

Direito Administrativo II:

Concessões e permissões de serviços públicos



PROF. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), agosto de 2018.

Sumário de aula

1. Aspectos históricos e contextuais das concessões.

- I. Serviços Públicos.
- II. Justificativa econômica para a atribuição de competência ao Estado para a prestação de serviços públicos
- III. Polêmica contemporânea: o caso UBER

2. Concessões e permissões de serviços públicos

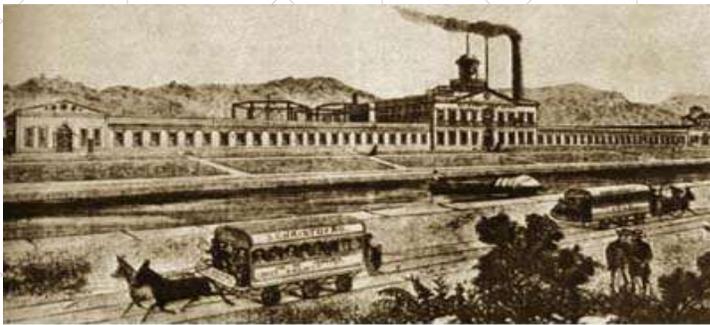
- I. Fundamento Constitucional
- II. Fundamentos Legais
- III. Concessões
- IV. Permissões

3. O regime jurídico da Lei Federal nº 8.987/1995

- I. Panorama geral
- II. Plurilateralidade do Contrato de Concessão
- III. Principais características
- IV. Principais diferenças aos Contratos Administrativos
- V. Principais vantagens
- VI. Riscos na Concessão
- VII. Mutabilidade dos Contratos de Concessão
- VIII. Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro
- IX. PPI
- X. Arbitragem

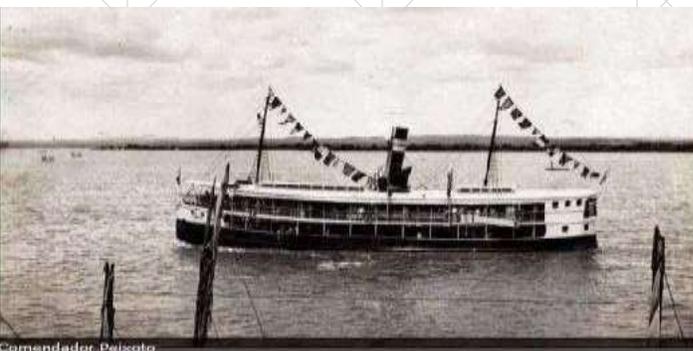
Aspectos Históricos e Contextuais das Concessões

Capitanias Hereditárias – Século XVI	Decretos imperiais (nº 34, de 26 ago. 1833; de 30 de junho de 1835; 24/1835; 101/1835)	Barão de Mauá – Companhia de Gás e Iluminação do RJ (1851); Estrada de ferro de Petrópolis (1852), de Santos-Jundiá (1855), cabo submarino para telégrafos (1872)	Constituição de 1934 – Ordem Econômica e Social – Declínio das concessões	Constituição Federal de 1988	1990 Reabertura econômica a setores privados – Reforma Gerencial do Estado – Lei 8.987/95	Lei Federal 11.079/2004 – Parcerias público-privadas (PPPs)	Plano de Parcerias de Investimento (Lei Federal nº 13.334/2017) e Prorrogação dos contratos de parceria (Lei 13.448/17_
--------------------------------------	--	---	---	------------------------------	---	---	---



A fábrica de gás do Rio de Janeiro, século XIX.

Pedra fundamental da Estrada de Ferro de Petrópolis



Barco a vapor no Rio São Francisco

Criação da Petrobrás – contra os contratos de risco



I. Serviços Públicos

- ❑ “Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o serviço público.” (TÁCITO, 1997, p. 637)

Escola do Serviço Público: a satisfação das necessidades comuns aos homens é o propósito do Estado (solidariedade social) e fundamento do direito – León Duguit.

→ Atualmente: distinção em relação ao poder de polícia e funções públicas (legislativo e jurisdicional)

Aspecto formal

“Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público [...] O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para a sua prestação direta ou indireta [...]” (MEIRELLES, 1999, p. 298)

Aspecto material

“Somente se pode qualificar como serviço público o fornecimento de **utilidades essenciais à realização da dignidade da pessoa humana.**” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 31).

