei, pode desfrutar da maior liberdade da produção normativa do legislador.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 609.

A título de exemplo, na proposta sugere-se desautorizar o poder concedente a impedir, adiar ou reduzir unilateralmente a cobrança ou o reajuste de tarifas ou preços pelo contratado “salvo com prévia autorização judicial ou, se for o caso, de Tribunal Arbitral, em decisão cuja vigência ficará sempre vinculada ao pagamento de compensação mensal em dinheiro pela perda de receita” (art. 20).

É indiscutível que um mecanismo assim positivado se prestaria a proteger o fluxo de receita do concessionário daquilo que, pela recorrência, recebeu a alcunha de “populismo tarifário” – no fundo, um descumprimento de norma contratual pelo poder concedente. Porém, o espaço da produção normativa autônoma não se compadece com tamanho avanço, e uma cláusula contratual com esse teor desacompanhada de respaldo normativo heterônomo seria reputada ilegal.

Isso não impede que, a reboque da especificação das normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a provocar a extinção da concessão por rescisão, sejam contratualizados outros mecanismos igualmente sugeridos na proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento e que independem de Lei. Tome-se como exemplo o credenciamento de certificadores ou auditores externos incumbidos de validar índices de reajuste periódico da tarifa ou confirmar a aderência contratual de projetos de engenharia elaborados pelo concessionário previamente à sua aprovação pelo poder concedente.

Se é certo que soaria extravagante atribuir ao concessionário o direito de provocar a extinção da concessão por rescisão diante do descumprimento de toda e qualquer norma contratual pelo poder concedente, principal ou acessória, é igualmente certo que mesmo o descumprimento de “deveres essenciais” admite a modulação convencional.

Não se trata de perseguir a simetria, mas a disciplina legal da extinção da concessão por caducidade, mais precisamente o disposto no art. 38, § 3º, da Lei Federal n. 8.987/95, impõe uma condição à instauração do “processo administrativo de inadimplência” do concessionário que pode servir, desde que modulado, à hipótese de descumprimento de norma contratual pelo poder concedente. Cuida-se da comunicação formal e detalhada endereçada ao concessionário dando conta do seu descumprimento contratual e conferindo-lhe um prazo para “corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais”.

A modulação passa pelo reconhecimento de que o concessionário não instaura “processo administrativo de inadimplência” do poder concedente, o que torna crucial convencionar a forma da comunicação, reproduzindo a mesma exigência de prazo e de detalhamento que o legislador prevê na hipótese de extinção da concessão por caducidade. Além disso, há

obrigações contraídas pelo poder concedente que assumem menor ou maior relevância de acordo com o objeto da concessão, da modalidade contratual empregada (comum, administrativa ou patrocinada) e outras variáveis que devem ser especificadas em cada caso concreto.

Em todo e qualquer caso, deve-se assegurar a regra da pontualidade, assim apresentada por Antunes Varela:

(...) quando falam no cumprimento pontual da obrigação, os autores dão ao vocábulo (pontualidade) um sentido mais lato. Cumprir pontualmente não significa apenas efetuar a prestação em tempo, mas realizá-la ponto por ponto, tal como deve ser efetuada, no tempo, no lugar e pelo modo devidos¹⁵⁵.

Em suma, recomenda-se especificar no contrato de concessão quais são exatamente as normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a provocar a extinção da concessão por rescisão. A aposta é de que a previsão contratual (*ex ante*) dos “deveres essenciais” contraídos pelo poder concedente contribua para requalificar a relação jurídica de concessão ao expô-la a uma das condições de sua própria dissolução.

8.3.2. O tempo do litígio

Na rescisão arbitral é possível convencionar o tempo do litígio, um importante diferencial dessa modalidade em comparação com a rescisão judicial.

O art. 23 da Lei Federal n. 9.307/96 dispõe que, na ausência de disposição entre as partes, o prazo para a apresentação da sentença arbitral é de 6 meses, que poderá ser prorrogado (§ 2º). Na esfera federal, o art. 8º, II, do Decreto Federal n. 10.025/2019 dispõe que o prazo máximo para apresentação da sentença arbitral é de 24 meses, contado da celebração do termo de arbitragem, podendo chegar a 48 meses desde que assim acordado entre as partes (parágrafo único).

Ressalvadas todas as limitações metodológicas que são expostas no relatório Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo do litígio prorrogado numa hipotética rescisão arbitral ainda é sobremaneira inferior ao tempo médio (líquido e bruto) de um processo judicial, entre 4 anos e 5 anos e 2 meses, respectivamente¹⁵⁶.

¹⁵⁵ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. II, p. 10.

¹⁵⁶ **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

Mas ainda que se abdique da jurisdição arbitral, é possível reduzir o tempo fisiológico do processo judicial (ou minimizar os efeitos do seu tempo patológico) através de um negócio jurídico processual, conforme autorizado pelo disposto no art. 190 do Código de Processo Civil em vigor¹⁵⁷.

