



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

THAIS NUNES IGLESIAS

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM
TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.448/2017**

Salvador
2018

THAIS NUNES IGLESIAS

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.448/2017

Monografia apresentada ao curso de pós graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

Salvador
2018

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo principal analisar os instrumentos dos quais tem se valido o governo para amenizar as crises (econômica, legal e do judiciário), restabelecer a segurança jurídica e atrair investimentos. Nesse contexto, é feito um breve histórico da utilização da arbitragem no Brasil, passando pela reforma da Lei de Arbitragem, através da Lei nº 13.129/2015 e culminando com o Programa de Parcerias de Investimentos e a conversão da Medida Provisória nº 752/2016 na Lei nº 13.448/2017, que previu os institutos da prorrogação dos contratos de concessão e da relicitação, e ainda tratou da resolução dos conflitos surgidos a partir dos contratos de concessão através da arbitragem, definindo expressamente os direitos patrimoniais disponíveis que são arbitráveis. Nesse contexto, se estabelece uma relação entre o ambiente de crise institucionalizada e a tentativa de resolução consensual dos conflitos como resposta do governo. No entanto, apenas a edição de leis não são suficientes, se não houver uma reconstrução da relação entre o Estado e a sociedade, associada a uma mudança na cultura do litígio.

Palavras-chave: arbitragem nos contratos administrativos; resolução consensual de conflitos; lei de arbitragem; reforma da lei de arbitragem; relicitação; Programa de Parcerias de Investimentos; contratos de concessão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	04
2 A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	06
2.1 BREVE HISTÓRICO	06
2.2 A LEI DE ARBITRAGEM	10
2.2.1 A reforma da Lei de Arbitragem	15
2.3 BRASIL EM CRISE	17
2.3.1 A crise do direito administrativo	17
2.3.2 A crise do Poder Judiciário	19
2.3.3 A crise da lei	20
3 A LEI Nº 13.448/2017	23
3.1 PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS	23
3.2 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 752/2016	27
3.3 CONTEXTO DA EDIÇÃO DA LEI	31
3.4 NOVIDADES INTRODUZIDAS AO ORDENAMENTO PELA LEI Nº 13.448/2017	33
3.4.1 Prorrogação	34
3.4.2 Relicitação	36
3.4.3 Previsão de arbitragem	40
3.5 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	45
3.5.1 ADI nº 5.684/DF	45
3.5.2 ADI nº 5.991	47
3.6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 13.448/2017	50
3.7 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA RELICITAÇÃO	54
3.7.1 MS nº 24.163/DF no STJ	54
3.7.2 TC nº 034.459/2017-0	56
3.7.3 TC nº 031.985/2016-5	57
3.8 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA NA CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL	59
4 CONCLUSÃO	62

1 INTRODUÇÃO

Em meados de 2014 instalou-se no Brasil a pior crise econômica da história. Os motivos da recessão são complexos, e envolvem desde o mercado externo à má gestão do governo e escândalos de corrupção sem precedentes. O fato é que a crise pela qual passa o país não se limita à esfera econômica, mas também paira sobre os Poderes e as instituições, afetando diretamente a relação do Estado tanto com os investidores externos, quanto com seus administrados.

Neste ambiente de instabilidade, é preciso analisar todo o contexto e motivos da ineficiência do modelo estatal da atualidade, chegando à crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro. Marçal Justen Filho¹, brilhantemente observa que o instrumental teórico do direito administrativo remonta ao século XIX, assim como a organização do aparato administrativo de modela nas concepções napoleônicas, embasadas uma rígida hierarquia de feição militar. Ou seja, o instrumental do direito administrativo é o mesmo de um século atrás.

Uma das respostas imediatas do governo para driblar a insegurança jurídica foi e reforma da Lei de Arbitragem, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a expressa e genérica autorização para que a Administração Pública de qualquer das esferas possa valer-se da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, ampliando a utilização de cláusula arbitral também para contratos administrativos típicos

Constatou-se que a ineficiência dos contratos de concessões afetou diretamente a qualidade dos serviços prestados, fato que se agravou com a crise e se tornou insustentável para diversas empresas, especialmente as dos setores de transportes.

A Lei nº 13.448/2017 foi resultante da conversão da Medida Provisória nº 752/2016, e estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016 (Programa de Parceria de Investimentos), nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

Toda a sua elaboração foi fruto de acalorados debates, sob a acusação de tentativa de beneficiamento das empresas, que não se prestaram a executar corretamente o contrato. Apesar de representar uma evolução, ao tentar inovar e se adaptar aos novos contextos, o legislador foi omissivo em diversos pontos cruciais, o que tem dificultado a aplicação dos seus institutos, que atualmente, pendem de regulamentação por parte do governo.

2 A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Há décadas se discute no Brasil o uso da arbitragem, especialmente envolvendo a Administração Pública. Apesar de algumas leis específicas e decisões, o legislador parece ter evitado ao máximo enfrentar a questão de forma direta e geral, se omitindo ou, no máximo, permitindo em situações excepcionais, até a edição das Leis nº 13.129/2015 e nº 13.448/2017.

2.1 BREVE HISTÓRICO

Provavelmente, o primeiro grande caso emblemático de arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil, o “Caso Lage”, remonta ao início década de quarenta, durante a Segunda Guerra Mundial. Conquanto ainda não houvesse autorização legal genérica para adoção do juízo arbitral em conflitos envolvendo a Administração, o Governo Federal editou o Decreto-Lei nº 4.648/1942, incorporando ao patrimônio nacional os bens e direitos da Organização Lage (empresas de navegação, portos, estaleiros, etc.), no interesse da defesa nacional em estado declarado de guerra.

Neste caso, as partes não conseguiram chegar a um acordo quanto ao valor indenizatório. Numa tentativa de dirimir a questão, o Decreto-Lei nº 9.521/1946 designou juízo arbitral para fixação do *quantum*, nos seguintes termos:

Art. 4º. A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e o respectivo "quantum" será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.

[...]

Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-Leis ns. 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I - decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º; c) o levantamento do passivo das referidas Emprêsas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais

previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos termos do art. 21, § 1º, das empresas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei; II - arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10.

Ocorre que, posteriormente, o próprio Governo Federal passou a sustentar a inconstitucionalidade da decisão arbitral, chegando a solicitar o cancelamento dos créditos dotados à família Lage. O caso, então, chegou ao STF, na forma do Agravo de Instrumento nº 52.181, que culminou com acórdão unânime, julgado em 1973, pela legalidade da arbitragem, inclusive em litígios envolvendo o Estado:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL.

3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964.

4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO.

(AI 52181, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042)²

Mesmo com a importante decisão do Supremo supratranscrita, a arbitragem continuou praticamente adormecida no Brasil nos anos que se seguiram. Por muito tempo, a postura do poder público brasileiro foi de descaso e desinteresse, principalmente em relação a tratados internacionais relativos à arbitragem: a Convenção de Viena sequer foi assinada pelo Brasil, e a Convenção de Nova Iorque de 1958 só foi ratificada em 2002³.

Até este momento, a arbitragem era vista como meio de solução para casos excepcionais, mas não valorizada como forma socialmente relevante de resolver

²<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000156524&base=baseAcordaos>

³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem do Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação** – v. 50 (julho-setembro 2016).

litígios. Ainda, era alvo de reservas pelos que consideravam a prestação jurisdicional privativa do Poder Público.

A partir da década de 50, foi intensificado no Brasil o processo de transição da economia agrícola para a industrial, com o surgimento de grandes empresas. Apesar do regime ditatorial, empresas estrangeiras demonstravam segurança em investir no país, importando tecnologias e práticas gerenciais. Houve o fortalecimento do mercado de valores, contratação de financiamentos de longo prazo e implementados complexos projetos industriais.

Sobrevém que não era do interesse de muitos investidores estrangeiros submeter-se ao judiciário local para a resolução de eventuais disputas envolvendo contratos firmados com entidades brasileiras. Com a exigência da inclusão de cláusula arbitral em suas avenças, surgiu no Brasil uma demanda pela arbitralidade.

Por essa razão, foi fundada, em 1979, a pioneira Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá, que difundiu a metodologia arbitral e influenciou decisivamente a criação de ambientes doutrinário e profissional favoráveis à arbitragem. Sobre o instituto, interessante observar⁴:

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC) é o instituto brasileiro pioneiro na administração dos métodos adequados de resolução de disputas (Alternative Dispute Resolutions – ADRs). Maior câmara brasileira do setor e responsável por uma parcela expressiva das arbitragens que acontecem no País, envolvendo partes nacionais e estrangeiras, o CAM-CCBC foi o primeiro centro a conquistar a certificação de qualidade ISO 9001.

Fundado em 26 de julho 1979 por um grupo de advogados e professores de Direito, inicialmente como Comissão de Arbitragem da CCBC, o Centro antecipou-se à regulamentação da atividade no Brasil. Quando a legislação veio, no ano de 1996, com a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei no 9307/96), o CAM-CCBC logo se destacou na cena nacional, por já estar estruturado para oferecer serviços de referência e por estar alinhado às melhores práticas internacionais no campo dos ADRs.

Desde então, com a segurança jurídica conquistada, o uso de arbitragem nos mais diversos tipos de contratos vem crescendo consideravelmente a cada ano, sempre tendo o CAM-CCBC na liderança entre as instituições que administram os procedimentos. Estudos internacionais apontam o Brasil entre os principais países ou territórios com maior número de partes envolvidas em arbitragens, atrás apenas dos Estados Unidos e França.

⁴ Sobre o CAM-CCBC. Disponível em: <<http://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>>. Acesso em 08/08/2018.

No campo da legislação infraconstitucional, foram editados o Decreto-Lei nº 1.312/1974 (um ano após a decisão histórica do STF no “Caso Lage”), autorizando o Tesouro Nacional a firmar contratos internacionais com cláusula arbitral; e leis estaduais no Rio de Janeiro e São Paulo prevendo a arbitragem como alternativa de solução consensual de controvérsias.

Nas décadas de 1980 e 1990 (“década perdida”), o Brasil atravessou uma grave crise econômica, com a sucessão de planos econômicos fracassados, fuga do capital externo, queda vertiginosa do PIB e aceleração da inflação. O Estado viu-se obrigado a repensar seu papel enquanto maior expoente na prestação dos serviços públicos.

A solução adotada foi a delegação da execução de determinadas atividades à iniciativa privada, através da desestatização e criação de agências reguladoras, bem como da redução de sua participação como agente econômico. A Administração Pública passou por um amplo processo de reforma, marcado pela substituição, em alguns setores, da intervenção direta pela indireta, através da regulação e fomento.

Sundfeld⁵ discorre de forma interessante tanto sobre as mudanças práticas, quanto sobre as teóricas do período:

[...] Desde a metade da década de 1990 não só houve uma mexida geral na legislação administrativa – inclusive na Constituição – como dois movimentos atingiram profundamente a cultura do direito administrativo: os da *privatização* e da *reforma da gestão pública*.

O primeiro colocou em xeque muitas das ideias sobre a especialidade desse direito, atingiu o conceito de serviço público e introduziu as novidades da regulação.

O segundo criticou o modelo burocrático que havia inspirado as reformas a partir da Era Vargas e que teve tanta influência em temas como servidores públicos, regime da Administração indireta e licitação. A reforma da gestão pública propõe introduzir certas flexibilidades e trocar alguns dos controles formais por controles de resultado, dentro de um enfoque de *administração gerencial*.

Por último, tem-se vivido, desde o surgimento da Constituição de 1988, uma maré montante na judicialização de questões envolvendo a administração, com o frequente uso de princípios bastante imprecisos para controlá-la (como o princípio da dignidade da pessoa humana). Isso se algum modo coloca em questão a própria noção de Direito (afina, ele agora inclui esses princípios todos, assim abertos e indeterminados, com força normativa?) e, portanto, também de direito administrativo.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

2.2 A LEI DE ARBITRAGEM

Em meio à crise, o governo precisava restabelecer a segurança jurídica e reconquistar a confiança dos investidores estrangeiros. Coincidência ou não, nesse contexto, a arbitragem foi reinserida no ordenamento, com a edição da Lei nº 9.307/1996, que promoveu um verdadeiro renascimento do instituto no Brasil. Em seu art. 1º, a mencionada norma estabeleceu definitivamente que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Continuava a existir, contudo, resistência do Poder Judiciário em relação ao instituto. Questionamentos acerca da constitucionalidade da nova Lei acabavam por tolher o desenvolvimento da arbitragem, até que, finalmente, em 2001, o STF manifestou-se a respeito no julgamento de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE nº 5.206), e pôs fim à controvérsia, confirmando a constitucionalidade da norma:

[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

A partir da definição do STF, os tribunais estaduais e juízes de primeira instância passaram a prestigiar a arbitragem. Também, no ano seguinte, em 2002,

chancelando a constitucionalidade do novo diploma legal, foi ratificada pelo Brasil, a Convenção de Nova Iorque de 1958, relativa ao reconhecimento e cumprimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o que contribuiu para colocar o país no circuito internacional das arbitragens⁶.

Ocorre que a Lei de Arbitragem foi totalmente omissa quanto à utilização do instituto no âmbito dos contratos administrativos, prolongando a polêmica. Ainda assim, foram editadas leis esparsas, a partir do ano de 1997, autorizando a utilização da arbitragem nos contratos administrativos celebrados com a Administração Pública, sobretudo nos contratos de concessão que envolvem altos investimentos. Cite-se como exemplos a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo e Gás) e a Lei nº 10.233/ 2001 (Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres).

