

Arbitrabilidade objetiva no âmbito da administração pública:

uma discussão com foco no setor
portuário brasileiro

Rafael Lapa Santos Bezerra

Orientador: Prof^a Natalia Resende Andrade

Coletânea de Pós-Graduação, v.4 n.19

**Governança e Controle da
Regulação em infraestrutura**



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

José Mucio Monteiro (Presidente)

Ana Arraes (Vice-presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz de Oliveira

Raimundo Carreiro

Bruno Dantas

Vital do Rêgo

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luís de Carvalho

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Rocha Furtado (Subprocurador-geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)

DIRETOR GERAL

Fábio Henrique Granja e Barros

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO DE
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila de Ávila Dourado
Tiago Alves de Gouveia Lins Dutra
Marcelo da Silva Sousa
Rafael Silveira e Silva
Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Tiago Alves de Gouveia Lins Dutra

COORDENADOR EXECUTIVO

Georges Marcel de Azeredo Silva

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC

PÓS-GRADUAÇÃO EM AUDITORIA FINANCEIRA

Arbitrabilidade objetiva no âmbito da administração pública

uma discussão
com foco no setor portuário brasileiro

Rafael Lapa Santos Bezerra

Orientador(a):

Prof^a Natalia Resende Andrade

Resumo

A arbitragem é normatizada pela Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que sofreu alterações com a edição da Lei 13.129/2015, passando a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública direta e indireta. A Lei alcança a atuação de agências reguladoras em litígios envolvendo contratos de concessão. A presença da cláusula de arbitragem nos contratos de concessão e uma devida regulamentação do seu uso podem tornar projetos de infraestrutura a serem privatizados em nosso país mais atraídos, facilitando o arremate de concessões que sejam do interesse do governo. No setor de portos, foi editada uma norma para regulamentar a utilização da arbitragem, o Decreto 8.465/2015, que contempla hipóteses permitindo o uso da arbitragem. O problema, hoje, persiste no que se entende por direito patrimonial disponível e como isso vem sendo enxergado pela academia, juristas e mesmo pelos tribunais arbitrais, como foi no caso CODESP x Libra.

Palavras-chave: Resolução alternativa de litígios; Arbitragem; Administração Pública; Setor Portuário; Contratos de concessão. Direito patrimonial disponível.

Abstract

não tem

Sumário

1. Introdução	8
2. Referencial teórico	11
2.1 Breve panorama sobre a arbitragem	11
2.2 A arbitragem e a Administração Pública	12
2.3 Arbitragem no setor portuário	23
3. METODOLOGIA	26
4. RESULTADOS E DISCUSSÕES	27
4.1 A questão dos direitos patrimoniais disponíveis – uma discussão no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos	27
4.2 O caso de libra	31
5. CONCLUSÃO	33
Referências Bibliográficas	35

1. Introdução

O Brasil passa por um momento peculiar de sua história econômica e político-administrativa. O déficit fiscal vivenciado nos últimos anos tem dificultado a realização de investimentos em infraestrutura e, conseqüentemente, o escoamento de sua produção interna. Dessa maneira, elevam-se os gargalos logísticos e o custo Brasil.

Ao mesmo tempo, existe uma pressão da sociedade para a contenção de gastos do setor público, notadamente dos gastos com folha de pessoal e despesas correntes, bem como se pressiona pela redução de burocracia, abrindo espaço para um crescimento econômico. Assim, existe a necessidade de realização de mudança de modelos e reformas administrativas, para diminuir o tamanho da máquina pública, mas também para alterar a cultura administrativista brasileira, tornando a gestão pública mais célere e menos custosa, o que perpassa pelos processos de resolução de conflitos.

Desde a década de 80, observou-se que o poder público perdeu paulatinamente sua capacidade de planejar e realizar investimentos em infraestrutura. O setor público, que foi outrora um grande investidor e gestor direto de obras e empreendimentos ligados a transportes, indústrias, serviços e telecomunicações, observou uma mudança de modelo no que tange à realização de investimentos e administração de atividades concebidas como serviço público. Com efeito, o Estado brasileiro hoje é um Estado regulador em setores cruciais de nossa economia.