Não se pretende explorar os limites e as possibilidades das convenções processuais envolvendo o poder público, tema controvertido sobre o qual os processualistas têm se debruçado e que já rendeu diversos trabalhos doutrinários¹⁵⁸.

Em linhas gerais, admite-se a convenção processual acerca dos meios de prova relativos a determinados fatos relacionados ao contrato, a obrigatoriedade de produção antecipada de provas em determinadas situações, a possibilidade de intervenção de terceiros fora das hipóteses predeterminadas no CPC (por exemplo, agências reguladoras, entes financiadores), a determinação de calendário processual (prazos diferenciados para contestar, impugnar e se manifestar no curso do processo) e a controvertida renúncia ao reexame necessário. De todo modo, abrem-se parênteses para três anotações, duas mais gerais e uma relacionada ao tema da dissertação.

Primeira: a convenção processual é fruto da difusão do consensualismo nos domínios da administração pública ou, como afirma Lorena Miranda Santos Barreiros, “O grau de abertura alcançado pela consensualidade administrativa no Brasil não se compadece com solução contrária à aceitação de que a cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do CPC/2015 tem o Poder Público como um dos seus destinatários”¹⁵⁹.

A propósito, a licitude da convenção processual celebrada pela administração pública como parte de relação jurídica processual foi assentada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) através do enunciado n. 256 (“A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”)¹⁶⁰ e na I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da

¹⁵⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

¹⁵⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018; VIZOLLI, Erick. **Convenções processuais envolvendo o poder público**, 2018 (texto inédito).

¹⁵⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 92.

¹⁶⁰ O enunciado n. 256 foi aprovado no IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis realizado em Belo Horizonte (MG) entre os dias 5 e 7 de dezembro de 2014 e ratificado no VIII Encontro do mesmo Fórum, ocorrido em Florianópolis (SC) entre os dias 24 e 26 de março de 2017. Tanto a alta representatividade dos processualistas nos eventos organizados pelo Fórum quanto a forma de deliberação que conduz à aprovação dos enunciados (sempre por unanimidade) lhes conferem indiscutível legitimidade.

Justiça Federal, conforme enunciado n. 17: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”.

Na teoria, portanto, não há óbice a que o poder concedente celebre um negócio jurídico processual atípico com o concessionário de modo a disciplinar o processo no qual será exercitada a “ação intentada especialmente para esse fim” da Lei Geral de Concessões, minimizando a duração do tempo do litígio.

Segunda: muito embora aplaudida pela *communis opinio doctorum*, é fato que a convenção processual instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 tem enfrentado as mesmas resistências de outras inovações processuais concebidas pelo legislador.

No limite entre a crítica e a resignação, há quem sustente que passados quatro anos da promulgação da Lei Federal n. 13.105/2015 a única alteração significativa que “entrou em vigor” foi a contagem dos prazos processuais em dias úteis (art. 219), uma extravagância antediluviana em tempos de processo eletrônico e de inédito aparelhamento da representação judicial da administração pública em todas as esferas¹⁶¹.

Quanto à convenção processual, Ricardo Quass Duarte diz que:

Os tais negócios jurídicos processuais só são vistos em livros e teses acadêmicas. Uma das varas empresariais de São Paulo tem indeferido a tramitação em segredo de justiça de processos que versem sobre arbitragem, por entender que o art. 189, IV, seria inconstitucional. Ora, se as partes não podem confiar nem mesmo em um texto expresso de lei, que garante a confidencialidade de litígios relacionados à arbitragem, como poderão confiar que as regras processuais por elas criadas serão respeitadas pelo juiz?¹⁶²

É possível que um período de 4 anos não seja suficiente para avaliar o grau de consagração de uma inovação legislativa processual, especialmente quando envolve a imaculada “Fazenda Pública”. Em todo caso, o histórico da arbitragem administrativa – que não por coincidência se insere na mesma tendência de incremento da administração pública consensual – é um bom indício de que as convenções processuais terão o seu tempo.

Terceira: concessões comuns, administrativas e patrocinadas são contratadas mediante processos de licitação pública conforme “os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos” (art. 18 da Lei Federal n. 8.987/95) ou de acordo com a “legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos” (art. 12 da Lei Federal n. 11.079/2004), o

¹⁶¹ DUARTE, Ricardo Quass. Um balanço dos quatro anos do CPC. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 21, p. E1, 17 ago. 2020. A extravagância antediluviana não consta no artigo citado.

¹⁶² DUARTE, Ricardo Quass. Um balanço dos quatro anos do CPC. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 21, p. E1, 17 ago. 2020.

que remete às regras sobre licitação da Lei Federal n. 8.666/93 e, naquilo que aqui interessa, à vinculação da administração pública às “normas e condições do edital” (art. 41, *caput*).