O esforço hermenêutico envidado pela doutrina, assim como determinadas leis e decisões judiciais, entretanto, não sensibilizaram o Tribunal de Contas da União. A questão foi examinada pela 2ª Câmara, no processo administrativo TC 005.250/2002-2, no qual o Tribunal concluiu pela inadmissibilidade da utilização da via arbitral no âmbito da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da legalidade, tendo em vista a ausência de expressa previsão legal a respeito. É o que diz o Acórdão nº 584/2003:

Representação. Possíveis irregularidades na contratação de energia por parte da CBEE. Inspeção. Descaracterização de algumas das irregularidades apontadas. Audiência. Caracterização dos contratos celebrados como contratos administrativos. Inclusão de cláusulas sem amparo legal: previsão de solução de controvérsias relativas ao contrato por via arbitral e previsão de confidencialidade em relação ao contrato. Inexistência de evidências de que os preços contratados foram excessivos. Conhecimento da Representação. Provimento parcial. Determinação para exclusão das cláusulas indevidas. Autorização para que seja feita, em processo apartado, a oitiva das empresas que se recusarem a assinar os respectivos termos aditivos. Ciência aos representantes, à Mesa do Congresso Nacional e ao Ministro de Minas e Energia... 14. Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Essa cláusula contratual, portanto, deverá ser excluída do contrato...(TCU. Segunda Câmara. TC nº 005.250/2002-2. Acórdão nº 584/2003. Relator: Ubiratan Aguiar. Data da sessão: 10/04/2003).

⁶ STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação – RARB**, v. 50 (julho-setembro de 2016)

Por outro, acórdão histórico do STF, de relatoria da Ministra Ellen Grace, concluiu pela validade da transação firmada, considerando que, no caso, o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ulatimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

Nos anos subsequentes, o STJ pacificou definitivamente o tema, em sucessivos julgados, merecendo especial destaque o julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308/DF18. Em voto histórico da relatoria do Ministro Luiz Fux, mais do que reafirmar a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça firmou o posicionamento de que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guarda qualquer incompatibilidade com a ideia de STF, inclusive o “Caso Lage”:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC). 3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da

coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentan). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. [...] 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público."(in" Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória ", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399). 7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como " disponíveis ", porquanto de natureza contratual ou privada. 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inoportunidade de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao

optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça."(No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418). 14.A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". [...] 16.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. [...] 20. A título de argumento obiter dictum pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal. 21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: "In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96:"as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473) [...] (STJ - MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 19/05/2008)

No mesmo período, em determinados e importantes diplomas legislativos, foi sendo inserida a possibilidade de arbitragem em contratos administrativos. Merecem ser citadas como exemplo as Leis n.º 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privada); n.º 11.196/2005, que acrescentou o art. 23-A, à Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessões), estabelecendo que 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 de Arbitragem; n.º 10.438/2002 (Lei do Setor Elétrico); n.º 11.196/2005 (Lei de Incentivos Fiscais à Pesquisa e Desenvolvimento da Inovação Tecnológica); n.º 11.909/2009 (Lei de Transporte de Gás Natural), dentre outras.

Ainda assim, eram previsões específicas, que acirravam o debate, mas encontravam grande resistência por parte dos administrativistas mais tradicionais e do TCU.

Para encerrar definitivamente a questão, finalmente, foi publicada a Lei n.º 13.129/2015, que promoveu a reforma da Lei nº 9.307/96, prevendo, de forma expressa e genérica, a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem quando a lide versar sobre direitos disponíveis.

2.2.1 A reforma da lei de arbitragem – Lei nº 13.129/2015

A pior crise econômica da história do Brasil se instalou em 2014. Assim como a Lei de Arbitragem, coincidentemente ou não, nesse contexto foi editada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu alterações pontuais, mas relevantes à Lei nº 9.307/96. Pode-se dizer que a estrutura e substância da Lei anterior (de Arbitragem) foram mantidas, ao passo que foram incorporadas conquistas da jurisprudência e ensinamentos do direito comparado.

Logo no preâmbulo, restou definido o seu alcance:

Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Dentre as alterações mais relevantes, principalmente para o presente trabalho, destaca-se o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1º da Lei nº 9.307/96, que passou a prever:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º **A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.**

§ 2º **A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.** (grifo nosso)

Foi inserida então, no ordenamento jurídico brasileiro, a expressa e genérica autorização para que a Administração Pública de qualquer das esferas possa valer-se da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, ampliando a utilização de cláusula arbitral também para contratos administrativos típicos.

Assim, é possível afirmar que a grande conquista do referido diploma foi positivar a arbitragem como meio de solução de conflitos na Administração Pública, encerrando qualquer discussão a respeito. Isso porque, nos anos anteriores, os tribunais brasileiros vinham se manifestando no sentido de que esse instrumento de solução alternativa de controvérsia só poderia ser utilizado por entidades da Administração Indireta, que ostentassem personalidade jurídica de direito privado (empresas estatais).

Vale esclarecer que disso resulta a faculdade de inserção de cláusula compromissória nos contratos celebrados com fulcro na Lei nº 8.666/1993 (a exemplo de obras públicas, engenharia e prestação de serviços), e também em convênios, contratos de gestão, termos de cessão e permissão de uso e etc.

Adicionalmente, também previu a Lei nº 13.129/2015 que, nestes casos, a arbitragem só poderá ser de direito - e não de equidade, por suposto respeito ao princípio da legalidade – devendo ser observado o princípio da publicidade.

Outra modificação interessante foi a de que a arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição. Sobre este tema o legislador tinha sido absolutamente omissos até então.

A reforma gerou uma expectativa de grande desenvolvimento da arbitragem no país, como eficaz alternativa de solução ao alarmante número de litígios envolvendo contratos administrativos, que acaba por emperrar a gestão da coisa pública e repelir investimentos.

No entanto, muitas questões não foram dirimidas pela Lei, em razão das peculiaridades do regime jurídico-administrativo, merecendo destaque a conceituação de “direitos disponíveis” (arbitralidade objetiva), observância da

publicidade e questões procedimentais, deixando ainda espaço para a negativa e anulação de arbitragens.

2.3 BRASIL EM CRISE

A crise econômica instalada a partir de 2014 parece ter agravado e revelado crises em outros setores da sociedade brasileira, propiciando um ambiente de insegurança jurídica e necessidade de novas soluções.

2.3.1 A crise do direito administrativo

O consagrado e vanguardista doutrinador Gustavo Binbenbojm dedicou boa parte de sua produção acadêmica à desconstrução do mito do surgimento do direito administrativo a partir da submissão do Estado ao legislador e garantia dos interesses comuns da sociedade. Ao revés, o direito administrativo tem origem autoritária⁷:

Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativa estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do antigo regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder.

O panorama no Brasil ainda é agravado pelas ditaduras civil e militar, que construíram uma tradição de decisões unilaterais, com baixo grau de legitimação social e preocupação com solução consensuais e paz social.

A partir da Constituição Federal de 1988, os pensadores do Direito Administrativo se ocuparam da redemocratização e constitucionalização dos institutos. Os direitos fundamentais foram os grandes fatores determinantes para a promoção do

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 501.

reequilíbrio das relações entre a sociedade e o Estado, tanto na política, quanto no direito.

Em seu livro “Poder de polícia, ordenação, regulação”⁸, Binenbojm identifica dois eixos de mudança paradigmática no direito administrativo: o "giro democrático-constitucional", que procura derrotar as origens relativamente autoritárias da administração pública em geral, e no Brasil em particular; e giro "pragmático", que transfere o foco de preocupações do direito administrativo para o plano dos resultados, das consequências práticas verificáveis na realidade concreta.

Justamente em razão da constitucionalização do direito administrativo, passou a haver o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo.

Nesse sentido, Binenbojm identifica quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo, prestigiados no Brasil, que estão sendo desconstruídos atualmente, diante da nova configuração do Estado democrático de direito⁹:

I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.

II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse.

III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema da jurisdição uma), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.

IV) a ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo brasileiro, a fórmula da Administração unitária é sintetizada, como no atual art. 84, inciso II, da Constituição de

⁸ *Idem*. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

1988, na competência do Chefe do Executivo para exercer a *direção superior* da Administração, com o auxílio dos Ministros de Estado.

O giro pragmático, por sua vez, consiste numa tendência à adoção de estruturas, procedimentos e decisões administrativas que produzam os melhores resultados possíveis. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública Burocrática, implantada há mais de um século.

A necessidade de adaptar o texto constitucional às novas políticas, em especial a de desestatização, levou à edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, que constitucionalizou a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública, objetivando promover a prestação do serviço público de forma mais célere, eficaz e satisfatória.

A nova Administração Pública Gerencial é fruto direto da globalização, democratização e das novas formas de se relacionar da atual sociedade global e democrática. Os esforços se voltam à resolução de problemas concretos, por meio da análise contextualista dos fatos, distanciamento dos dogmas e revisão dos princípios, e grande preocupação com os resultados das políticas públicas.

Nesse ambiente de crise, mas também de questionamentos, desconstruções e reconstruções, que surge a discussão acerca da conveniência das decisões consensuais.

2.3.2 A crise do Poder Judiciário

Desde a Constituição Federal de 1988, o Brasil tem presenciado a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. A elevação da consciência de cidadania, a criação de novos direitos e a previsão de novas ações levaram ao aumento expressivo da demanda por Justiça. Com a redemocratização, o Poder Judiciário recuperou sua autonomia, liberdades democráticas e garantias; "... juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado do governo e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo"¹⁰.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. A hora e a vez do Poder Judiciário. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, tomo IV, p. 572.

Acontece que a estrutura do Judiciário simplesmente não acompanhou o crescimento das demandas. Justamente a partir da ascensão institucional e necessidade de expandir e aprimorar a atuação das instituições judiciais, desenvolveu-se o longo debate que culminou na Reforma do Judiciário de 2004.

Some-se à sobrecarga de processos a complexização das relações jurídicas com a globalização e novas tecnologias. A necessidade de decisões mais rápidas e mais técnicas acabou por gerar um ambiente de insegurança jurídica, que repele os investidores estrangeiros.

Após reiterados estudos e debates, nos quais tomaram parte os nossos mais cultos e experientes juristas e advogados, com o pronunciamento sereno e objetivo de nossos mais esclarecidos magistrados, creio que já foram determinadas as razões da tão malsinada Crise da Justiça.

Em artigo esclarecedor, o respeitado doutrinador Miguel Reale¹¹ tratou do tema:

Desde a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução – ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma – até o leal reconhecimento de que nem mesmo o Poder Judiciário não ficou isento dos malefícios da corrupção, pode-se dizer que não houve causa relevante que não fosse aduzida para explicação da crise: os empecilhos de uma legislação processual superada, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas; a carência nos órgãos judiciários dos meios eletrônicos que a técnica de comunicação atualmente predomina nos domínios empresariais, prevalecendo ainda antigas praxes cartoriais; a crise do ensino jurídico que impede a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas nos quadros da magistratura; a revisão e atualização da organização judiciária, graças à autonomia que a Constituição confere ao Judiciário; a falta de um órgão de controle externo das atividades judiciárias, do qual participem representantes da OAB, muito embora em minoria em relação aos membros togados, sem qualquer interferência, é claro, no tocante ao poder de decidir privativo dos juízes; condigna remuneração compatível com a alta missão confiada aos magistrados, obedecidas, porém, as possibilidades financeiras do Poder Executivo, e sem se criarem diferenças gritantes em conflito com seus auxiliares.

2.3.3 A crise da lei

¹¹ Crise da Justiça e Arbitragem. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigo/justaerb.htm>>. Acesso em: 02/08/2018.

A partir da metade do século XX, se assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e da erosão da lei formal, que ficou conhecido como *crise da lei*. A lei começou a ser questionada quanto expressão da vontade geral (especialmente em razão da crescente politização submissa aos sucessivos governos), produto de uma representação em crise e incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo, somados à proliferação das agências reguladoras independentes.¹²

Gustavo Binenbojm sistematiza com maestria as possíveis causas desta crise¹³:

A crise da lei formal é um fenômeno universal e cujos efeitos se projetam sobre os diversos segmentos do ordenamento jurídico. Dentre as possíveis causas de tal *crise*, é possível listar as seguintes: (i) a inflação legislativa; (ii) o uso histórico da lei como fundamentos para a injustiça e a barbárie; (iii) o controle crescente e progressivo do processo legislativo pelo Poder Executivo; (iv) o advento do constitucionalismo e o fenômeno da *constitucionalização* do direito; (v) a multiplicação das novas formas de *juridicidade*, como regulamentos administrativos gerais e setoriais e outras fontes normativas de origem privada (*soft law*). Esse conjunto amplo de fatores contribuiu para *dessacralizar* o mito *rousseauuniano* da lei como expressão da *vontade geral*, fundamento único do poder legítimo e veículo principal de expressão das normas disciplinadoras das atividades do Poder Público e dos particulares.

Com o enfraquecimento da lei formal e a multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais, se observou o fenômeno da *deslegalização* e, ao mesmo tempo, da *constitucionalização* do direito administrativo. A legalidade vem sendo substituída pela juridicidade, superando-se o dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a Constituição e a Administração Pública.

Interessante observar que a Constituição deixa o seu papel de mero programa político e passa a ser utilizada diretamente para habilitar a competência administrativa, tal como fundamentar e legitimar as decisões administrativas.

Tendo o direito administrativo origem autoritária, como já mencionado, até a recente aproximação do direito constitucional, se manteve alheio aos valores democráticos e humanistas. Portanto, pode-se dizer que em nenhum outro segmento jurídico o papel da lei formal sofreu tantas transformações como no direito administrativo.

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

¹³ *Ibidem*, p. 305.