Definição da doutrina

“Daí a nossa definição de serviço público **como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.**” (DI PIETRO, 2014, p. 107)

“De modo geral, todos os pensadores pátrios acentuam que serviço público consiste na prestação, sob regime de direito público, de utilidades essenciais, fruíveis individualmente pelos integrantes da comunidade.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 20)

II. Justificativa econômica para a atribuição de competência ao Estado para a prestação de serviços públicos



- **Essencialidade do serviço público** (satisfação de uma necessidade essencial à vida dos indivíduos)
- **Monopólio econômico natural** (quando é absolutamente inviável a competição ou quando a consequência provável de uma competição neste setor é a sobrevivência de apenas um prestador dos serviços: é mais vantajoso ao usuário que o serviço seja prestado por um único prestador do que em regime de competição)

II. Justificativa econômica para a atribuição de competência ao Estado para a prestação de serviços públicos

Caso Munn versus Illinois - Suprema Corte Americana em 1876

Munn & Scott, uma companhia de armazéns de grãos, acautelada por onze precedentes jurisprudenciais como arrimo teórico para o argumento de que o Estado não poderia interferir no uso da propriedade de particulares, recorreu à Suprema Corte Americana contra decisão do Tribunal de Chicago que considerou válida uma lei local que fixava limites para os preços por ela praticada.

Na ocasião, no entanto, **com esteio no interesse público**, de forma inédita, a Suprema Corte Americana decidiu pela constitucionalidade da lei, confirmando a legalidade da interferência estatal sobre a prestação de serviços de utilidade pública por particulares, justificando-a na defesa do interesse público.

A decisão assentou que o uso da propriedade privada e a elaboração de contratos privados eram livres da interferência estatal; **sujeitavam-se, sem embargo, à regulação pública caso fosse necessário regularizar os preços para retificar as injustiças que exigissem tal intervenção** (IRONS, 2006, p. 238).

III. Polêmica: o caso UBER



- ❑ **Uber: serviço público ou atividade econômica privada?**
- ❑ **Transporte público ou privado?**
- ❑ **O Município pode proibi-lo?**
- ❑ **A proibição seria constitucional?**
- ❑ **Serviços públicos: critério material ou formal?**
- ❑ **A concorrência nos serviços públicos é regra ou exceção?**
- ❑ **A Constituição atribui ao Estado a competência exclusiva para prestar serviços públicos?**

2. Concessões e Permissões de Serviço Público

I. Fundamento constitucional

Constituição Federal

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI.- explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão** ou **permissão**, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais

XII.- explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão** ou **permissão**(...

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão** ou **permissão**, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos.**

II. Fundamentos legais

Três principais instrumentos de delegação no ordenamento jurídico brasileiro

❑ Concessão comum – Lei Federal nº 8.987/1995 e Lei Federal nº 9.074/1995

❑ Concessão patrocinada (PPP) – Lei Federal nº 11.079/2004

❑ Concessão administrativa (PPP) – Lei Federal nº 11.079/2004

III. Concessões

Plurissignificado do termo "concessão"

- Núcleo essencial do termo: constituição de um direito àquele a quem se destina
- 1º gênero – o direito constituído pelo concessionário é derivado da esfera jurídica de quem o concedeu (direito de explorar tal obra ou serviço)
- 2º gênero – o direito é simplesmente constituído (direito à anistia, direito à asilo político)

Concessões de serviços públicos

Negócio **bilateral**, sujeito ao direito público, em que é transferido ao particular o direito de explorar uma atividade de titularidade do Estado, para benefício da coletividade, por prazo certo e determinado, por sua **conta e risco**.

Limites

- Funções públicas privativas (controle, regulação, fiscalização)
- Legislação e Jurisdição
- Poder de polícia

Objeto das concessões

- Concessões "apenas" de serviço público (p.e. transporte urbano)
- Concessões de serviço público antecedida da execução de obra pública (p.e. construção de uma usina hidrelétrica e geração de energia)
- Concessão da exploração de obras já existentes (p.e. manutenção de uma rodovia federal)

(Art. 2º, Lei Federal nº 8.987/1995)