Não é de hoje que a vinculação ao edital é vista como “artigo de fé” em matéria de licitação pública. Introduzido pelo art. 3º do Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, foi mantido pelo art. 41, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/93, e assim incorporado à liturgia das licitações públicas com discutíveis desdobramentos na atividade contratual da administração pública. Não são poucas as hipóteses de alteração contratual que só são admitidas como válidas caso tenham sido contempladas no edital da licitação que precedeu a celebração do contrato – como a prorrogação do prazo do contrato de concessão de serviço público, por exemplo.

Logo, é recomendável que convenções processuais envolvendo litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão (ou a previsão de que uma convenção processual venha a ser celebrada entre poder concedente e concessionário) sejam inseridas nos respectivos editais de licitação e nas minutas dos contratos que os acompanham, preferindo-se convenções pré-processuais àquelas celebradas “durante o processo”. Quanto a essas últimas, ainda que expressamente autorizadas pelo art. 190 do Código de Processo Civil, o apego à vinculação da administração pública às normas e condições do edital pode conduzir a resultados contraproducentes, ou seja, um foco inaugural e adicional de litígio em torno da oponibilidade da convenção processual.

8.3.3. As condições da continuidade

O postulado da continuidade do serviço público, não poucas vezes alçado à condição de princípio, enviesa o tratamento normativo e doutrinário da extinção da concessão por rescisão. No limite, garantir a continuidade do serviço é enxergado como motivo suficiente para transferir ao concessionário um ônus desproporcional às obrigações assumidas no momento em que a concessão lhe foi outorgada. E pouco ou nenhuma atenção é dedicada ao custeio da continuidade, ou seja, à contraprestação que deve ser garantida ao concessionário num cenário patológico causado pelo descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente.

Com o advento da Lei Federal n. 13.448/2017 surgiram normas específicas que, muito embora de aplicação restrita, jogaram luzes sobre alguns desafios que acompanham a transição entre duas concessões de um mesmo objeto e que são comuns à extinção de concessão por rescisão. De acordo com o disposto no art. 8º dessa Lei, a relicitação de contrato de parceria é condicionada à celebração de termo aditivo que deve conter, inclusive, (i) previsão de suspensão das obrigações vincendas de investimento pelo concessionário e (ii) condições

mínimas de prestação dos serviços concedidos até a assinatura do novo contrato de parceria, “garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento”.

Na esfera regulatória e motivada pela proximidade da extinção por advento do termo contratual de relevantes concessões rodoviárias federais, a Agência Nacional de Infraestrutura de Transporte (ANTT) submeteu a audiência pública minuta de resolução que fixa diretrizes para encerramento e relicitação de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob sua competência¹⁶³. No corpo da minuta da resolução sugerida são tratados desde questões estritamente operacionais (transição operacional e de ativos, fase de convivência entre o atual e o futuro concessionário ou poder concedente, termo de arrolamento e transferência de bens) até a adequação consensual da tarifa de pedágio às novas condições de prestação dos serviços durante o período de transição.

Há duas recomendações que podem ser extraídas desse movimento do legislador – já seguido por agência reguladora federal – para a contratualização da extinção da concessão por rescisão.

Primeira: é recomendável convencionar a suspensão das obrigações de investimento contraídas originariamente pelo concessionário e cujo vencimento esteja previsto para momento posterior ao início do processo (arbitral ou judicial) de rescisão do contrato de concessão. Não se vislumbra ilegalidade em cláusula contratual com esse teor, ainda que se trate de contrato de concessão não contemplado pela Lei Federal n. 13.448/2017.

É certo que o art. 39, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 dispõe que os “serviços” concedidos não poderão ser interrompidos ou paralisados até o trânsito em julgado da decisão de rescisão. Mas é igualmente certo que na distribuição legal dos “encargos” entre poder concedente e concessionário confere-se ao contrato de concessão dispor sobre a “forma” em que se dará a extinção da concessão (art. 29, IV) e sobre o “serviço adequado” a ser prestado pelo concessionário (art. 31, I). Ou seja, não é possível extrair da norma contida no art. 39, parágrafo único, da Lei Geral de Concessões uma obrigação de prestação de “serviço adequado” até a consumação da extinção por rescisão. Antes pelo contrário: o “serviço adequado” será aquele que estiver assim especificado no contrato de concessão, o que abre espaço para a

¹⁶³ Audiência Pública n. 5/2020, conforme Deliberação n. 460, de 10 de novembro de 2020, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Infraestrutura de Transportes (ANTT). Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica>. Acesso em: 28 nov. 2020. É fato que a iniciativa da agência reguladora está igualmente associada à necessidade de estender o prazo de vigência de contratos de concessão que se extinguirão no primeiro semestre de 2021 (1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCROFE), que envolvem a Rodovia Presidente Dutra (Rio de Janeiro/São Paulo), a Rodovia BR-040 (Juiz de Fora/Rio) e a Rodovia BR-116/RJ (Rio/Teresópolis).

produção normativa autônoma na configuração do serviço a ser prestado a reboque do descumprimento de norma contratual pelo poder concedente.