A discussão acerca da legalidade (e sua crise) é de suma importância no estudo da arbitragem, pois a posituação deste instituto é recente e previsto de forma muito superficial. Justamente o princípio da legalidade ainda é muito utilizado para embasar decisões judiciais e administrativas que não reconhecem a sentença arbitral em diversos casos, a exemplo de acordos substitutivos no campo do direito administrativo sancionador.

3. A LEI Nº 13.448/2017

Fruto da conversão da Medida Provisória nº 752/2016, a Lei nº 13.448/2017 prevê os institutos da prorrogação dos contratos de concessão e da relicitação, e ainda trata da resolução dos conflitos surgidos a partir dos contratos de concessão através da arbitragem, definindo expressamente os direitos patrimoniais disponíveis que são arbitráveis.

3.1 PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS

No momento atual de recessão pela qual o país atravessa, em que os entes públicos apresentam dificuldades em cumprir com as suas obrigações mais elementares, os recursos públicos destinados aos investimentos destinados ao setor de infraestrutura tendem a escassear cada vez mais.

Conseqüentemente, a manutenção e desenvolvimento da infraestrutura depende, basicamente, de recursos do setor privado. Estes recursos efetivamente existem (e de sobra, nos fundos soberanos ou de investimento), ocorre que os investidores privados exigem, como tem que ser, a maximização da estabilidade, transparência e, principalmente, **segurança jurídica**. O foco do problema, então, reside **na** (falta de) confiabilidade no setor público brasileiro.

Segundo Flávio Amaral¹⁴, uma série de fatores contribui para essa desconfiança generalizada, podendo, sem pretensão de esgotá-los, mencionar alguns deles:

- (i) o alto índice de corrupção identificado na execução dos contratos celebrados com o Poder Público e que foram desvendados com a Operação Lava Jato; (ii) o retrocesso no modelo regulatório brasileiro, com indicações políticas para os cargos máximos das agências que minam a sua autonomia, além dos indevidos contingenciamentos de receitas que enfraquecem uma atuação técnica e independente; (iii) a atuação por vezes excessivamente intrusiva do Tribunal de Contas da União nas atividades finalísticas das Agências Reguladoras, criando um ambiente de insegurança jurídica na execução dos contratos de longo prazo; (iv) o não cumprimento

¹⁴ AMARAL, Flávio. Programa de parcerias de investimentos – PPI e o direito da infraestrutura. Revista eletrônica da PGE/RJ. Disponível em: <<http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NjU%2C>>. Acesso em 02/08/2018.

daquilo que foi acordado pelo contratante, gerando, não raro, litígios que vão desembocar nos tribunais arbitrais ou judiciais; (v) o excessivo protecionismo do mercado brasileiro, ainda muito fechado e pouco amistoso para grupos estrangeiros.

Justamente com o objetivo de viabilizar projetos de infraestrutura de alta prioridade para o país, num ambiente mais previsível, planejado, transparente e estável, que foi editada a Lei nº 13.334/2016, criando o Programa de Parceria de Investimentos – PPI.

O Programa de Parcerias de Investimentos, então, teve início no Governo Temer, num cenário de grave crise econômica, desemprego, gargalos de infraestrutura travando o crescimento e baixa qualidade nos serviços prestados à população. Desde o início foram identificados como desafios a lentidão e ineficiência dos investimentos públicos, assim como a burocracia e falta de coordenação nos processos de concessão.

Na própria página eletrônica do governo¹⁵, estão elencados os objetivos do Programa, nos seguintes termos:

O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) foi criado pela Lei nº 13.334, de 2016 com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria e de outras medidas de desestatização.

Com a lei que instituiu o PPI, duas estruturas foram criadas na Administração Federal: o Conselho do PPI e a Secretaria do PPI. O Conselho é o órgão colegiado que avalia e recomenda ao Presidente da República os projetos que integrarão o PPI, decidindo, ainda, sobre temas relacionados à execução dos contratos de parcerias e desestatizações. A Secretaria, vinculada à Presidência da República, atua em apoio aos Ministérios e às Agências Reguladoras para a execução das atividades do Programa.

São objetivos do PPI:

- Ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
- Garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários;
- Promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- Assegurar a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
- Fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>>. Acesso em: 02/08/2018.

Assim, observa-se a tentativa do governo de ampliar a relação entre o Estado e a iniciativa privada, com o objetivo de gerar empregos e retomar o crescimento do país, através do implemento de modelos mais eficientes de concessões e atração de novos investimentos. O destravamento do capital privado deve ocorrer através das parcerias: concessões, Parcerias Público-privadas, arrendamentos e coesstatizações.

Acompanha a lógica deste Programa, a ideia de que, no setor de infraestrutura, o tempo político não pode prevalecer sobre o tempo técnico. Projetos de alta complexidade e grandeza, que envolvam construção e operação de ativos como rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, saneamento, energia, gás e telecomunicações demandam investimentos extraordinários, cuja amortização e remuneração condizem com prazos bastante alongados e que, seguramente, não coincidem com os mandatos dos governantes.

Vale ressaltar, então, que todo o projeto está embasado na necessidade de retomada da confiança no setor público, na sua capacidade de executar projetos de longo prazo com transparência e segurança jurídica e na estabilidade regulatória (garantia de mínima intervenção).

Uma vez que os empreendimentos forem qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos, eles serão tratados como prioridade nacional. Os órgãos e entidades envolvidos devem atuar garantindo que os processos e atos necessários à estruturação, liberação e execução do projeto ocorram de forma eficiente e econômica.

O órgão responsável pelas deliberações é o Conselho do PPI, que se reunirá sempre que convocado, para deliberar sobre assuntos da pauta organizada pela Secretaria do PPI. Segundo o site oficial do governo¹⁶, suas principais atribuições são:

- Opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto às propostas dos Ministérios para a inclusão de empreendimentos no PPI e quanto às políticas federais de longo prazo para investimento por meio de parcerias;

¹⁶ Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>>. Acesso em: 02/08/2018.

- Coordenar, monitorar, avaliar e supervisionar as ações do PPI e apoiar as ações setoriais necessárias à sua execução.
- Exercer as funções atribuídas ao:
 - Órgão gestor de parcerias público-privadas federais (Lei nº 11.079/04).
 - Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Lei nº 10.233/01).
 - Conselho Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

Importa observar que o PPI não cria nenhum novo tipo contratual. Trata-se de uma qualificação que determinados contratos poderão ter, e que atrairão tratamento prioritário por todos os agentes de execução e controle, tanto da União, como dos Estados e Municípios.

O §1º do art. 1º da Lei nº 13.334/2016 elenca os possíveis objetos do PPI, que abrangem não apenas os empreendimentos públicos federais, mas também os dos demais entes federativos:

Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

§ 1º Podem integrar o PPI:

I - os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União;

II - os empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; e

III - as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os 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.

Ainda, a titularidade do empreendimento (público ou privado) não é critério absoluto para fins de enquadramento. Empreendimentos privados, em regime de autorização

administrativa, que concorram ou convivam com empreendimentos públicos a cargo de entidades estatais ou de parceiros, igualmente poderão ser enquadrados no PPI (art. 21 da Lei). Isso se dá porque há projetos privados que podem apresentar uma dimensão de interesse público que não é caracterizada em razão do regime jurídico aplicável.

Flávio Amaral¹⁷ identifica algumas medidas com potencial para aumentar, de imediato a competitividade nos processos licitatórios realizados no setor de infraestrutura. Seriam elas:

(i) divulgar maciçamente os editais em outros países; (ii) divulgar os estudos, projetos, edital e contrato na língua inglesa; (iii) aumentar o prazo entre a publicação do edital e a realização da licitação, elasticendo o lapso temporal para que os operadores econômicos possam conhecer, estudar, avaliar e elaborar propostas sérias e consistentes, atraindo o maior número possível de licitantes; (iv) não iniciar a licitação sem a conclusão, aprovação e publicação de todos os estudos de viabilidade técnica e econômica, bem como dos demais projetos complementares, valendo a pena gastar mais tempo na modelagem da licitação do que com posteriores e inevitáveis contenciosos que decorram de projetos insuficientes ou estruturados a partir de premissas incompletas.

A destacar, também, a garantia de mínima intervenção nos negócios e investimentos, prevista no inciso III, do artigo 2º da Lei nº 13.334/16. Esta é uma diretriz que deverá ser observada na regulação dos editais e dos contratos, evitando injustificáveis assimetrias ou exorbitâncias que invadam o campo de ação dos atores privados.

Essa diretriz impõe que a regulação dos contratos não exceda o estritamente indispensável para alcançar as finalidades desejadas, privilegiando as medidas menos constritivas e onerosas ao particular, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Infere-se, portanto, que o PPI representa uma tentativa de buscar novas soluções para a crise econômica, aceitando o papel irreversível do capital privado nos Estados. O tempo dirá se essa Lei conseguirá provocar mudanças na cultura e na relação entre o governo, empresas privadas e administrados.

Nesse cenário, a função das agências reguladoras assumirá nova dimensão, e será necessário repensar toda a estrutura dos órgãos e entidades da Administração.

3.2 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 752/2016

¹⁷ AMARAL, Flávio. Programa de parcerias de investimentos – PPI e o direito da infraestrutura. Revista eletrônica da PGE/RJ. Disponível em: <<http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NjU%2C>>. Acesso em 02/08/2018.

A Medida Provisória nº 752 foi editada em 24/11/2016 e ficou conhecida como a “MP das Concessões de Transportes” ou simplesmente “MP das Concessões”, pois estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República.

A prorrogação diz respeito às concessões em andamento, enquanto a relicitação deve ser aplicada quando em casos de problemas na execução dos contratos de parceria. A prorrogação de contratos dependerá de determinadas condições, a exemplo de estudo técnico, avaliação prévia da administração pública, consulta popular, análise do Tribunal de Contas da União (TCU) e cumprimento das metas vigentes.

Dentre os possíveis benefícios diretos para a população, está a redução dos custos de transporte da produção agrícola, aumentando a competitividade dos produtos brasileiros no exterior e barateando os alimentos.

Em seus motivos¹⁸, é retratado o objetivo de reparar problemas e desafios nos setores de infraestrutura e retomar o crescimento da economia, através da viabilização de novos investimentos imediatos em projetos de parceria e saneamento de contratos de concessão vigentes, mas com continuidade ameaçada:

Como é de conhecimento geral, a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil. Ainda, a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público. Assim, a proposição ora apresentada à Vossa Excelência busca, por um lado, disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento. Além disso, a medida define procedimentos para a relicitação de contratos de parceria que não estejam sendo devidamente cumpridos ou cujos parceiros demonstrarem ausência de capacidade de cumprir com as obrigações assumidas contratualmente.

¹⁸ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf >. Acesso em: 08/08/2018.

Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho. Os projetos a serem cobertos são os que já estão em andamento e com histórico de receitas conhecido, facilitando a obtenção de mais recursos de crédito no mercado para arcar com as novas exigências de ampliação e melhorias. Além disso, espera-se que o fato de essas concessões já terem passado por uma primeira análise bancária quando do seu primeiro ciclo de desenvolvimento traga maior celeridade nas aprovações de novas liberações de financiamentos. Assim, as prorrogações teriam o potencial de ensejar investimentos mais rapidamente do que a realização de novas licitações após o fim do prazo das concessões que estão em vigor atualmente, além de tenderem a possuir um menor custo de capital, o que em última instância beneficia os usuários.

É essencial a existência de uma lei específica para dar segurança jurídica para incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário. Hoje o Poder Concedente tem se deparado com alguns questionamentos quanto à possibilidade de alteração contratual das concessões públicas. Órgãos públicos têm questionado o interesse público de renovações contratuais ordinárias ou antecipadas como alternativa a novas licitações; usuários, por sua vez, apresentam dúvidas quanto aos mecanismos de reequilíbrios possíveis de serem adotados e os agentes públicos e concessionárias estão inseguros quanto à legitimidade ativa na condução desses processos. Entendemos que as soluções desses itens estão adequadamente endereçadas na presente medida.

O prazo para conversão da Medida era 05/05/2017. No dia 03/05/2017, houve a aprovação, com modificações, na forma do Projeto de Lei de conversão 3/2017, em meio a muitas divergências. Mesmo aprovado no Senado com ampla maioria, o PLV recebeu duras críticas, especialmente da oposição. Conforme registros no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados¹⁹, dentre as acusações, as de que a medida foi encomendada pelas concessionárias de ferrovias; que, ao permitir prorrogações sem novas licitações, o poder de negociação residirá nas mãos do Ministro da Casa Civil; que a prorrogação antecipada não garantirá investimento em infraestrutura; e de que restou explicitada a vontade do governo Temer de evitar as licitações.

Houve mudanças em relação ao texto original, valendo mencionar a que enfatiza a necessidade de realização de investimentos para aumento da capacidade instalada do setor ferroviário. Quanto às relimitações, o Relator (deputado Sérgio Souza) incluiu exigência de renúncia expressa à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado (mudança discutível, como se verá adiante).

¹⁹ Disponível em: < [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/535889-LEI-DE-CONCESSAO-DE-TRANSPORTES-E-SANCIONADA-COM VETOS](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/535889-LEI-DE-CONCESSAO-DE-TRANSPORTES-E-SANCIONADA-COM-VETOS)>. Acesso em 11/07/2018.

Também passou a ser previsto que os contratos de parceria poderão ser alterados, mediante acordo celebrado entre a administração pública e os contratantes, “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa ou qualitativa de seu objeto”.

Uma outra emenda permite que os contratos de parceria do setor ferroviário abranjam a construção de novos trechos ou ramais ferroviários, com a extensão necessária para atender polos geradores de carga.