III. Concessões

Aspectos destacados da natureza das concessões

- ❑ **Não se trata de cessão de direitos**, pois os direitos adquiridos pelos particulares remanesçam como dependentes do Estado.
- ❑ O Estado transfere a atividade de execução de alguns poderes-deveres inerentes à função estatal, **sem perder a titularidade** sobre essas atividades (regulação, fiscalização, poder de polícia).
- ❑ **Delegação da gestão do serviço** (conjunto de meios materiais e jurídicos para a correta e adequada prestação)
- ❑ O Estado permanece como competente para **disciplinar as condições da prestação dos serviços** e, se o interesse público o exigir, **retomar o objeto concedido**, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para o prazo do contrato – sem prejuízo da devida indenização ao concessionário.
- ❑ **O Estado poderá intervir** nas atividades de prestação, fiscalizá-las ou **modificar unilateralmente** as suas regras, sem prejuízo da garantia do **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato.

III. Concessões

Concessões especiais? Parcerias público privadas

"As PPPs representam uma nova forma de parceria entre o Estado e os particulares na prestação de serviços públicos ou administrativo" (OLIVEIRA, 2017, p. 191)

Parcerias público-privadas (concessão administrativa e concessão patrocinada)

- ❑ Valor mínimo do contrato: valor tem que ser igual ou superior a R\$10.000.000,00 (alterado em 2017)
- ❑ Prazo de vigência: não inferior a cinco, nem superior a trinta e cinco anos
- ❑ Remuneração pelo parceiro público ao parceiro privado somente após a disponibilização do serviço
- ❑ Remuneração variável pelo parceiro público ao parceiro privado vinculada ao seu desempenho
- ❑ Compartilhamento de risco entre o parceiro público e o parceiro privado
- ❑ Garantias diferenciadas de adimplemento das obrigações financeiras do parceiro público relativamente ao parceiro privado

(OLIVEIRA, 2017, p. 191)

IV. Permissões

- ❑ **Definição tradicional**: Ato unilateral, discricionário, precário e revogável a qualquer tempo, que confere ao particular o direito de prestar algum determinado serviço público e de cobrar tarifas, por sua conta e risco.
- ❑ **Contemporaneidade**: atenuação do caráter precário e discricionário da permissão, em razão de princípios como a boa-fé objetiva, a proteção da confiança na Administração Pública, segurança jurídica, razoabilidade, motivação.

Diferenças

- ❑ Maior precariedade e efemeridade das permissões (amortização de curso prazo, baixo custo);
- ❑ Modalidade concorrência para as concessões;
- ❑ Possibilidade de permissão em favor de pessoa física;
- ❑ Permissão: contrato de adesão e revogável (?)

"Atualmente, no entanto, a distinção entre as duas modalidades de delegação de serviços públicos (...) não pode subsistir, especialmente pela contratualização da permissão de serviço público. (...) O caráter contratual da permissão ser serviço público foi corroborado pelo art. 40 da Lei 8.987/1995, que define a permissão 'contrato de adesão'." (OLIVEIRA, 2017, p. 171)

- ❑ Exemplos: Transporte rodoviário interestadual, serviços de radiodifusão sonora e de imagens.

3. O regime jurídico da Lei Federal nº 8.987/95 (concessões comuns) e as Regras Específicas da Lei das Estatais

I. Panorama geral

- **Normas gerais** válidas para todo o âmbito nacional (art. 22 , XXVII, CF)
- **Âmbito de Aplicação:** embora a nomenclatura utilizada pela legislação refira-se a serviços públicos (atividades de relevância coletiva, definida como tal no ordenamento), em forma genérica, o seu objeto inclui também as concessões de obras públicas.
- **Aplicação conjunta** com a Lei Federal nº 9.074/1995 (estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões).
- **Objetivo Principal** é a “prestação adequada de serviços” (art.6º) – condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua aplicação e modicidade das tarifas (art. 6 §1º).
- Há regra específica de **proteção ao usuário** do serviço público (CDC e CDU – Lei 13.460/17)

Impossibilidade de formular, antecipadamente, e no corpo da lei, a solução completa para certas situações. A determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias (JUSTEN FILHO, 2003)

Na modalidade de concessão comum, o concessionário realiza os investimentos e explora o serviço por sua conta e risco, por determinado período, sendo remunerado com a receita que advém da exploração, planejada para assegurar a amortização e a obtenção dos lucros, conforme as condições avençadas em contrato entabulado com o poder concedente (art. 2º)

II. Plurilateralidade dos Contratos de Concessão

Encargos do poder concedente: dever de fiscalizar permanentemente o fiel cumprimento do contrato e da legislação; aplicar sanções; intervir na concessão ou extingui-la, conforme o caso;

Encargos da concessionária: dever de prestar o serviço adequado; cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, etc.