Além disso, não aproveita a qualquer das partes a manutenção das obrigações de investimento do concessionário uma vez deflagrado o processo (arbitral ou judicial) de rescisão do contrato de concessão.

Uma leitura ortodoxa do dispositivo legal gera incentivos de difícil sustentação: sob o enfoque do poder concedente, estimula prolongar o tempo do litígio e expor o concessionário ao risco de descumprir obrigações com vencimento no intervalo da disputa que poderiam conduzir à abertura do processo de caducidade; para o concessionário, incentiva o investimento de má qualidade, já que o ativo não será por ele explorado, ao menos não necessariamente, ou superfaturado, incrementando o valor de eventual e futura indenização¹⁶⁴.

De acordo com o art. 8º, III, do Decreto Federal n. 9.957/2019, que regulamentou a Lei Federal n. 13.448/2017, são ressalvados investimentos de ampliação de capacidade ou novos investimentos “essenciais”, ou seja, “relacionados à segurança ou sejam imprescindíveis à prestação do serviço”. É dizer, a regra é a suspensão das obrigações de investimento vincendas na data da celebração do termo aditivo até a conclusão do processo de relicitação do contrato de parceria, excepcionados aqueles considerados “essenciais”. Porém, tais dispositivos estão endereçados a uma transição de menor litigiosidade do que aquela a que as partes se expõem numa extinção de concessão por rescisão, seja ela arbitral ou judicial. Não custa lembrar que na origem da extinção anômala do contrato de concessão por rescisão há um descumprimento de norma contratual pelo poder concedente qualificada no próprio contrato firmado.

Segunda: já foi defendido que o “serviço” a que se alude no parágrafo único do art. 39 da Lei Federal n. 8.987/95 não corresponde necessariamente ao “serviço adequado” como tal contratualizado caso a caso. A propósito, “serviço adequado” não é produto exclusivo da

¹⁶⁴ O episódio de judicialização do Anel de Integração do Paraná, ao menos em sua primeira fase, envolveu pedidos e provimentos judiciais de suspensão de obrigações de investimento. Premido pelo calendário eleitoral, o então Governador do Estado do Paraná que disputava a reeleição decidiu reduzir unilateralmente – em aproximadamente 50% – a tarifa de pedágio cobrada por seis concessionários que exploravam uma malha rodoviária de 2.493 km, combinando trechos federais e estaduais. Contudo, foram mantidas algumas obrigações de investimento de curto prazo dos concessionários. Acolhendo pedido dos concessionários, decisão judicial liminar de 21 de agosto de 1998 suspendeu todos os investimentos e manteve apenas as obrigações de conservação. É possível que acordo firmado em 15 de março de 2000 entre poder concedente e concessionários, envolvendo a alteração do cronograma de investimentos, haja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. O que é provável é que o custo econômico e de reputação institucional do Estado do Paraná, ainda que não quantificados, tenham sido vultosos e irrecuperáveis. Uma análise abrangente do episódio pode ser conferida em ZANCHIM, Kleber Luiz. Agir estratégico e desconfiança nos contratos com a administração pública – o caso do anel de integração do Paraná. In: **Concessão de rodovias: aspectos jurídicos, econômicos e institucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 17-109.

atividade legislativa: o art. 6º da Lei Geral de Concessões estipula contornos que devem ser preenchidos pelas “normas pertinentes e no respectivo contrato”.

Isso posto, é recomendável convencionar em que medida os serviços prestados pelo concessionário deverão ser continuados desde o momento em que é deflagrado o processo (arbitral ou judicial) de extinção do contrato de concessão por descumprimento de norma contratual pelo poder concedente até a consumação da rescisão (arbitral ou judicial).

A lógica da Lei Federal n. 13.448/2017 e da sua regulamentação é preservar a continuidade dos “serviços essenciais relacionados ao empreendimento”, o que conduz à necessidade de especificação no respectivo termo aditivo a ser firmado com o concessionário. Não se vislumbra impedimento a que idêntica lógica seja empregada na contratualização da extinção por rescisão, pelos motivos já sustentados quando da abordagem da suspensão das obrigações de investimento.

A reboque da modulação dos serviços que serão continuados pelo concessionário pelo tempo do litígio surge a necessidade de adequar a respectiva contraprestação (tarifa ou contraprestação pública). Por certo, a suspensão das obrigações de investimento já é motivo suficiente para reclamar uma adequação da remuneração do concessionário, especialmente a tarifária. Associada a suspensão das obrigações de investimento ao redimensionamento dos serviços ao que for convencionado como “essenciais”, é inevitável que a remuneração do concessionário seja reduzida na mesma proporção.

Na já citada minuta de resolução da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) é assumida a contratualização no termo aditivo de relicitação do contrato de parceria de uma tarifa de pedágio intermitente a ser negociada entre as partes, prevendo-se que eventuais valores arrecadados a maior serão descontados da indenização devida ao concessionário, com correção monetária e aplicada a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal.