O Presidente Temer vetou três trechos do Projeto: i) por suposta inconstitucionalidade formal ao artigo 35, que não teria relação com o objeto inicial, e obrigava empresas supervisionadas pelo Banco Central e entidades governamentais de fomento a responder por dano ambiental nos contratos de parceria somente depois de comprovado dolo ou culpa; ii) artigos 28 e 29, que previam que as concessionárias de rodovias federais seriam as responsáveis pelas medidas de segurança pública no trecho sob sua responsabilidade, arcando com a construção, reforma e manutenção de instalações da Polícia Rodoviária Federal (PRF), inclusive destinando verba para o reaparelhamento do órgão. Neste ponto, foi retirado o trecho de responsabilização do concessionário pela segurança pública da rodovia, já que a União não pode delegar esta competência e ainda que os custos sejam repassado ao consumidor por meio da cobrança de pedágio. Ainda, o dispositivo envolveria a PRF no contrato de concessão, papel que é exercido atualmente pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); iii) por último, foi vetado o artigo 12, que previa que, ao renovar a parceria com o governo, a empresa poderia fazer financiamento dando como garantia os próprios direitos da concessão, o que colocaria em risco a própria prestação de serviço.

A grande novidade, que chamou a atenção dos profissionais da área, foi justamente a clara e expressa possibilidade de utilização da arbitragem nas controvérsias que surjam nos contratos de parceria nos setores abarcados pelo texto da MP. O art. 25 da Medida prevê que podem ser submetidas à arbitragem as controvérsias surgidas após decisão definitiva da autoridade competente, referentes a disputas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Observe-se que é a respectiva agência reguladora a autoridade competente para celebrar o compromisso arbitral. O §1º do art. 25 da MP prevê também a possibilidade de aditamento dos contratos em vigência, para que passem a vigorar

com cláusula arbitral; já o §2º traz disposição acerca das custas do procedimento: devem todos os valores serem adiantados pelo parceiro privado, sendo restituídos de acordo com decisão do tribunal arbitral. Ainda, o §3º prevê que o procedimento deve ser conduzido obrigatoriamente em português e realizado no Brasil.

Os parágrafos seguintes também trazem disposições relevantes. No §4º está a grande conquista para a arbitragem envolvendo a Administração Pública, já que se ocupa de definir quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de apreciação pelo juízo arbitral, assunto que até então gerava muitas controvérsias e embasava diversas decisões anulatórias de arbitragens. Segundo o dispositivo supracitado, constituem direitos patrimoniais disponíveis: (i) questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) cálculo de indenizações referentes à extinção ou transferência do contrato de concessão; e, (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer uma das partes.

Importa destacar que o item (iii) abarca também as obrigações que resultem de sanções pecuniárias impostas ao particular pelo Poder Público. Entretanto, não se deve confundir a arbitragem dos valores envolvidos ou validade do ato administrativo com a própria competência de aplicação de sanção administrativa: a prerrogativa da Administração Pública não é discutida. O exercício da autoridade não é arbitrável.

O quinto e último parágrafo do art. 25 dispõe que “ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Medida Provisória”. É através do credenciamento todos os interessados são convocados e, se preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se junto à Autoridade competente para prestar o serviço. Este credenciamento garante a pluralidade de interessados, não cabendo a limitação do número exato de contratados, não sendo possível estabelecer competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública. Ora, sendo impossível a competição não há o que se falar de licitação, sendo esta inexigível (art. 25, Lei n. 8.666/93). Assim, a MP responde a outra das questões que dificultavam o uso da arbitragem em contratos públicos: o modo de escolha da câmara arbitral.

3.3 CONTEXTO DA EDIÇÃO DA LEI

No dia 06 de junho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.448/2017, resultante da conversão da Medida Provisória nº 752/2016, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

Constatou-se que muitas das concessões planejadas e firmadas pelo governo foram afetadas drasticamente pela recessão econômica dos últimos anos, que a ponto de inviabilizá-las, afetando, não apenas o pagamento das outorgas, mas, também, a própria realização dos investimentos, dada a dificuldade de obtenção de linhas de financiamento.

Verificou-se, também, claramente, três setores, indispensáveis para o desenvolvimento do país, que foram especialmente afetados pela crise, e que se encontram em estado crítico: os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Apurou-se que há concessões nesses serviços simplesmente imprestáveis, e que apenas seriam resolvidas com bilhões em investimentos – de que não dispõe o Estado. Alguns desses contratos, inclusive, ainda se encontram na metade de sua vigência.

Vale ressaltar que nos contratos de colaboração, em que o Estado tem obrigações, o que ocorreu com a crise foi que ele, abertamente, parou de pagar às empresas (muitas delas foram levadas à falência). Já nos contratos de concessões (nos quais o concessionário é remunerado basicamente através de tarifas pagas pelos usuários), surgiu a ideia da Medida Provisória/Lei para tenta viabilizá-los.

Dado o grave contexto da crise, a “Lei de Relicitação” parece trazer uma alternativa à simples punição, havendo o reconhecimento, pelo governo, que nem sempre o que aparenta ser um descumprimento o é de fato, ou poderia ser evitado.

Se há conjunturas e contingências que, sequer estão sob o controle do governo, quem dirá sob o controle da iniciativa privada e dos concessionários, razão pela qual se deve reconhecer que integram a álea econômica extraordinária. Por isso, a primeira vista, não seria razoável rescindir o contrato de concessão pela via da caducidade, o que poderia agravar ainda mais a situação da empresa e do serviço.

Some-se a isso o exaurimento do modelo contratual no âmbito da Administração Pública, principalmente nas concessões, consequência do exaurimento do próprio

modelo de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil. Essa situação remonta à crise do direito administrativo, tratada em tópico anterior deste trabalho, em que se analisa a tentativa frustrada de organizar um Estado fundamentado sobre o postulado da Supremacia do Interesse Público.

O fato é que não há mais como se negar: nos moldes em que se encontra, o direito administrativo brasileiro não funciona, tão pouco todo o sistema de licitações e concessões.

3.4 NOVIDADES INTRODUZIDAS AO ORDENAMENTO PELA LEI Nº 13.448/2017

O instrumento normativo em questão introduziu dois novos conceitos para os contratos sujeitos ao seu regulamento: i) a prorrogação antecipada, que consiste na alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; e ii) a relicitação, definida como procedimento que compreende a extinção amigável dos contratos 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.

Tais institutos estão definidos logo no art. 4º do diploma em comento:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

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.

3.4.1 Prorrogação

O instituto da prorrogação foi pensado como forma de manter o contrato vantajoso e viável para a concessionária, sem que para isso a empresa tenha que aumentar a tarifa para os usuários, através da garantia de exploração da atividade por um período maior de tempo.

Inicialmente cumpre diferenciar a **prorrogação** (extensão do prazo do contrato), que não precisar ter sido previsto no edital; da **renovação do contrato** (quando há, na prática, dois contratos), que sempre deve estar previamente autorizado no edital.

Para isso, foram previstas duas hipóteses de prorrogação: a **prorrogação contratual premial** e a **prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos**.

Na prorrogação contratual premial, o contrato de concessão deverá estabelecer, previamente, os critérios que orientarão a Administração Pública na decisão de ampliar o vínculo contratual. Ou seja, na prática, significa dividir o contrato em duas ou mais etapas, possibilitando que o poder concedente, ao final de cada uma delas, avalie se foram preenchidos os requisitos que justifiquem a extensão do prazo de vigência contratual. É o que determina o art. 4º, I da Lei em comento:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;

Através desse dispositivo, premia-se o concessionário que executa o contrato de forma satisfatória, atribuindo-lhe o direito de exploração da atividade por maior prazo - elemento econômico dos contratos de longo prazo, o que significa mais tempo para amortizar investimentos e aumentar a taxa de rentabilidade do projeto. Repise-se que tal possibilidade deverá ser, expressamente, admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original.

A redação da norma deixa a desejar, principalmente quando utiliza a expressão “em razão do término da vigência do ajuste”, pois na prorrogação, se sabe que não chega a haver o término do ajuste, mas a extensão antes do término. Inclusive, a obscuridade na previsão deste instituto tem causado resistência por parte das autoridades em aplicá-lo.

A prorrogação antecipada mediante a realização de novos investimentos, como o próprio nome já diz, pode incidir quando, por razões econômicas, o poder concedente identifica urgente necessidade de investimentos no setor e, em lugar de esperar o término do contrato e fazer nova licitação, incentiva que o concessionário atual realize investimentos não previstos nas suas obrigações originárias, tendo como contrapartida a ampliação da vigência do prazo da concessão. É o que está previsto no art. 4º, II:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste;

Segundo Rafael Veras²⁰, a referida modalidade encontra ao menos dois exemplos recentes: no artigo 1º, § 1º, inciso III, da Lei nº 12.783/2013 (Lei de renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica) e no artigo 57, da Lei nº 12.815/2013 (Novo Marco Regulatório do Setor Portuário); e trata-se de expediente vantajoso para o poder público, pois:

(i) possibilita a realização de novos investimentos, de forma imediata, em infraestruturas públicas, que teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões; (ii) tais investimentos serão realizados, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou, tampouco, de aumento de tarifário; e (iii) os bens que forem incorporados à prestação do serviço público serão revertidos ao patrimônio público.

²⁰ As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 30/07/2018.

Ainda, na opinião do mesmo autor, o legislador poderia ter ido além, e ter pensado na prorrogação do prazo também para garantir reequilíbrio econômico-financeiro, proporcionando maior segurança jurídica:

Nada obstante, tenho para mim que o novel diploma perdeu uma excelente oportunidade para disciplinar a extensão de prazo contratual, para fins de reequilíbrio - assim considerada como uma das formas de recompor os efeitos provocados pela produção de evento imprevisível e de consequências incalculáveis (albergados pela Teoria da Imprevisão) e que, no bojo da matriz de riscos contratuais, foi alocado ao Poder Concedente. Trata-se, como se sabe, de expediente que visa a restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente adequado para as hipóteses em que outras formas de recomposição não sejam possíveis, a exemplo do incremento do valor da tarifa (sob pena de violação à modicidade tarifária) e da redução de encargos do concessionário (quanto se tratar de setor que não pode sofrer a redução de investimento e/ou dos níveis qualitativos do serviço prestado).

A ausência de tal previsão militará, justamente, em desfavor da “segurança jurídica”, pois haverá casos em que tal procedimento terá de ser adotado, sem que tenham sido fixadas balizas orientadoras para tal expediente. A referida omissão pode estar relacionada às decisões do Tribunal de Contas da União –TCU a propósito desta temática.

Cite-se, por exemplo, o AC-774-11/16-P, no qual aquela Corte de Contas se manifestou no sentido de que “tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado”. E, mais recentemente, o Acórdão nº 738/2017, por intermédio do qual ficou assentado que “a prorrogação de concessão de serviço público, ainda que em razão de reequilíbrio econômico-financeiro, requer expressa autorização no instrumento convocatório e no contrato de concessão original”.

De fato, tais decisões impõem limitações que fazem com que a extensão de prazo não atinja o seu propósito de recompor os impactos econômicos suportados pelo concessionário. Isto porque podem ocorrer eventos desequilibrantes que exijam a extensão do prazo contratual para além do prazo previsto no contrato, o que, a meu ver, vem sendo, equivocadamente, interdito pelo TCU. A opção normativa pode ter sido a de não disciplinar algo que foi inviabilizado pela jurisprudência administrativa do TCU.

3.4.2 Relicitação

Objetivamente falando, pode-se dizer que a relicitação é o procedimento pelo qual há a extinção amigável do contrato de parceria, seguido da instauração de uma nova licitação. O instituto visa assegurar a continuidade da prestação dos serviços, nos casos nos em que se observa que as disposições contratuais não estão sendo

atendidas ou que os contratados percam a capacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Tradicionalmente, a solução dada pelo ordenamento, frente ao descumprimento do contrato, estaria na Lei de Concessões, de 1995, e seguiria no sentido da caducidade: o concessionário levaria a culpa pela crise e poderia ter seu contrato rescindido, sendo gravemente punido.

O instituto surge, então, como uma alternativa ao processo de caducidade, pelo qual submeter-se-ia ao procedimento administrativo de extinção anômala do contrato de concessão culposa, de maneira a evitar que as dificuldades enfrentadas no cumprimento dos termos inicialmente pactuados não determine a interrupção dos serviços desses setores específicos, que foram objeto de concessão para a iniciativa privada –majoritariamente – antes do agravamento da crise econômica brasileira.

Para que faça jus ao acordo, no entanto, a concessionária terá que renunciar expressamente: (i) ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; e (ii) ao direito de participar no novo certame ou no futuro contrato de parceria.

Trata-se de uma espécie de novação (prevista no art. 360 do CC), pois as partes, em acordo (*animus novandi*), extinguem obrigações existentes, por intermédio da constituição de novas obrigações, que podem ser adimplidas, inclusive, por outro concessionário (novação subjetiva).

A relicitação tem como pressupostos: i) o inadimplemento já ocorrido do particular; ou ii) incapacidade financeira da concessionária em executar o objeto do contrato. Justamente por isso, é conveniente avaliar se, considerando um cenário de crise econômico-financeira da empresa concessionária, haveria conflito entre um pedido de relicitação e um pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.

Sobre o tema, a Lei n.º 13.448/2017 disciplina que não se aplicam ao contrato de parceria especificamente qualificado para fins de relicitação, até a sua conclusão, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei n.º 11.101/2005, exceto na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório. É o que se infere do art. 14, §4º combinado com o art. 20, §1º:

Art. 14 A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

[...]

§ 4º Não se aplicam ao contrato de parceria especificamente qualificado para fins de relicitação, até sua conclusão, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, exceto na hipótese prevista no § 1º do art. 20 desta Lei.