Ao longo da década de 90, começou a se intensificar o processo de desestatização de atividades essenciais, o que culminou na celebração de contratos de concessão de serviços públicos (CAMACHO, 2015). Já na década de 90, identificou-se a necessidade de o poder público fazer parcerias com a iniciativa privada visando a realização de investimentos e a gestão de bens públicos. No entanto, também se identificou a necessidade de controlar a gestão privada decorrente da privatização e a regulação de setores econômicos marcados por ineficiências econômicas, o que resultou na criação de diversas agências reguladoras já no início do século XXI. É o caso da ANAC, da ANTT, da ANATEL, ANEEL, Antaq, entre outras¹.

Com o passar do tempo, as próprias agências reguladoras e também os órgãos de controle externo foram adquirindo experiência na condução e acompanhamento desses contratos concedidos e ficando mais exigentes quanto ao cumprimento de promessas da iniciativa privada e obrigações previstas nos contratos como a de realização de investimentos nas malhas ferroviárias concedidas, por exemplo. Por outro lado, os investidores privados, percebendo o incremento de exigências e observando a dificuldade, morosidade e riscos de submeter eventuais litígios envolvendo esses contratos de concessão junto ao poder judiciário, também passam a se tornar mais exigentes em

1 A ANATEL é exceção, uma vez que foi criada em 1997.

relação a segurança jurídica envolvida no processo de contratação, tecnicidade de decisões que resolvem os conflitos e celeridade na solução dos casos (MONTEIRO, 2015).

O mercado funciona com mais eficiência e aperfeiçoa transações econômicas quando estão presentes instituições jurídicas fortes. A segurança jurídica emana de decisões emitidas por órgãos julgadores imparciais e independentes e ainda provém de quando os julgamentos são proferidos em tempo razoável². Nesse sentido, a arbitragem é um instituto que tem sido apontado como uma das alternativas de oferecer mais segurança jurídica aos potenciais investidores que desejem ingressar no Brasil. A presença da cláusula de arbitragem nas cláusulas contratuais e uma devida regulamentação do uso da arbitragem podem tornar projetos de privatização em nosso país ainda mais atrativos, facilitando o arremate de concessões que sejam de interesse do governo.

Dessa maneira, a arbitragem é um instrumento de política pública apto a enfrentar o problema da excessiva judicialização dos contratos de concessão, sendo um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, onde as partes, por meio de um árbitro por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstendo-se de submeter o assunto ao poder judiciário³.

O instituto da arbitragem é hoje normatizado pela Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que sofreu alterações com a edição da Lei 13.129/2015. Dentre as modificações introduzidas, destaca-se a alteração prevista no §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem, que passou a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública (BRASIL, 2015).

A alteração foi feita como uma tentativa de conferir maior segurança jurídica para o uso do instituto pela administração pública, uma vez que a falta de um marco regulatório no passado foi por muito tempo considerado o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo contratos pactuados pelo Poder Público, inclusive os de concessão. Isso porque, desde a edição da Lei de Arbitragem, muito se questionou quanto à possibilidade jurídica de uso do mecanismo na seara dos contratos administrativos seja no âmbito doutrinário ou mesmo no âmbito dos principais órgãos administrativos e judiciais do país (SCHMIDT, 2016).

Esse cenário de incertezas já vinha sendo alterado, a partir de modificações legislativas como a promovida na Lei 8.987/95, que admitiu a inserção em contratos de concessão de cláusulas admitindo o uso de mecanismos de resolução alternativa de conflitos como a arbitragem (BRASIL, 1995). No âmbito jurisprudencial, o próprio Tribunal de

2 LEMES, Selma Maria Ferreira Lemes. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: quartier latin, 2007. P. 31-32.

3 AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord.). Arbitragem e poder público. São Paulo: Saraiva, 2010.

Contas da União gradativamente passou a admitir que a Administração Pública se valesse do instituto da arbitragem para dirimir os conflitos de que fosse parte e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento pela possibilidade da utilização do instituto em contratos administrativos (SCHMIDT, 2016).