Na hipótese de extinção por rescisão do contrato de concessão e antecipando-se à improvável disposição para negociação entre poder concedente e concessionário, é recomendável que tanto a definição dos serviços essenciais e da remuneração do concessionário a ser praticada durante o tempo do litígio sejam convencionadas “de modo consistente, detalhado, preciso e claro”.

8.3.4. A indenização devida ao concessionário

Por fim, é fruto da “sabedoria convencional”¹⁶⁵ o direito de o concessionário ser indenizado em razão da extinção da concessão por rescisão, assim como a equiparação das hipóteses de extinção da concessão por encampação e de extinção do contrato de concessão por rescisão no que concerne ao *quantum* da indenização. Tanto na encampação quanto na rescisão há (i) uma causa não imputável ao concessionário, (ii) a resolução precoce e anômala da relação contratual e (iii) uma frustração de expectativas legítimas do concessionário. A propósito, são comuns a essas duas hipóteses de extinção os argumentos de defesa da indenização por lucros cessantes, além dos danos emergentes.

Como visto, a Lei Federal n. 8.987/95 nada dispõe acerca da indenização devida ao concessionário em qualquer dessas duas hipóteses de extinção da concessão. De acordo com o disposto no seu art. 23, XI, os critérios para o cálculo da indenização e a forma que será observada no seu pagamento podem (devem) ser convenionados.

Ao criar a extinção amigável, a Lei Federal n. 13.448/2017 avançou: de um lado, atribuiu à esfera regulamentar (que, via decreto subsequente, foi transferido à esfera regulatória) a disciplina da metodologia de cálculo da indenização devida ao parceiro privado “pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados”¹⁶⁶; de outro, criou espécie de arbitragem obrigatória ao se prever como cláusula necessária do aditivo o compromisso arbitral para submeter à arbitragem ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos as questões que envolvam “o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ “A expressão ‘sabedoria convencional’ resulta de uma associação entre ‘convenção’ e ‘sabedoria’. Portanto, enquanto certas sabedorias podem ser não convencionais, e convenções, por sua vez, longe de ser sempre sábias, ‘sabedoria convencional’ se refere àqueles princípios que são ao mesmo tempo convencionais e sábios. Em outras palavras, eles aliam o poder de enraizamento da tradição com o discernimento que vem com a sabedoria”. COMAIR-OBEID, Nayla. What is conventional wisdom in the organization of arbitral proceedings? In: KALICKI, Jean Engelmayer; RAOUF, Mohamed Abel (ed.). **Evolution and adaptation: the future of international arbitration**. Nova York: Kluwer Law International; International Council for Commercial Arbitration, 2019, p. 725-735. Apud: DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson. Arbitragem de conflitos na administração pública brasileira e o sistema multiportas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (coord.). **Medição e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 340-359.

¹⁶⁶ Art. 17, § 2º, da Lei Federal n. 13.448/2017. Em 12 de novembro de 2019 foi publicada a Resolução n. 533, de 7 de novembro de 2019, através da qual a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) dispôs sobre “os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores referentes à indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados, devidos à Concessionária, em caso de extinção antecipada de contratos de concessão de aeroportos”. Logo depois foi publicada a Resolução n. 5.860, de 3 de dezembro de 2019, quando a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) desincumbiu-se do mesmo encargo para o “caso de extinção antecipada de contratos de concessão de rodovias federais”.

¹⁶⁷ Art. 15, III, da Lei Federal n. 13.448/2017. No § 1º, I, do mesmo art. 15 dessa Lei, autoriza-se atribuir ao futuro parceiro privado a responsabilidade pelo pagamento da indenização devida ao anterior contratado, nos termos e

Em todo caso, foram mantidos os contornos gerais da indenização previstos no art. 36 da Lei Federal n. 8.987/95, reproduzidos com ligeira variação no art. 17, § 1º, VII, da Lei Federal n. 13.448/2017. Ou seja, a indenização devida ao concessionário corresponde ao valor dos “investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados”, o que se equivale às “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” da Lei Geral de Concessões.

Não interessa aqui analisar a aderência da metodologia de cálculo da indenização já escolhida pelas agências reguladoras federais (ANAC e ANTT) aos dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à rescisão amigável ou às “melhores práticas nacionais e internacionais”¹⁶⁸. Optou-se por confiar a empresa de auditoria independente a certificação do cálculo da indenização, conforme art. 11, § 3º, do Decreto Federal n. 9.957/2019. Por outro lado, a submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos “das questões que envolvam o cálculo das indenizações e a apuração de haveres e deveres eventualmente relacionados à extinção do contrato de parceria”, prevista no art. 8º, IV, do mesmo Decreto Federal, permitirá a identificação e a quantificação de eventuais rubricas indenizatórias não antecipadas nas esferas regulamentar e regulatória. Não custa lembrar que, conforme dispõe o art. 15, *caput*, da Lei Federal n. 13.448/2017, o termo aditivo que precede (e condiciona) a relicitação pode conter “outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente”.