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no inciso II do caput do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§ 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.

A exceção prevista, então, consiste na hipótese de não acudirem interessados ou não ser concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da qualificação da parceria para a relicitação. Neste cenário, e não havendo qualquer prorrogação pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimento, o regime de recuperação judicial ou extrajudicial passa a ser aplicável ao contrato de concessão, tal como ocorre com o processo de caducidade que pode ser instaurado ou retomado.

A situação acima narrada será objeto de críticas mais adiante, já que, na prática, significa um procedimento incerto e que pode gerar insegurança para as empresas que pensam em aderir ao acordo.

Como vantagens, a relicitação prevê: (i) a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e o estabelecimento das condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento; ii) o não pagamento de eventuais indenizações; e (iii) a celebração de compromisso arbitral entre as partes, com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente.

Na opinião de Rafael Véras²¹, a imediata autorização para suspensão das obrigações de investimentos e a manutenção das condições do serviço são o núcleo deste instituto:

Quanto ao primeiro aspecto, tenho para mim que a suspensão das obrigações de investimentos e a manutenção das condições em que o serviço será prestado são peça-chave deste procedimento. Isto porque desobriga o contratado de continuar a realizar investimentos para os quais ele não pode fazer frente, sem prejudicar a adequada prestação do serviço público, até a alteração do concessionário. Malgrado se trate de previsão salutar, as seguintes questões se apresentam em relação a tal precisão: por quanto tempo o atual concessionário terá que continuar prestando o serviço? E se não acudirem interessados na nova licitação (relicitação), o procedimento de caducidade será aberto? A lei não traz respostas a tais indagações, o que pode ser um entrave à implementação desse procedimento.

Quanto ao segundo aspecto, tenho para mim que qualquer procedimento de relicitação só será iniciado se o poder público disciplinar a fórmula de indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. De regra, a indenização devida às concessionárias, em caso de caducidade, se restringe ao valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, descontados: (i) os prejuízos por ela provocados em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais; (ii) as multas contratuais que lhe foram aplicadas, mas ainda não pagas até a data do vencimento do montante da indenização.

Porém, por se tratar de instituto novidadeiro, o poder público terá que indicar qual será a metodologia por meio da qual tal valor será calculado. Para esse efeito, poderá se valer de três critérios: (i) o financeiro, em que se utilizará da metodologia de fluxo de caixa descontado; (ii) o contábil, em que se utilizará do valor registrado na contabilidade da concessionária; ou (iii) o patrimonial, em que se utilizará do valor de reposição do ativo.

Sob o aspecto prático, a relicitação deve ser iniciada por requerimento ao Poder Público, seguindo o procedimento²²:

O concessionário que estiver em dificuldade de cumprir com as suas obrigações contratuais ou financeiras formula requerimento ao Poder Público solicitando a relicitação, devendo apresentar:

I - justificativas e elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;

²¹ As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 30/07/2018.

²² CAVALCANTE, Márcio Lopes André. A Lei 13.448/2017 e o instituto da relicitação. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/a-lei-134482017-e-o-instituto-da.html>>. Acesso em: 08/08/2018.

II - renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987/95, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

III - declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação;

IV - renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado;

V - informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato,

bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado.

O órgão ou entidade competente irá, então, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação.

A partir da leitura dos dispositivos legais, e das considerações feitas, se conclui que a relicitação, na teoria, representa a tentativa do governo de proporcionar maior participação e liberdade aos parceiros privados, inclusive no encerramento de sua relação contratual, sob circunstâncias extremas, que jamais poderiam ter sido antevistas ou consideradas como um risco habitual do negócio.

O instituto passa, então, a integrar a legislação que valoriza o esforço conjunto entre Poder Público e iniciativa privada para priorizar a gestão do interesse público em detrimento de conflitos contratuais que só geram mais passivos e despesas para ambos os lados e impedem o desenvolvimento econômico do país.

É verdade que a lei inova em alguns aspectos, mas o fato de ser imprecisa em tantos outros, certamente, dificulta sua aplicação, como será demonstrado em tópico próprio às críticas.

3.4.3 Previsão de arbitragem

É inerente ao contrato administrativo (regime jurídico-administrativo) a verticalidade das relações, ou seja, por definição, o contrato administrativo carece de uma falta de simetria na disposição das normas, por ser um contrato unilateral – o que, naturalmente, aumenta as chances de existirem situações futuras não previstas em suas cláusulas, bem como conflitos.

Pode-se afirmar, então, que a previsão de um mecanismo de solução de controvérsias é especialmente importante nesses contratos, quando comparado a instrumentos particulares, bilaterais. Afinal, a própria efetividade das obrigações pactuadas depende de bons mecanismos de solução de controvérsias. *A arbitragem é um mecanismo heterocompositivo e que tem se mostrado apto a oferecer decisão técnica sobre controvérsias de alta complexidade, em tempo adequado*²³.

Inclusive, a ausência de ferramentas céleres para efetivação dos contratos é fonte até mesmo de corrupção, já que os procedimentos não seguem o curso natural e pactuado. Os riscos são ainda maiores quando o contrato não prevê soluções e o Judiciário não tem condições de produzir decisões rapidamente, como, por exemplo, no sistema de precatórios.

O tempo é elemento de extrema importância no contrato administrativo. Diante desse problema estrutural, surge a figura da arbitragem, que tem como principais vantagens: i) a celeridade maior das decisões, já que a instância é única, e geralmente o procedimento mais adequado é escolhido pelas partes; ii) especialização – decisões proferidas por especialistas e, por isso, em geral, mais específicas e acertadas; iii) maior segurança jurídica; iv) hipóteses mais restritas de impugnação da decisão; v) maior previsibilidade das decisões; vi) eficiência e economicidade – redução de riscos sistêmicos.

Quanto à celeridade, um dos aspectos mais problemáticos da jurisdição no Brasil, interessante discorrer:

Nessa mesma linha de raciocínio, Selma Ferreira Lemes sustenta que a arbitragem é mais célere que o processo judicial por três principais motivos: o árbitro possui mais tempo para se dedicar ao exame do caso do que um juiz togado; as regras processuais são mais flexíveis no procedimento arbitral; e, por fim, podem ser eleitos árbitros que disponham de conhecimento técnico acerca do conflito, o que facilitará o deslinde do litígio, pela melhor compreensão da matéria (LEMES, 2007, p.175-176).

Em regra, a decisão arbitral será proferida no prazo convencionado pelas partes (art. 23, caput, da Lei nº 9.307/1996). No entanto, caso não haja previsão sobre o prazo de prolação da sentença, ela deverá ser apresentada pelos árbitros em seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

²³ SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/638/pdf>. Acesso em 08/08/2018.

Destaca-se, nessa questão, a peculiaridade de as partes serem autorizadas a prorrogar o prazo inicialmente estipulado para a entrega da sentença, desde que tal alteração seja realizada em comum acordo, conforme previsão do art. 23, §2º da Lei nº 9.307/1996, com a redação alterada pela Lei nº 13.129/2015. Por outro lado, a sentença arbitral que for proferida após o prazo estabelecido será invalidada (art. 32, VII da Lei nº 9.307/96). Tal dispositivo se justifica em função dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Observa-se que a Lei de Arbitragem criou mecanismos hábeis para determinar, com precisão, o termo final para a prolação da decisão arbitral, alinhando o procedimento à garantia constitucional que assegura a todos a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Portanto, a previsibilidade em relação à prolação da decisão se apresenta como elemento favorável à eleição da via arbitral, que, em comparação ao processo estatal, ainda se destaca pela regra da irrecorribilidade²⁴.

Mesmo diante desses benefícios, a utilização da arbitragem no setor público ainda é dificultada por alguns obstáculos. Não é incomum que o Tribunal de Contas da União vede a inserção de cláusulas arbitrais nos contratos celebrados no âmbito federal, geralmente sob o argumento da indisponibilidade do interesse público. Ainda, outros óbices como a forma de escolha das câmaras arbitrais e dos próprios árbitros (haveria necessidade de licitação?) são também levantados como eventuais obstáculos ao uso da arbitragem pela Administração Pública.

Importante passo para a superação das desconfianças sobre a arbitragem no setor público foi dado com a Lei n. 13.129/2015, como já discorrido em tópico anterior. Novos avanços se deram com a Medida Provisória nº 752/2016, convertida na Lei nº 13.448/2017, que traz a previsão da arbitragem em seu art. 31:

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

²⁴ SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/638/pdf>. Acesso em 08/08/2018.

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 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.

Da leitura do artigo se depreende que as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que ela trata, após decisão definitiva da autoridade competente e apenas quanto aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

Trata-se de importante previsão a propósito da arbitrabilidade objetiva em contratos de concessão, já que a Lei nº 13.129/2015 tratou apenas da arbitrabilidade subjetiva, ao autorizar a adoção de tal expediente em contratos de que o Poder Público é parte; proibir a utilização da arbitragem por equidade quando uma das partes for a Administração Pública; e impôs a observância do princípio da publicidade, em atendimento ao disposto no art. 37, caput, da CF.

O grande avanço da Lei nº 13.448/2017, no que diz respeito à arbitragem, foi asseverar que se consideram controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para os seus fins: 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 (art. 31, §4º).

Importante notar que o item (iii) abarca também as obrigações que resultem de sanções pecuniárias impostas ao particular pelo Poder Público. Entretanto, deve-se esclarecer que, neste caso, não ocorreria necessariamente a usurpação da

competência de aplicação de sanção administrativa, pois a prerrogativa da Administração Pública não é discutida. O exercício da autoridade não é arbitrável, mas sim os valores envolvidos ou mesmo a validade do ato administrativo.

Verás²⁵ pondera que é possível que, mesmo com a previsão clara e expressa da Lei, o TCU crie empecilhos para aceitação da resolução dos conflitos por meio da arbitragem:

É de se destacar que tais arbitragens terão que enfrentar o atual posicionamento do TCU sobre o tema. Cite-se, por exemplo, o entendimento veiculado pelo Plenário da Corte de Contas, por meio do Acórdão no 2.573/2012, proferido nos autos de Acompanhamento de outorga para concessão de Rodovia BR-101/ES/BA, em que a unidade técnica daquele tribunal propôs, em essência, que: (i) a arbitragem contrariava a competência da ANTT no art. 24, inciso VII, da mesma lei, de proceder à revisão e reajuste tarifário; (ii) “a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público”, e no caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse”.

Tenho para mim que tal julgado não apresentará óbice à instauração de arbitragem no que toca ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de rodovia que se submetam ao regime do PPI. Em primeiro lugar, porque tal dispositivo dispõe apenas sobre reajuste e revisão tarifária, que se tratam de, apenas, duas das possibilidades de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, mas não as únicas. É que o contrato de concessão de rodovia poderá ser reequilibrado, também, mediante: (i) a extensão do contrato de concessão; (ii) o pagamento à concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de o valor equivalente à perda de receita; (iii) da modificação de obrigações contratuais da concessionária previstas no próprio Fluxo de Caixa Marginal; ou (iv) do estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.

Portanto, me parece que tal óbice só incidiria se se tratasse de restabelecimento do reequilíbrio, por meio de reajuste e de revisão tarifária, e não de todas as outras formas de manutenção das bases econômicas da avença. Porém, ainda assim, não se pode olvidar do disposto no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, de acordo com o qual “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. É o caso. A Lei nº 13.334/ 2016 revoga, por incompatibilidade, interpretação que interditaria a instauração de arbitragem com base na competência da ANTT para realizar o reajuste e a revisão das tarifas, pois que, expressamente, inclui o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos no espectro da arbitralidade objetiva.

²⁵ As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. Disponível em:<
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 30/07/2018.

Assim como na reforma da Lei de Arbitragem, esta norma inova pontualmente, mas ainda deixa diversas lacunas que, na prática, pode impedir a produção dos resultados aguardados. Tanto é verdade que o governo já anunciou que editará um regulamento para viabilizar a execução desta Lei.

3.5 DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.448/2017

Desde o processo de aprovação e edição da MP nº 752/2015, passando pela conversão desta na Lei nº 13.448/2017, os institutos da prorrogação e relicitação eram alvo de divergências. Mesmo sendo tão recente, a referida Lei já teve a sua constitucionalidade questionada.

3.5.1 ADI nº 5.684/DF

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 31/03/2017, com pedido de medida cautelar, pela Frente Nacional Pela Volta das Ferrovias – FERROFRENTE e pela Federação das Associações de Engenheiros Ferroviários – FAEF contra a Medida Provisória nº 752/2016, convertida na Lei nº 13.448/2017.

De acordo com a inicial (e emenda), haveria inconstitucionalidade formal da medida provisória, em razão do não preenchimento dos requisitos de urgência e relevância (Constituição, art. 62). Também foi arguida a inconstitucionalidade material dos arts. 4.º, II; 5.º; e 6.º, §§ 1º e 2.º, I, da Lei 13.448/2017, por ofensa à regra da licitação (Constituição, art. 37, XXI), sob o fundamento de que a prorrogação antecipada dos contratos é favorável às concessionárias sem o correspondente benefício ao interesse público; do art. 6.º, §2.º, II da mesma Lei, por suposta ofensa ao art. 37 da Constituição, por possibilitar a prorrogação de contratos sem exigir o cumprimento das metas de produção e de segurança em todo o período contratual; do art. 25, §1º da mesma Lei, por ofensa ao art. 37 da Constituição, em razão da desativação de trechos ferroviários sem prévio inventário, avaliação e autorização legislativa; e do art. 25, §3.º a 6.º da Lei 13.448/2017, por ofensa ao art. 37 da Constituição, posto que autoriza a extinção de contratos de arrendamento dos bens vinculados aos

contratos originais de concessão, com transferência dos bens aos contratados sem licitação e sem autorização legislativa.