Direitos dos usuários: recebimento do serviço público adequado; obtenção de informações do poder concedente e da concessionária para a defesa dos interesses individuais ou coletivos; utilização do serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores

III. Principais características

- ❑ Exercício de atividade de interesse coletivo (serviço público)
- ❑ O particular aceita prestá-lo em nome próprio, por sua **conta e risco** (v. art. 37, §6º)
- ❑ **Espírito de “parceria” (compartilhamento de interesses) e não de “contrato” (contraposição de interesses).**
- ❑ De acordo com as condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder concedente (art 9º, §4º)
- ❑ Sob garantia do equilíbrio econômico-financeiro (art 9, §4º)
- ❑ A remuneração ocorre pela própria exploração do serviço (geralmente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários) (art 9º).
- ❑ **Negócio autossustentável → os investimentos realizados pelos particulares são amortizados pelas rendas auferidas com o próprio empreendimento, sem a necessidade de complemento da remuneração.**
- ❑ Necessidade de autorização legal

Lei Federal nº 9.074/1995

Art. 2º **É vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, **sem lei que lhes autorize e fixe os termos**(...).

X

“A exigência de autorização legislativa específica para delegação do serviço público é inconstitucional, uma vez que a competência para prestar serviços públicos é do Poder Executivo (...)” (OLIVEIRA, 2017, p. 170)

IV. Principais diferenças em relação aos Contratos Administrativo (Lei Federal nº 8.666/1993)

- ❑ A transferência ao particular da responsabilidade pela captação dos recursos financeiros necessários à prestação da utilidade pública (art. 31, VIII, Lei nº 8.987/95);
- ❑ O prazo máximo de vigência das concessões, que são muito mais amplos e **não seguem a regra do art. 57 da Lei Federal nº 8.666/1993**;
- ❑ Não se exige a disponibilidade imediata dos recursos públicos;
- ❑ A permissão para que os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, básico e executivo, que dão origem à licitação pública com vistas à concessão, também participem do certame (art. 31 da Lei Federal nº 9.074/1995);
→ *É o que fundamenta a existência do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*
- ❑ **Desnecessidade de projeto básico** (em razão das obrigações de desempenho e não de investimentos).
→ *Basta "definir claramente os indicadores de desempenho que o concessionário ou parceiro privado deverá cumprir na operação do serviço" e estimar "os custos de investimentos e operacionais ao longo de todo o contrato" (RIBEIRO, 2011).*
- ❑ O edital das "concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública" deve ser acompanhado de "**elementos do projeto básico**" (art. 18, XV).

V. Principais vantagens

- ❑ Retira-se do Estado o ônus de arcar com os investimentos e, ao mesmo tempo, assegura-se à coletividade a prestação de um serviço indispensável.
- ❑ A remuneração do concessionário está condicionada ao resultado positivo da prestação dos serviços, razão pela qual o risco do empreendimento é transferido a ele pelo titular do serviços público e a atividade está vinculada à qualidade dos serviços.

VI. Riscos na Concessão



- ❑ Maldição do Vencedor (winner's curse)
 - A proposta vencedora na licitação fornece riscos adicionais para a viabilidade da concessão (Exemplo: Concessão do Aeroporto do Galeão)
- ❑ Repartição de riscos

*“Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na **clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais.**” (TCU, Acórdão nº 1928/2011 – Plenário)*

VI. Riscos na Concessão

“[A] repartição objetiva não significa compartilhamento equânime dos riscos, mas, sim, que a questão seja definida de maneira clara no instrumento contratual.” (OLIVEIRA, 2017, p. 193)

- ❑ Não significa a estabilização absoluta do conjunto de benefícios e ônus, receitas e custos, do contrato concessório, mas a manutenção das condições efetivas da proposta, o que significa respeitar a atribuição de riscos.
- ❑ A incapacidade de gerenciamento de riscos não dá origem à revisão extraordinária do contrato (ou seja, o mero aumento de custos não dá direito ao aumento da tarifa).
- ❑ A questão da Taxa Interna de Retorno – não pode ser parâmetro para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A inviabilidade econômica das Concessões



Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário **cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.**
(Lei Federal nº 13.448/2017)

VII. Mutabilidade dos Contratos de Concessão

- ❑ Característica **intrínseca à sua natureza**
- ❑ As prestações assumidas pelo concessionário tem vínculo direto com o resultado (atendimento de necessidades coletivas essenciais). Vinculação aos fins e não aos meios.
- ❑ Obrigações de desempenho, e não de investimento; de resultado, e não de esforço.
- ❑ **Exige-se uma adequação constante e permanente de seus métodos**
- ❑ A mutação decorre principalmente da celeridade com que a tecnologia evolui (desdobramentos impossíveis de se antecipar).
- ❑ Dificuldade de planejamento prévio e detalhado → pressupõe-se um diálogo constante entre parceiro público e privado.
- ❑ **Não incidência do limite previsto no art. 65, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993 (25% do valor inicial do contrato)**

VIII. Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro

A execução do contrato está **condicionada à manutenção das condições efetivas da proposta** (art. 37, XXI, CF)

Objetivos:

- ❑ Desencorajar alterações oportunistas promovidas pelos governantes;
 - ❑ Manter a estabilidade e preservar o âmago do contrato, assegurando um ambiente propício ao cumprimento das obrigações de acordo com a alocação de riscos estabelecida
 - ❑ Conferir segurança jurídica e liberdade para que sejam promovidas alterações no objeto contratual (necessárias em razão da passagem do tempo)
 - ❑ Exemplo: Mecanismos de revisão de tarifas em hipóteses de criação, alteração ou extinção de tributos; ou ainda, após a alteração unilateral do contrato concessório;
-

XI. Regras Específicas da Lei das Estatais

Lei nº 13.303/2016

Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

X. Programa de Parcerias de Investimento

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.

(...)

§ 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.

Objetivos:

- ❑ 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;
- ❑ promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
- ❑ assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e
- ❑ fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação

XI. Arbitragem

Lei Federal nº 9.307/1995 – Lei de Arbitragem

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.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. [...]

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. [...]

Lei Federal nº 8.987/1995

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Lei Federal nº 11.079/2004

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.



Alterações
recentes pela Lei
Federal nº
13.129/2015

X. Arbitragem

Direitos patrimoniais disponíveis passíveis de arbitragem ?

Exemplos:

- ❑ **Inadimplência de obrigações contratuais (pode repercutir na aplicabilidade de eventual multa)**
- ❑ **Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**
- ❑ **Cálculo e a aplicação do reajuste**
- ❑ **Aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos (matrizes de riscos)**
- ❑ **Acionamento dos mecanismos de garantias**

- ❑ **Valores e critérios para apuração da indenização em caso de extinção contratual prematura**

**Sanções administrativas
(declaração de inidoneidade
para licitar e contratar, por
exemplo)**

Crítica: “23. Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “extra commercium”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. **Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.**” (BANDEIRA DE MELLO, 2006)

XI. Arbitragem

STJ – RESP 904813 PR, Julgado em 20 out 2011

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

CASO PRÁTICO

A Lei nº 13.303/2017 foi editada com a finalidade de regular as atividades das empresas estatais: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Contrariando a previsão da Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/1995) que permite a alteração unilateral do contrato, o novo diploma normativo dispôs que os contratos firmados pelas estatais seria alterado somente mediante acordo entre as partes:

Lei Geral das Concessões:

Art. 9 § 4o *Em havendo **alteração unilateral** do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.*

Lei das Estatais:

Art. 72. *Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por **acordo entre as partes**, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.*

Pergunta-se:

- Qual o fundamento para que se admita a alteração unilateral dos contratos?
- Haveria assimetria (quebra na isonomia) na existência de regras díspares sobre alteração do contrato, sendo que o único fator diferenciador são as partes contratantes?

Referências

- BANDEIRA DE MELLO Celso Antônio. As Parcerias Público-Privadas (PPPs). Migalhas, 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques de; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas – concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda., 1996.
- IRONS, Peter. A people's history of the Supreme Court: the men and women whose cases and decisions have shaped our Constitution. New York, US: Penguin Books, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- OLIVERIA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Método, 2017.
- RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.
- SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- TÁCITO, Caio. Temas de direito público (estudos e pareceres). 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel; WALD, Alexandre A. O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 500 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.