Ressalvadas as controvérsias de praxe, a indenização devida ao concessionário na extinção amigável de contrato de parceria está suficientemente disciplinada no plano da produção normativa heterônoma. Mais que isso: na medida em que a Lei e o Regulamento antecipam em grande parte o conteúdo normativo daquilo que poderia ser contratualizado,

nos limites previstos no edital da relicitação, diretamente a ele ou aos seus financiadores. Na medida em que o montante da indenização devida ao anterior contratado pode interferir na escolha do critério de seleção da melhor proposta na licitação para contratar o novo concessionário, ou mesmo contribuir para o sucesso ou para o fracasso do novo certame, a ausência de autorização legal impede que o mecanismo seja empregado em concessões comuns, administrativas ou patrocinadas não qualificadas como contratos de parceria *stricto sensu* e expostas à extinção por rescisão. É dizer, não parece que o contrato (precedido de licitação em cujo edital tenha sido contemplado esse mecanismo) possa dispor sobre essa matéria por suas próprias forças. Além do mais, seria elevado o risco de configuração de *by pass* na ordem cronológica de pagamentos dos entes públicos via sistemática dos precatórios.

¹⁶⁸ Na proposta de Lei de Modernização das Parcerias de Investimento de Carlos Ari Sundfeld sugere-se que as melhores práticas nacionais e internacionais sejam observadas no “incentivo à competição ampla e justa entre interessados”, como sejam reconhecidas por regulamento técnico-administrativo de caráter nacional (art. 2º, *caput*, e parágrafo único).

exigindo a celebração de termo aditivo como condição para a relicitação e para a extinção amigável do contrato, pouco espaço resta para a produção normativa autônoma¹⁶⁹.

No que toca aos contratos de concessão comum, administrativa e patrocinada não alcançados pela Lei Federal n. 13.448/2017, o modelo estruturado para a quantificação e para o pagamento da indenização devida ao concessionário pode servir à especificação contratual dos contornos gerais da indenização (dos danos emergentes) consagrada no art. 36 da Lei Federal n. 8.987/95, o que ganha especial relevo na hipótese de se optar contratualmente pela rescisão judicial. Afinal, se há algo tão desafiador quanto minimizar os efeitos do tempo patológico do processo judicial é produzir provas técnicas qualificadas em litígios envolvendo contratos de concessão.

¹⁶⁹ Ainda assim, espaço para a contratualização existe. Na minuta do termo aditivo ao contrato de concessão rodoviária da BR-040, de 17 de novembro de 2020, firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária BR-040 S/A, as partes convencionaram o fatiamento da indenização devida ao concessionário. Mais precisamente, o valor da indenização foi dividido em dois: um “valor reconhecido”, que corresponde à indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, com os descontos relativos às multas e ao valor excedente da receita tarifária do período de vigência do termo aditivo; e um “valor controverso”, integrado inclusive por “outros haveres e deveres, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos”. O “valor reconhecido” será pago pelo futuro concessionário do mesmo empreendimento; o “valor controverso” será apurado e pago posteriormente. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2021.

9. CONCLUSÃO

O art. 39, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/95 consagra uma fórmula geral de extinção de concessão por iniciativa do concessionário em razão do descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, a denominada rescisão.

Não é incomum que em contratos de concessão o dispositivo legal apareça reproduzido *ipsis litteris*, agora sob as vestes de uma cláusula contratual, expondo suas deficiências e gerando resultados contraproducentes no momento em que a extinção do contrato de concessão é judicializada pelo concessionário.

Partindo da premissa de que a relação contratual de concessão está criticamente exposta às condições de sua própria dissolução, conforme lição de Fernando Araújo, a hipótese de pesquisa inicialmente apresentada foi: é juridicamente possível contratualizar a extinção de concessão por rescisão.

O primeiro passo consistiu em resgatar uma construção de Hans Kelsen, explorada por Fernando Dias Menezes de Almeida, que identifica dois modos de criação de normas jurídicas: um heterônimo, representado pela Lei, e outro autônomo, em cujo limite extremo está o contrato de direito privado. O que os difere é a participação ou não do sujeito que a norma jurídica vinculará no seu processo de elaboração. A utilidade da construção reside na valorização do contrato como modo de produção normativa, vez que através dele se cria uma norma jurídica que não existia antes da sua celebração. Cuida-se ainda de uma escolha de política legislativa: ao conferir espaço para a produção normativa autônoma, o legislador optou por deixar aos sujeitos de direito “o cuidado de reger eles mesmos seus interesses econômicos e outros” – o que na esfera da contratação administrativa é matizado pelo caráter heterônimo próprio do Direito Público.