Houve manifestação da PGR em 13/08/2018, defendendo preliminar de ilegitimidade ativa dos autores, em razão de não possuírem as entidades homogeneidade em sua composição e não demonstrarem abrangência nacional. No mérito, opina pela inconstitucionalidade material, nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 752/2016. LEI 13.448/2017. AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE DAS CATEGORIAS REPRESENTADAS PELA AUTORA. NÃO REPRESENTAÇÃO DA CLASSE NA SUA TOTALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA ABRANGÊNCIA NACIONAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO CONFEDERAÇÃO SINDICAL NA FORMA DA LEI. ILEGITIMIDADE ATIVA DAS AUTORA. MÉRITO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE FERROVIAS. PREVISÃO DE REQUISITOS OBJETIVOS MAIS BRANDOS PARA A PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA RAZOABILIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO SEM FORMALIDADES E SEM POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO. MALTRATO À FACETA ECONÔMICA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS PELAS CONCESSIONÁRIAS NAS MALHAS DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA À REGRA DA LICITAÇÃO.

1. A FERROFRENTE não possui homogeneidade na sua composição, não representa a totalidade das categorias profissionais e não demonstrou a sua abrangência nacional. Não se enquadra, portanto, como entidade de classe de âmbito nacional, para fins de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.

2. A FAEF é uma federação de associações de engenheiros e de técnicos ferroviários. A heterogeneidade na composição da federação inviabiliza o seu enquadramento como entidade de classe. A autora, ademais, não demonstrou a sua natureza de confederação sindical, nos termos da lei. Diante disso, configurada está a ilegitimidade ativa da FAEF, nos termos da manifestação da AGU.

3. O estabelecimento de requisitos objetivos mais brandos para sanear e permitir a prorrogação antecipada de contratos de concessão notoriamente ineficientes ofende os princípios da eficiência, da razoabilidade, da impessoalidade e da moralidade. A prorrogação antecipada, nos termos permitidos pela Lei 13.448/2017, no tocante aos contratos de concessão de ferrovias, ofende, ainda, a regra da licitação e o princípio da competitividade.

4. A previsão de extinção de contratos de arrendamento de bens vinculados aos contratos de concessão originais, sem a determinação de prévio inventário dos bens transferidos sem ônus aos contratados, aliada à possibilidade de livre disposição do referido patrimônio, representa verdadeira doação de bem público sem qualquer formalidade e sem possibilidade de fiscalização. A circunstância configura maltrato à faceta econômica do princípio da moralidade.

5. A não impugnação de todo o complexo normativo referente à

desativação de trechos ferroviários sem prévia autorização legislativa impede a análise do fundamento apresentado pelas autoras no tocante à suscitada inconstitucionalidade do art. 25-§1.º da Lei 13.448/2017.

6. O art. 25-§1.º e, conseqüentemente, o art. 30-§2.º da Lei 13.448/2017, que permitem a realização de investimentos pelas concessionárias nas malhas de interesse da administração pública, afrontam o art. 37-XXI da Constituição, que impõe ao Estado a contratação de obra pública, como regra, mediante prévia licitação pública. Parecer pelo não conhecimento da ação direta. No mérito, a Procuradora-Geral da República manifesta-se pela procedência parcial do pedido.

Em 05/09/2018 foi publicada decisão monocrática, não conhecendo da Ação, por ilegitimidade ativa. Houve recurso, pendente de julgamento até o presente momento.

3.5.2 ADI nº 5.991

Em 13/08/2018 a Procuradoria Geral da República ingressou com a Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.991, com pedido de medida cautela, alegando que a Lei nº 13.448/2017 contém dispositivos que contrariam os princípios constitucionais da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade, além de violar a regra da licitação e comprometer a qualidade dos serviços oferecidos à sociedade.

Segundo a inicial²⁶, os dispositivos dotados de inconstitucionalidade material seriam: art.6º, §2º, II; art. 25,§1º e §§ 3º e 5º; e art. 30, §2º.

Segundo o site oficial da PGR²⁷, os requisitos previstos na lei seriam insuficientes para assegurar a prestação de serviço adequado pelas concessionárias, causando prejuízo ao interesse público e aos usuários do transporte ferroviário. Os requisitos objetivos para a prorrogação antecipada favoreceriam as concessionárias que não lograram executar corretamente e com eficiência o contrato de concessão.

Outro ponto arguido como potencialmente lesivo à qualidade do transporte ferroviário nacional foi a suposta redução q do conceito de serviço adequado, pois desconsideraria uma série de fatores, como regularidade, continuidade, eficiência,

²⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/inicial-adi-contratos-setor-ferroviario.pdf>>. Acesso em: 30/08/2018.

²⁷ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/lei-que-autoriza-prorrogacao-de-concessoes-ferroviarias-sem-criterios-adequados-e-inconstitucional-afirma-pgr>>. Acesso em: 15/08/2018.

segurança, atualidade e cortesia dos serviços prestados ao longo dos vários anos da concessão, além do valor das tarifas impostas aos usuários.

Para a Procuradora Geral Raquel Dodge²⁸, a nova lei, limita a análise ao cumprimento de metas de produção e segurança, considerando apenas três dos últimos cinco anos de execução contratual ou, alternativamente, o cumprimento apenas da meta de segurança, considerados quatro dos últimos cinco anos de prestação do serviço. Contraditoriamente, a Lei teria alterado exatamente os critérios e conceitos que, nos termos do contrato vigente, constituem condicionantes para a concessionária pleitear justamente a prorrogação contratual na forma originalmente pactuada.

Outra preocupação diz respeito a um alegado risco de dilapidação do patrimônio da União, por meio de doação indevida de ativos operacionais, móveis e imóveis, às atuais concessionárias, sem o respeito às formalidades legais necessárias. Isso porque estaria previsto na Lei a extinção dos contratos de arrendamento desses ativos, com a respectiva transferência não onerosa dos bens operacionais e não operacionais ao contratado, sem exigir prévio inventário dos bens transferidos.

A inicial contextualiza o caso, aduzindo que os primeiros contratos de concessão de ferrovias foram firmados na década de 1990, em momento de elevada incerteza, crise fiscal e sem o acompanhamento de instituições regulatórias. Os contratos de concessão no Brasil teriam vasto histórico de descumprimento contratual, dilapidação do patrimônio público e desrespeito ao interesse público, principalmente em razão: i) das limitações dos contratos; ii) da negligência das concessionárias; e iii) da fragilidade do processo licitatório.

Ainda, o instituto da prorrogação teria o efeito reverso do pretendido no mercado, nos termos proposto pela Lei. A suposta ofensa à regra da licitação e ao princípio da competitividade afastaria potenciais interessados em prestar o serviço. Na prática, significaria um elemento de incerteza, comprometendo o ambiente concorrencial, em um cenário econômico já bastante desfavorável para a realização de investimentos na infraestrutura de transportes. Sobre o tema, é citado trecho interessante do Parecer nº 1/2017-CMMPF 752/2016:

²⁸ Idem.

A prorrogação antecipada teria, na verdade, dois impactos complementares sobre o investimento. Primeiro, em troca da antecipação da prorrogação, o concessionário se comprometeria com um programa de investimentos, no caso das ferrovias, inexistente à época da assinatura do contrato. Segundo, assegurando a manutenção dos direitos de propriedade sobre os ativos por mais tempo, o concessionário ganha a certeza de que irá poder se beneficiar ele próprio dos lucros esperados com tal investimento. A incerteza quanto à compensação ao final da concessão sempre gera uma tendência a que os concessionários reduzam sua atividade de investimento quanto mais próximo do final da concessão, quando os ativos poderão ser revertidos à União no caso de não prorrogação. Ora, dada a situação macroeconômica atual e as carências logísticas, a ocorrência desse fenômeno da contenção do investimento no período final das concessões ferroviárias seria desastrosa para o País. Apenas a medida provisória em análise pode impedir que essa tendência natural se materialize.

Para a PGR, então, a Lei teria o intuito de beneficiar a iniciativa privada. Apesar de não condenar a prorrogação antecipada, em si, aduz que, nos termos propostos pela Lei, feriria os princípios constitucionais.

Outro risco, referente tanto à prorrogação quanto à relicitação, estaria na norma do art. 30, §2º que traz a possibilidade da concessionária fazer investimentos em malhas de interesse da União, o que violaria duplamente o dever de licitação, pois alteraria substancialmente o objeto da concessão e transferiria a obrigação de investimento do Poder Público para a concessionária.

Já foram admitidos ao processo os *amici curiae* o Estado de Minas Gerais e o Estado do Pará, a Associação Nacional dos Transportes Ferroviários ANTF e a Associação Brasileira de Infraestrutura e Indústria de Base ABDIB. A ação encontra-se pendente de julgamento, até o presente momento.

3.6 CONSIDERAÇÕES ACERCA À LEI Nº 13.448/2017

Constatada uma crise quase generalizada no país (econômica, da lei, do direito administrativo, do Poder Judiciário), é preciso aceitar a ineficiência do modelo de contratação então vigente, como causa e consequência da própria crise. Nesse ângulo, é válida a tentativa de criar algo novo e que leve em conta a realidade tanto do serviço público, quanto da iniciativa privada.

Feita essa consideração, é preciso mencionar que a norma pode ser um ponto de partida, mas não é suficiente. E, ainda, neste caso, o legislador deixou várias

lacunas e perdeu a oportunidade de avançar em diversos temas como o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou até mesmo na arbitragem.

Uma das grandes críticas que tem sido feita, diz respeito ao art. 14 da Lei nº 13.448/2017, que trata da relicitação e impõe a renúncia de direitos por parte da concessionária:

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

§ 1º Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.

§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:

I - das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;

II - da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

III - de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei;

IV - da renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16 desta Lei;

V - das informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado.

§ 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.

§ 4º Não se aplicam ao contrato de parceria especificamente qualificado para fins de relicitação, até sua conclusão, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, exceto na hipótese prevista no § 1º do art. 20 desta Lei. (destacamos)

Na prática, para que seja instaurado o processo de relicitação, o particular deve, previamente, renunciar a diversos direitos, a exemplo do prazo para caducidade e benefícios de defesa, sem nenhuma garantia. Se a relicitação não for bem sucedida (não houver nenhuma outra empresa interessada, por exemplo), haveria a continuidade do processo de caducidade, num cenário em que o particular teria renunciado a seus direitos, e a provável punição da empresa.

De se questionar, então, qual empresa irá assumir esse risco. Provavelmente, só seria vantagem para uma empresa em situação crítica, de desespero, que já teria como certa a sua punição. Para os outros casos, a solução proposta é totalmente insegura.

Outro ponto questionável é a renúncia ao direito de participar da relicitação. Isso porque a, literalmente, nova licitação, terá condições completamente diferentes, que poderiam ser viáveis para a concessionária que já estaria instalada. Nesse caso, talvez não faça sentido conceder o serviço a outra empresa (sendo que a concessionária atual poderia cumprir os novos termos), com todos os custos e implicações que uma nova instalação enseja.

Então, a finalidade da norma, que é a transição para garantir a continuidade do serviço, provavelmente, não será alcançada da melhor forma.

Vale mencionar, também, que a Lei foi omissa quanto a imprevisão econômica, que é um dos núcleos principais do problema dos contratos de concessão atualmente, já que não se aplica o art. 65 da Lei nº 8.666/1993. Nada foi previsto para solucionar a questão da equação econômica diferenciada dos contratos de concessão, adaptando os direitos dos envolvidos às circunstâncias, sem modificar o objeto do contrato.

Quanto à previsão expressa de arbitragem, conforme abordado anteriormente, a Lei trouxe norma expressa elencando quais são os direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de serem objeto de resolução por meio da arbitragem. Tal previsão representa um avanço do instituto e tem consequência práticas positivas, ao colocar um ponto final nas discussões acerca do tema.

Não obstante, o legislador perdeu a oportunidade de produzir uma norma mais completa e clara. Primeiro, porque, logo no caput do art. 31, é utilizada a palavra “podem”:

As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, **podem** ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (destacamos)

Há uma discussão, inclusive doutrinária, em relação à obrigatoriedade da instauração da arbitragem, quando esta é prevista. Parte considerável, inclusive, entende que tal previsão seria vinculante e compulsória. A forma com que foi redigido o artigo deixa espaço para divergências quanto a este ponto.

Vale mencionar, por exemplo, o posicionamento de César Pereira, em coluna publicada no sítio eletrônico Jota²⁹, fazendo a interpretação de que a norma prevê claramente a arbitragem obrigatória:

A principal novidade neste ponto é o inc. III do art. 15. O dispositivo prevê que o aditivo conterá um compromisso arbitral (art. 9º da Lei no 9.307) “entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei”.

Trata-se de hipótese de arbitragem obrigatória, até então desconhecida no direito brasileiro[3]. O cálculo das indenizações não poderá ser revisto pelo Poder Judiciário, exceto se ambas as partes renunciarem expressa ou implicitamente à arbitragem. Isso impõe às partes que preferencialmente disciplinem, no aditivo, as condições para instauração da arbitragem (escolha de instituição arbitral, por exemplo). Se não o fizerem, ainda assim o art. 15, III, terá as eficácias positiva e negativa da convenção de arbitragem (arts. 4º a 8º da Lei no 9.307)[4]. Excluirá a matéria do conhecimento pelo Poder Judiciário e possibilitará a uma parte suprir a omissão da outra e obter judicialmente a instauração da arbitragem – inclusive, se for o caso, mediante decisão judicial que designe instituição arbitral competente, conforme precedentes do Judiciário paulista.[5] A edição do art. 31 da Lei no 13.448 não impede que a arbitragem do art. 15, III, se desenvolva segundo os critérios gerais da Lei no 9.307 – sem prévia decisão final de autoridade competente ou sem que ocorra o credenciamento de instituições arbitrais. Se o contrato já contiver cláusula compromissória, esta permanecerá vigente e eficaz[6]. Mesmo que haja o aditivo do art. 15, este poderá adotar a câmara já escolhida como idônea pelas partes. Se o Poder Judiciário for chamado a suprir a omissão na

²⁹ Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017>>. Acesso em: 30/08/2018.

escolha bilateral das partes, deverá escolher a câmara já mencionada no contrato ou justificar especificamente a escolha de outra.

O compromisso do inc. III do art. 15 pode ou não incluir outros mecanismos, como mediação. Mas a solução definitiva de qualquer conflito (“questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente”) será obrigatoriamente por arbitragem, exceto se ambas as partes renunciarem à arbitragem.

Outro tema complexo e polêmico que poderia ter sido contemplado pela Lei, diz respeito ao modo de escolha da câmara arbitral e do árbitro. A Lei apenas faz menção a um credenciamento de câmaras arbitrais, no §5º do art. 31: *Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei*, o que, na prática, em nada resolve a questão da escolha.

Outra questão que surge, a partir da leitura do art. 31, é onde seriam resolvidas as controvérsias (principalmente diante da tendência da Administração Pública de redigir contratos bem incompletos)? Nas agências reguladoras, através de arbitragem ou pelo Poder Judiciário? Não se sabe.

Neste ponto, ainda cumpre salientar que, no Brasil, as agências reguladoras integram a própria Administração, muitas vezes são o próprio poder concedente, não se cogitando de neutralidade para resolver divergências. A figura da agência reguladora foi importada dos EUA, onde o serviço público é mínimo, num contexto completamente diferente. É preciso, então, assegurar ainda mais a autonomia dessas autarquias no Brasil, pois já é extremamente contraditório, em muitas situações, o poder concedente ser, ao mesmo tempo, o poder regulatório.

Tanto é incompleta a Lei, que o governo já se pronunciou acerca da imprescindibilidade de se editar regulamento para viabilizar a aplicação dos institutos. Diversas notícias divulgam a iminência da edição desta regulamentação, que até agora não foi feita. Duras críticas têm sido publicadas, no sentido que, após um ano da edição da norma, os resultados são quase nulos:

Completa hoje (5) um ano da lei que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de concessão. Mas, pela falta de regulamentação, a norma ainda não resultou em nenhuma quebra de contrato de forma “amigável”. Enquanto isso, a prestação de serviços essenciais pode ficar em risco, junto a novos investimentos.

“É lamentável que o governo não consiga regulamentar num tempo razoável uma legislação que ele mesmo criou em regime de urgência”, diz o sócio do Vernalha Guimarães & Pereira Advogados, Fernando Vernalha, ao referir-se à Lei 13.448, de 05 de junho de 2017.

Segundo ele, a não regulamentação faz com que as concessões que apresentaram algum desequilíbrio contratual – principalmente as realizadas no Programa de Investimento em Logística (PIL) – deixem de contar com alternativas menos traumáticas, como a relicitação e a prorrogação antecipada, ficando refém de soluções mais prejudiciais como a recuperação judicial – quando factível – ou extinção litigiosa. Isso, para Vernalha, trava os processos e gera prejuízos aos usuários, já que coloca em jogo a continuidade na prestação de serviços.

A minuta do decreto, de acordo com ele, está pronta há algum tempo, mas a publicação está “travada”, devido às divergências internas do governo sobre seu conteúdo.

Além da ausência de capacidade institucional, Vernalha destaca que pode haver falta de interesse. “O governo parece temer uma repercussão negativa da regulamentação perante os órgãos de controle, em um momento de grande fragilidade política e institucional.”

Após o pedido de recuperação judicial do Aeroporto de Viracopos, havia uma expectativa de publicação da regulamentação, mas ainda não ocorreu.

Além da Lei 13.448, as concessionárias da área rodoviária aguardavam a aprovação da Medida Provisória 800, de 18 de setembro de 2017, que tratava a reprogramação de investimentos e duplicações nas rodovias concedidas. Contudo, a mesma caducou em 26 de fevereiro³⁰.

Portanto, muitas das críticas feitas ao novo diploma têm sentido, na medida que a Lei poderia ser mais completa e se preocupar mais com a parte procedimental dos institutos.

3.7 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA RELICITAÇÃO

Apesar de ser extremamente recente, e ainda encontrar diversas dificuldades para ser posta em prática, a Lei nº 13.448/2017 já vem sendo objeto de decisões, tanto no Poder Judiciário, quanto no Tribunal de Contas da União.

3.7.1 MS nº 24.163/DF no STJ

Tratou-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Aeroporto Brasil - Viracopos S.A., contra suposto ato omissivo atribuído ao Conselho do

³⁰ Disponível em: <<https://www.dci.com.br/impresso/lei-das-relicitac-es-faz-um-ano-e-efeito-na-pratica-e-quase-nulo-1.712496>>. Acesso em: 28/08/2018.

Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e ao Diretor Presidente da Agencia Nacional de Aviação Civil (ANAC).

A concessionária afirmou que, afirma que, em razão da notória e grave crise financeira que assolou o país em 2014, viu-se obrigada a requerer a relicitação prevista na Lei 13.448/2017, para que a concessão dos serviços fosse transferida a um novo operador, evitando prejuízos aos usuários e a abertura de eventual processo de caducidade contra a concessionária.

Teria formulado o pleito em 28.7.2017 perante à PPI (para a exigida qualificação prévia de seu contrato) e em 31.7.2017 à ANAC, não obtendo resposta, o que estaria lhe causando enormes prejuízos, principalmente em razão da ANAC ter, paralelamente, instaurado processo de caducidade do contrato de concessão da impetrante, face os descumprimentos obrigacionais.

Em 16/04/2018 foi publicada decisão, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, não reconhecendo a omissão por parte do Ministro de Estado, por não haver norma que impute a prática do ato (principalmente diante da ausência da regulamentação). Permanecendo nos autos autoridades que possuem jurisdição em mandado de segurança na primeira instância (ANAC) e no STF (CPPI, presidido pelo Presidente da República), os autos foram remetidos ao STF:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO DE CONCESSÃO PÚBLICA. AEROPORTO VIRACOPOS. PROCESSO DE RELICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO OMISSIVO ATRIBUÍDO AO MINISTRO DE ESTADO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DECISÃO Trata-se mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Aeroporto Brasil - Viracopos S.A., contra ato omissivo atribuído ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (CPPI), representado pelo Presidente da República, ao Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil e ao Diretor Presidente da Agencia Nacional de Aviação Civil (ANAC) [...] No caso dos autos, a impetração, como visto, volta-se contra ato supostamente omissivo do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), do Ministro dos Transportes, Portos e Aviação Civil e do Diretor Presidente da Agencia Nacional de Aviação Civil (ANAC). A justificar a impetração contra o Ministro do Estado e atrair a competência desta Corte, a impetrante aduz que o artigo 11 da Lei 13.334/2016 dispõe que é do Ministério setorial, no caso o de Transportes, a adoção das providências necessárias à inclusão do empreendimento no âmbito do PPI, cabendo a ANAC, na qualidade de Poder Concedente, avaliar a necessidade, pertinência e razoabilidade do processo de relicitação. Ocorre que, da leitura da referida norma, verifica-se que a prática do ato de classificação de empreendimento no PPI foi atribuída ao Ministério setorial, mas não à figura do Ministro de Estado, senão vejamos: Art. 11. Ao ministério setorial ou órgão com competência para formulação da política setorial cabe, com o apoio da SPPI, a adoção

das providências necessárias à inclusão do empreendimento no âmbito do PPI. Além disso, constata-se que a referida legislação, no seu art. 4º, remete à matéria à regulamentação por Decreto, a qual, porém, ainda está pendente, não havendo, por ora, a definição das atribuições e competências no processo de relicitação. Soma-se a isso o fato de que os pedidos administrativos de qualificação do empreendimento como PPI e de relicitação foram formulados, como afirmado pela própria impetrante, à PPI e à ANAC, e não ao Ministério dos Transportes, sendo certo que o fato da impetrante ter mencionado que a PPI teria encaminhado a demanda ao Ministro de Estado não é suficiente para definir a atribuição deste para a prática do ato atacado. Assim, considerando que a matéria está pendente de regulamentação e que a lei não atribuiu ao Ministro de Estado a prática do ato que se imputa omissão, não há como se afirmar haver ato omissivo a ser atribuído a esta autoridade, de forma que, não estando as demais autoridades apontadas arroladas no dispositivo constitucional acima mencionado, cujo rol guarda a condição *numerus clausus*, afigura-se impositivo reconhecer a incompetência absoluta desta Corte Superior para o processamento e julgamento originário do pedido mandamental. Por conseguinte, remanescendo nos autos autoridades que possuem jurisdição em mandado de segurança na primeira instância (ANAC) e no STF (CPPI, presidido pelo Presidente da República), devem os autos ser remetidos à Corte Suprema, a quem caberá examinar a referida legitimidade. Isso posto, extingo o processo, sem julgamento de mérito, em relação ao Ministro de Estado (arts. 212 do RISTJ, 10 da Lei 12.016/2009 e 485, VI, do CPC/2015) e determino a remessa do feito ao STF (art. 64, § 3º, do CPC) [...] (STJ - MS: 24163 DF 2018/0064788-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 16/04/2018)

Logo depois, em 25/04/2018 foi homologada a desistência do Impetrante da ação mandamental.

3.7.2 TC nº 034.459/2017-0

Trata-se de Solicitação do Congresso Nacional, formalizada mediante o Ofício 276/2017/CFFC-P, de 30/11/2017, por meio do qual o Exmo. Sr. Deputado Wilson Filho, presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC), ao TCU da realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para examinar possíveis irregularidades no contrato de concessão firmado entre a União e a Concessionária BR-040 S.A. (Via 040).

Em seu acórdão, o TCU reconhece a necessidade e determina o acompanhamento do processo de relicitação:

Outrossim, as informações colhidas pela SeinfraRodoviaAviação indicam que o processo de relicitação da rodovia, no qual será analisado o cumprimento das obrigações da concessionária, está em estágio inicial.

Portanto, mostra-se pertinente realizar o acompanhamento do processo de relicitação, nos termos do art. 241 do Regimento Interno do TCU, com o intuito de atender à demanda da solicitante.

[...]

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional, formalizada mediante o Ofício 276/2017/CFFC-P, de 30/11/2017, por meio do qual o Exmo. Sr. Deputado Wilson Filho, presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC), requer a realização de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres, mem virtude de supostas irregularidades na concessão da BR 040;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente solicitação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 38, inciso I, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do RITCU e 4º, inciso I, alínea b, da Resolução – TCU 215/2008;

9.2. determinar à Seinfra Rodovia Aviação que realize acompanhamento, nos termos do art. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 241, do Regimento Interno do TCU, junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com objetivo de avaliar os principais descumprimentos contratuais no contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG e medidas tomadas pelo poder concedente, em especial as tratativas para relicitação do trecho concedido, a fim de atender à presente solicitação no prazo de 180 dias a contar de 7/12/2017;

9.3. dar ciência deste acórdão, acompanhado da instrução à peça 6, ao presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, nos termos da minuta de aviso inserida no módulo “Comunicações” do e-TCU, informando-lhe que, tão logo sejam concluídos os trabalhos de fiscalização, ser-lhe-á dado conhecimento dos resultados e das medidas adotadas pelo Tribunal.

3.7.3 TC nº 031.985/2016-5

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis vícios na condução das concessões rodoviárias a cargo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), especificamente relacionadas à inserção de novos investimentos nos respectivos contratos sem licitação, à postergação e à supressão de investimentos originalmente pactuados, com conseqüente ônus para os usuários das rodovias e para a sociedade.

A inicial narra os indícios, fazendo menção a: i) desempenho altamente insatisfatório das concessionárias, com o descumprimento de cláusulas contratuais relacionadas a realização de investimentos; ii) inclusão indiscriminada de investimentos novos nos contratos; iii) incompatibilidade com o interesse público da prorrogação dos contratos licitados na 1ª etapa do programa de concessão de rodovias federais; e iv) casos

concretos de vícios identificados em processos no TCU relacionados ao tema (TC 014.689/2014-6, TC 023.204/2015-0 e TC031.581/2015-3).

Houve concessão de medida cautelar, determinando à ANTT que se abastivesse de firmar novos termos de aditamento que viabilizem a prorrogação ou qualquer tipo de extensão de vigência do prazo do contrato de concessão da Concepa (Rodovia BR-290/RS, Trecho Osório - Porto Alegre - Entr. BR-116), salvo pelo prazo necessário à realização de nova licitação, em até vinte e quatro meses, em atenção ao que disciplina o art. 32 da Lei 13.448/2017, desde tal medida seja acompanhada de redução na tarifa de pedágio em razão da devida amortização dos investimentos ao longo da execução contratual.

Voto interessante do Ministro Relator João Augusto Ribeiro Nardes, destaca a insegurança na aplicação da Lei nº 13.448/2017:

Em virtude da mencionada falta de posicionamento recente do TCU sobre a questão central deste processo, entre outros motivos, a alternativa encontrada pela unidade técnica, em sua proposta, foi impor condições à atuação da ANTT, de forma genérica, a fim de que se abstenha de autorizar aditivos que: a) desvirtuem o objeto; b) abranjam obras cujas execução já seriam ou poderiam vir a ser obrigações contratuais das concessionárias em função do aumento do tráfego ou da necessidade de manutenção do nível de serviço; e c) mantenham as condições efetivas das propostas originalmente formuladas.