Seguiu-se a decomposição da fórmula geral da rescisão e uma abordagem de seus principais elementos: o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, a ação judicial e a continuidade da prestação dos serviços concedidos, aos quais foi acrescentado um não elemento, qual seja, a indenização devida ao concessionário. A ideia foi expor as dificuldades a que a fórmula expõe poderes concedentes, concessionários e órgãos do poder judiciário a quem o legislador confiou decretar a extinção do contrato de concessão por rescisão, função essa que não mais exerce com exclusividade.

Na sequência foram analisadas as demais hipóteses legais de extinção da concessão previstas no Capítulo X da Lei Federal n. 8.987/95 com o objetivo de contextualizar a hipótese de rescisão e, depois, identificar o espaço deixado pelo mesmo legislador para a produção

normativa autônoma. A conclusão parcial alcançada é de que a Lei Geral de Concessões reclama a contratualização inclusive da extinção da concessão por rescisão. É preciso abandonar a prática de reproduzir o texto legal no contrato de concessão e explorar o espaço deixado pelo legislador para a produção normativa autônoma.

O capítulo seguinte foi dedicado ao movimento da produção normativa heterônoma que se seguiu à Lei Geral de Concessões, com especial atenção à Lei Federal n. 11.079/2004, que inovou ao criar as concessões administrativas e as concessões patrocinadas, e à Lei Federal n. 13.448/2017, que criou a “extinção amigável” do contrato de parceria com diversos pontos de aproximação com o tema da dissertação. Muito embora endereçada a contratos de concessão segmentados, na esfera federal, a “extinção amigável” expôs uma série de desafios que são comuns a contratos de concessão em estado patológico no “corredor da morte”, ou seja, da extinção anômala: suspensão imediata de obrigações de investimento, preservação dos serviços essenciais e, via de consequência, da necessária modulação da remuneração do concessionário, bem como critérios para o cálculo da indenização associada à extinção do contrato.

Seguiu-se uma análise do movimento da produção normativa autônoma em torno da fórmula geral da extinção por rescisão, na esfera federal, quando foi identificado o seu emprego em contrato de concessão antes mesmo da promulgação da Lei Federal n. 8.987/95 (uma construção da burocracia encampada pelo legislador ou uma evidência de legalismo antecipado), seguindo-se uma amostra ilustrativa de casos práticos em que a fórmula foi testada, ou melhor, a extinção do contrato de concessão por rescisão foi judicializada. O ponto comum identificado foi a dificuldade encontrada pelos concessionários para se liberar da obrigação de prestar os serviços concedidos até o trânsito em julgado da sentença de extinção do contrato de concessão, expondo-se ao ônus do tempo patológico do processo judicial.

O capítulo imediatamente seguinte foi dedicado a uma alternativa – já experimentada em contratos de concessão estaduais – de solução de disputas contratuais, a arbitragem, e à sustentação da juridicidade da rescisão arbitral, assim como de suas vantagens em comparação com a rescisão judicial. Independentemente de qualquer movimento legislativo que os permitisse se afastar da fórmula geral da rescisão, que a remete à jurisdição estatal convencional, poderes concedentes não se viram constrangidos a convencionar a rescisão arbitral em seus respectivos contratos de concessão.

É certo que em ambos os casos se tratou de contrato de parceria público-privada, não de concessão comum. Contudo, os mesmos fundamentos que conduzem à juridicidade da rescisão arbitral em contratos de concessão patrocinada e de concessão administrativa conduzem à juridicidade da rescisão arbitral em contratos de concessão comum. O argumento é de que o

espaço deixado pelo legislador para a contratualização da extinção por rescisão é congênito à Lei Federal n. 8.987/95 e, com a promulgação da Lei Federal n. 11.196/2005, a rescisão arbitral se consolidou como uma opção juridicamente possível – e recomendável – à disposição da administração pública e dos concessionários.

Sem menosprezar a resistência ao emprego da arbitragem administrativa, foram apresentadas recomendações de conduta (de forma e de conteúdo) associadas à contratualização da extinção do contrato de concessão por rescisão e que se servem tanto à rescisão arbitral quanto à rescisão judicial. Não basta convencionar a rescisão arbitral: assim como o juiz que é chamado a decidir na rescisão judicial, o árbitro (ou a câmara arbitral) se depara com uma relação jurídica complexa em estado patológico, permeada “por alta carga litigiosa”, e os *inputs* são fornecidos pelas partes interessadas. Quanto maior o grau de contratualização prévia das condições nas quais se dará a rescisão do contrato de concessão, menor será o espaço de intervenção que restará para ser ocupado e preenchido por aquele que decide sem ser parte da relação contratual de concessão, seja qual for a jurisdição escolhida.

A conclusão alcançada é: sim, é juridicamente possível contratualizar a extinção do contrato de concessão por rescisão.