Especificamente no tocante à condição descrita na alínea “a” retro – permitindo-me tangenciar a questão de fundo –, a Lei 13.448/2017 dispôs sobre a possibilidade de alterações dos contratos, mas não estabeleceu os limites para tanto, senão para afastar os 25% e 50% permitidos pela Lei 8.666/1993 (§§ 1º e 2º do art. 65 da Lei no 8.666/1993).

À primeira vista, tenho a impressão de que somente a análise dos casos concretos, por meio da formação de precedentes, delinearão com segurança as margens de atuação da autarquia reguladora no que se refere à aprovação de modificações nos programas de investimentos das concessões.

Na forma da determinação sugerida pela unidade técnica e consentida pelo representante, de viés abrangente e generalista, a avaliação do cumprimento da medida cautelar não prescindiria do aprofundamento da matéria em locus específico, para cada contrato ou processo constituído para cada finalidade.

Logo, a possível concessão de medida cautelar, neste feito, após investigação mais aprofundada acerca da presença do periculum in mora, teria efeito incidental sobre os demais processos em curso neste Tribunal e outros que venham a ser autuados a partir do cumprimento da providência saneadora pela unidade técnica. Nessa hipótese, o presente processo poderia ser extinto, sem resolução de mérito.

Por fim, a título de informação afeta ao contrato referente à BR-101/ES/BA, notícia publicada no dia 12/9/2017, no jornal “A Gazeta” do Espírito Santo,

sugere que a ANTT teria recusado a primeira proposta de repactuação oferecida pela concessionária ECO 101. Na mesma matéria, informa-se que, em caso de aceitação pela agência, o contrato só seria assinado após manifestação do TCU e discussão dos termos da minuta em audiências públicas. Esses fatos poderão ser confirmados pela SeinfraRodoviaAviação em resposta à diligência já expedida à agência reguladora. (grifo nosso)

3.8 DA NECESSIDADE DA MUDANÇA NA CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL

No Brasil, o paradigma que sempre prevaleceu foi a crença segundo de que o Estado agiria em substituição à vontade das partes para dirimir os conflitos de interesse. Com o advento de diversas leis esparsas e, mais atualmente, do Novo CPC (Código de Processo Civil), da reforma da Lei de Arbitragem e da Lei de Mediação, parece que tal crença começa a ceder espaço a uma nova visão dialógica do Direito, com a valorização da vontade das partes e da celeridade e efetividade das decisões.

É exatamente em cenários como o que se vive hoje no Brasil, que se identifica com mais clareza a necessidade em se implementar os métodos chamados “alternativos” de resolução de conflito. Aliás, a própria nomenclatura “alternativa” já demonstra a excepcionalidade da utilização destes instrumentos.

Quando muito, se associa a ideia de arbitralidade a contratos internacionais, de extrema complexidade técnica. A difusão da resolução consensual de conflitos ainda encontra muita resistência dos que defendem uma dita contradição com a inafastabilidade do poder judiciário, legalidade, indisponibilidade do interesse público, etc.

Enraizado na doutrina nacional como um dos pilares do direito administrativo, a indisponibilidade do interesse público era, possivelmente, o principal obstáculo à adoção da arbitragem no seio da Administração Pública. A ideia de entregar o destino da coisa pública, por contrato, a árbitros privados, parecia assustadora e insegura.

A dúvida maior que persiste é se os marcos regulatórios aqui citados serão capazes de, na prática, proporcionar ampliação e fomentar, efetivamente, a utilização da arbitragem pelo Poder Público. Ou, como no caso da Lei nº 13.448/2017, se haveria a necessidade de regulação mais intensa no âmbito da Administração Pública, com

a regulamentação do tema, por decreto, de modo a disciplinar pormenorizadamente a atuação das partes.

O fato é que, a evolução tem sido lenta, e as alterações verificadas no cenário normativo, ao longo dos últimos anos, até o presente momento, não repercutiu em um aumento significativo no número de arbitragens envolvendo os entes estatais.

A aprovação da Lei nº 13.129/2015 representa, sem sombra de dúvida, um grande avanço, assim como as normas de arbitragem da Lei nº 13.448/2017, existem, no entanto, inúmeros desafios a serem enfrentados. E a regulamentação do uso da arbitragem, por decreto administrativo, com a definição de regras claras sobre o assunto e o oferecimento de incentivos para a sua adoção, parece ser o núcleo do problema e absolutamente indispensável para superá-los.

Da análise da doutrina e decisões aqui expostos, pode se destacar alguns dos desafios a serem enfrentados, a citar: ausência ou morosidade na regulamentação, ausência de incentivos, falta de recursos financeiros, falta de treinamento e resistência cultural, em especial das organizações públicas.

Em interessante sistematização, Gustavo Schmidt³¹ elenca os entraves à implantação das vias consensuais de resolução de conflitos:

- (i) insegurança jurídica, fruto da ausência de um marco regulatório claro e da ausência de parâmetros normativos mínimos para a atuação dos agentes públicos;
- (ii) inexistência (ou deficiência) de políticas públicas e de programas de governo voltados para fomentar, de forma eficaz, o uso das ADRs para a resolução de conflitos com a Administração Pública; e
- (iii) resistência, no âmbito dos entes administrativos, às mudanças culturais e de hábitos na condução de suas relações com a esfera privada.

O mesmo autor ainda destaca que no Brasil, o uso da arbitragem nos litígios que envolvam o Estado assume contornos ainda mais dramáticos, por exigir a quebra de paradigmas há muito consolidados na cultura do direito administrativo e na própria administração pública brasileira. Some-se a isso o ranço autoritário entranhado no aparato estatal, muitas vezes de forma camuflada, fruto da própria formação histórica do Estado brasileiro.

³¹ A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf>>. Acesso em: 28/07/2018.

Portanto, deve se ter em mente que as soluções consensuais não se prestam apenas para desafogar o judiciário, mas para transformar toda uma cultura baseada no autoritarismo e no litígio.

Essa cultura é observada desde as faculdades, onde o estudante passa anos estudando processo e recurso, mas sequer aprende a fazer um acordo, buscar uma arbitragem ou mediação. Nesse aspecto, o Brasil ainda está extremamente atrasado. A mudança é ainda mais urgente na Administração Pública, que ainda precisava se convencer e diligenciar a implantação de uma rotina de autocomposição em sua relações.

Muito se fala em celeridade quando se pensa em arbitragem ou mediação, mas uma vantagem igualmente importante é qualidade das decisões

Some-se a isso, deve haver também uma mudança na cultura dos contratos, para que o instrumento seja elaborado de modo a retratar efetivamente a vontade das partes, bem como a forma de resolução de eventuais conflitos.

O correto emprego de métodos alternativos para a resolução de disputas entre particulares e a Administração Pública, pode tornar mais equilibrada a relação entre as partes. Rompe com o dogma da verticalização das relações administrativo-contratuais.

Disso se vê, claramente, que a mera autorização legislativa, conforme prevista na Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, é insuficiente para viabilizar a expansão do uso das ADRs, sobretudo do instituto da arbitragem, nos conflitos envolvendo o setor público. O efeito da aprovação dos diplomas prevendo a arbitragem continuará sendo ínfimo, se não vier acompanhado da adoção de medidas concretas de fomento a uma nova cultura de uso dos métodos alternativos de resolução de disputas pelo Poder Público. E tais medidas devem, necessariamente, levar em consideração as práticas arraigadas na burocracia estatal, para que se possa almejar algum grau de sucesso na sua implementação.

4 CONCLUSÃO

Em meados de 2014 instalou-se no Brasil a pior crise econômica da história. Os motivos da recessão envolvem desde o mercado externo à má gestão do governo e escândalos de corrupção sem precedentes. O fato é que a crise pela qual passa o país não se limita à esfera econômica, mas também paira sobre os Poderes e as instituições, afetando diretamente a relação do Estado tanto com os investidores externos, quanto com seus administrados.

No âmbito da Administração Pública, tem-se observado especial dificuldade na execução dos contratos administrativos e na atração de investimentos externos, principalmente nos setores de transporte (rodovias, ferrovias e aeroportos). Uma breve análise histórica demonstra o momento de questionamento quanto às bases do direito administrativo brasileiro, fundado em dogmas de autoritarismo e imposição de decisões.

A necessidade de adaptar o texto constitucional às novas políticas, em especial a de desestatização, levou à edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, que constitucionalizou a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública, objetivando promover a prestação do serviço público de forma mais célere, eficaz e satisfatória.

Com a constitucionalização do princípio eficiência como norteadora da Administração Pública, surge para o Poder Público o dever de garantir os serviços públicos à população de forma contínua, célere, eficaz e satisfatória.

A nova Administração Pública Gerencial é fruto direto da globalização, democratização e das novas formas de se relacionar da atual sociedade global e democrática. Os esforços se voltam à resolução de problemas concretos, por meio da análise contextualista dos fatos, distanciamento dos dogmas e revisão dos princípios, e grande preocupação com os resultados das políticas públicas.

Com a urgência de restabelecer a segurança jurídica e reconquistar a confiança dos investidores estrangeiros, foi editada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu alterações pontuais, mas relevantes à Lei nº 9.307/96. Pode-se dizer que a estrutura e substância da Lei anterior (de Arbitragem) foram mantidas, ao passo que foram incorporadas conquistas da jurisprudência e ensinamentos do direito comparado.

Justamente com o objetivo de viabilizar projetos de infraestrutura de alta prioridade para o país, num ambiente mais previsível, planejado, transparente e estável, que foi editada a Lei nº 13.334/2016, criando o Programa de Parceria de Investimentos – PPI.

O Programa de Parcerias de Investimentos, então, teve início num cenário de grave crise econômica, desemprego, gargalos de infraestrutura travando o crescimento e baixa qualidade nos serviços prestados à população. Desde o início foram identificados como desafios a lentidão e ineficiência dos investimentos públicos, assim como a burocracia e falta de coordenação nos processos de concessão.

Nesse ambiente de crise, mas também de questionamentos, desconstruções e reconstruções, que surge a discussão acerca da conveniência das decisões consensuais.

Logo após, foi editada a Medida Provisória nº 752/206, convertida na Lei nº 13.448/2017, que previu os institutos da prorrogação dos contratos de concessão e da relicitação, e ainda tratou da resolução dos conflitos surgidos a partir dos contratos de concessão através da arbitragem, definindo expressamente os direitos patrimoniais disponíveis que são arbitráveis.

Da análise histórica, é possível estabelecer uma relação entre o ambiente de crise institucionalizada e a tentativa de resolução consensual dos conflitos como resposta do governo. No entanto, apenas a edição de leis não é suficiente, se não houver uma reconstrução da relação entre o Estado e a sociedade, associada a uma mudança na cultura do litígio.

Ocorre que pouco tem sido feito pelos governantes para viabilizar a aplicação das normas de arbitragem, que, no caso da Lei nº 13.448/2017, se encontra pendente de regulamentação e que, mesmo após um ano de sua publicação, ainda não conseguiu produzir grandes efeitos.

No Brasil, o paradigma que sempre prevaleceu foi a crença segundo de que o Estado agiria em substituição à vontade das partes para dirimir os conflitos de interesse. O ambiente de crise é de grande dificuldade para todos: Estado, empresas e população, mas é inegável que é um momento propício para enxergar com clareza as ineficiências e reconstruir novas bases.

Enquanto não for promovida uma mudança cultural do Brasil, com a devida regulamentação e medidas concretas de fomento, o efeito da aprovação dos diplomas prevendo a arbitragem continuará sendo ínfimo, e o ambiente continuará sendo de insegurança e hostil aos investimentos estrangeiros. E as medidas a serem implementadas devem, necessariamente, levar em consideração as práticas arraigadas na burocracia estatal, para que se possa almejar algum grau de sucesso na sua implementação.

A mudança cultural e de comportamento no setor público brasileiro é o passo mais importante, na medida em que o desenvolvimento da infraestrutura pressupõe um ambiente de negócios pautado pela confiança, por relações cooperativas e não adversariais.

Em especial no caso de relações contratuais duradouras, como são os contratos de concessões, o êxito estará, naturalmente, ligado à solidez da parceria, aos elementos de colaboração e comportamentos lastreados na confiança e na dinamicidade. O problema é que isso não se impõe por Lei ou decreto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Flávio. Programa de parcerias de investimentos – PPI e o direito da infraestrutura. **Revista eletrônica da PGE/RJ**. Disponível em: <<http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NjU%2C>>. Acesso em 02/08/2018.

BARROSO, Luis Roberto. A hora e a vez do Poder Judiciário. *In: Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, tomo IV, p. 572.

BINENBOJM, Gustavo. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 501.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

CAVALCANTE, Márcio Lopes André. **A Lei 13.448/2017 e o instituto da relicitação**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/a-lei-134482017-e-o-instituto-da.html>>. Acesso em: 08/08/2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem do Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação** – v. 50 (julho-setembro 2016)

PEREIRA, César. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017>>. Acesso em: 30/08/2018

REALE, Miguel. **Crise da Justiça e Arbitragem**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigo/justaerb.htm>>. Acesso em: 02/08/2018

SCHMIDT, Gustavo. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf>>. Acesso em: 28/07/2018.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. **Revista de Direito Administrativo e Gestão**

Pública. Disponível em: < indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/638/pdf>. Acesso em 08/08/2018

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação – RARB**, v. 50 (julho-setembro de 2016).

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

VERAS, RAFAEL. **As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão**. Disponível em:< <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 30/07/2018