Mais do que isso: confia-se que a especificação contratual de modo consistente, detalhado, preciso e claro (i) das normas contratuais que, uma vez descumpridas pelo poder concedente, autorizam o concessionário a deflagrar o processo (arbitral ou judicial) de extinção do contrato de concessão por rescisão, (ii) do tempo do litígio (na rescisão arbitral) ou de negócio jurídico processual destinado a reduzir o tempo fisiológico do processo judicial (na rescisão judicial), (iii) das condições da continuidade – da prestação e da remuneração – dos serviços até que a rescisão do contrato de concessão seja sacramentada e, por fim, (iv) da metodologia para apuração dos danos emergentes e da correspondente indenização devida ao concessionário, pode contribuir para incrementar a qualidade da relação contratual da concessão ao definir *ex ante*, no plano da produção normativa autônoma, as condições da extinção anômala do contrato de concessão em razão do descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43621/44698>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O direito tributário e a interpretação econômica do direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 239-246.
- DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson. Arbitragem de conflitos na administração pública brasileira e o sistema multiportas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro. In: MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). **Medição e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 340-359.
- DUARTE, Ricardo Quass. Um balanço dos quatro anos do CPC. **Valor Econômico**, São Paulo, ano 21, p. E1, 17 ago. 2020.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos: a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Aspectos pontuais. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público: estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 93-120.
- FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de rodovias: de acordo com a Lei n. 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), e com a Lei n. 13.448/2017, que disciplina a prorrogação e a relicitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GARCIA, Fernando Couto. Acesso ao avanço da arbitragem administrativa. **Jota**, 13 jan. 2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A extinção do contrato de Parceria Público-Privada. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A revolução secreta nos contratos públicos. **Jota**, 26 set. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/93. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Difusão da arbitragem e os reflexos sobre as contratações administrativas. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (org.). **Experiências práticas em concessões e PPP**: estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Estruturação e arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. I. p. 285-293.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 276-325.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Retrocesso no avanço da arbitragem. **Jota**, 17 dez. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 665-680.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018)**, p. 1-285, out. 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. PPP – Execução dos contratos: aspectos gerais. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97-121.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: SBDP/Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera. Monitoramento digital das contratações públicas. **Jota**, 29 set. 2020.

NASCIMENTO, Carlos Valder; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 63-116. Série GVlaw.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia. A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 254-275.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Financiamento de concessões e PPP: sugestões sobre como lidar com os riscos de encampação e rescisão. In: RIBEIRO, Maurício Portugal. **10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal; NASCIMENTO, Carlos Alexandre. O que deveria ser reformado nas leis de concessão e PPP? **Portal da iNFRA**. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/o-que-deveria-ser-reformado-nas-leis-de-concessao-e-pps>. Acesso em: 12 out. 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: SBDP/Malheiros, 2007.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAADI, Mário. Extinção consensual de contratos de parceria: uma proposta de modelagem contratual. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (org.). **Experiências práticas em concessões e PPP: estudo em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões: estruturação e arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. I. p. 171-179.

STEINER, Renata Carlos. Relação jurídica de concessão como processo e a situação patológica de descumprimento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 205-237, out./dez. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. A transferibilidade como elemento essencial da concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual: concessões: contratos administrativos: índices**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 2191-2205. Coleção Pareceres.

SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 231-280.

SUNDFELD, Carlos Ari. Caducidade da concessão nem é automática nem é obrigatória. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 345-353. Coleção Pareceres.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contrato de concessão só pode ser anulado judicialmente. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual: concessões: contratos administrativos: índices**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 317-325.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito à indenização prévia na extinção da concessão pelo término do prazo contratual. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual: concessões: contratos administrativos: índices**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 291-304.

SUNDFELD, Carlos Ari. Extensão da indenização à concessionária na encampação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual: concessões: contratos administrativos: índices**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 277-290. Coleção Pareceres.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-44.

SUNDFELD, Carlos Ari. Indenização de investimentos não amortizados ao fim da concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo contratual: concessões: contratos administrativos: índices**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 305-315.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito à fruição *in natura* da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 251-261.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias de investimento em empreendimentos públicos: qual reforma jurídica pode fazer diferença? In: PASTORE, Affonso Celso (org.). **Infraestrutura: eficiência e ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 75-147.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-54, jan./mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: SBDP/Malheiros, 2013. p. 252-264.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera. Direitos do contratado diante da inadimplência do Poder Público contratante. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131, p. 31-41, out. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Concessão de rodovias e desenvolvimento: a inconsistência jurídica dos programas. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 413-423.

SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 199-255.

TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem internacional é realmente cara? In: TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 85-87.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica de uma ideia de arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da Lei de Arbitragem**: uma homenagem a Petronio Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83-102.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. II.

VIZOLLI, Erick. **Convenções processuais envolvendo o poder público**. 2018 (texto inédito).

ZANCHIM, Kleber Luiz. Agir estratégico e desconfiança nos contratos com a administração pública: o caso do Anel da Integração do Paraná. In: ZANCHIM, Kleber Luiz (coord.).

Concessão de rodovias: aspectos jurídicos, econômicos e institucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 17-109.