Passado esse momento inicial e verificado, como se exporá adiante, que já há um consenso geral pela possibilidade jurídica de utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos e especificamente nos contratos de concessão de serviços públicos, verifica-se que ainda existem questionamentos específicos a serem enfrentados, compreendidos e esclarecidos, como é o caso da publicidade das decisões dos árbitros, do processo de escolha dos árbitros, da arbitragem ad hoc. Há ainda questionamentos quanto a que tipo de conflitos surgidos na execução dos contratos celebrados pelo poder público podem ser incluídos ou devem ser excluídos da abrangência da jurisdição arbitral (CARMONA, 2009).

É de se destacar que atualmente existe uma corrente de pensadores administrativistas denominada de Administração Pública paritária. Tal corrente conduz o debate sobre gestão pública a uma nova postura da administração diante da necessidade de se negociar, atenuando a verticalização da relação Estado versus privado e abrindo novas portas para o uso da arbitragem (OLIVEIRA, 2010).

Notadamente no caso do setor de portos brasileiro, desde 2013, com a aprovação do novo marco regulatório do setor portuário (Lei 12.815, de 5 de junho de 2013), já havia previsão de utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes – ANTAQ (BRASIL, 2013). Já o art. 35, inciso XI, da Lei 10.233/2001, estabelece como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da ANTAQ a previsão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (BRASIL, 2001).

Nesse setor, foi editada uma norma para regulamentar a utilização da arbitragem, o Decreto 8.465/2015, que foi apontado inicialmente como um representativo e significativo avanço na implementação de uma nova cultura de utilização da arbitragem pela Administração Pública. O Decreto contempla hipóteses que permitem o uso da arbitragem como em casos de litígios envolvendo a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos e inadimplemento de recolhimento de tarifas e obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq (BRASIL, 2015).

Diante de todo esse contexto, a dúvida que será enfrentada no presente estudo é: o que se entende por direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos, como no caso concreto do terminal de Libra?

A busca das respostas a tais questões ao final da pesquisa propiciará embasamento para futuras fiscalizações pelo TCU quando do exercício do controle externo da atuação da agência reguladora e órgãos ministeriais, notadamente quanto às análises, motivações, observância de normas e práticas regulatórias realizadas no curso de processos de fiscalização do uso de arbitragem em casos concretos, conferindo, assim, maior segurança jurídica para o mercado, e tem o potencial de contribuir para o aperfeiçoamento dos futuros contratos de concessão.

Ao final, será feita uma exposição de um caso recentemente submetido à arbitragem envolvendo o setor portuário e envolvendo também uma das hipóteses previstas no Decreto 8.465/2015, que foi o caso de Libra, tratando sobre inadimplência de obrigações contratuais por parte do concessionário quanto ao pagamento de tarifas portuárias.

2. Referencial teórico

2.1 Breve panorama sobre a arbitragem

A arbitragem é um dos institutos mais antigos de solução de conflitos, remontando à antiguidade. Foi primeiramente vista na Grécia antiga, por meio de soluções amigáveis das contendas. Os compromissos especificavam o objeto do litígio e os árbitros eram indicados pelas partes. No Brasil, o instituto foi legalmente reconhecido desde os tempos da colonização portuguesa. As Ordenações Filipinas tornavam o uso da arbitragem obrigatório em alguns casos e a decisão arbitral daquela época não estava sujeita à homologação judicial, via juiz togado (CRETELLA JUNIOR, 1998).

No Direito brasileiro, a arbitragem foi instituída pela Lei 556/1850, que estabeleceu o juízo arbitral obrigatório, inclusive quanto às questões de “matéria de avarias” (art. 783) (BRASIL, 1850). Também no Código de Processo Civil e no Código Civil de 1916 havia a arbitragem e a convenção de arbitragem e, até a atualidade, nunca se criou um óbice legal para a solução arbitral no direito brasileiro (BRASIL, 1916).

Ainda segundo Cretella Júnior, a arbitragem é o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida (CRETELLA JUNIOR, 2016).

Já para José dos Santos Carvalho Filho, arbitragem é um instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial (CARVALHO FILHO, 2012).

Há quem confunda o instituto da arbitragem com o dos dispute boards. No entanto, estes são utilizados de forma pioneira nos Estados Unidos na década de 70, durante a construção do Eisenhower Tunnel no Colorado. O dispute board, também conhecido como Comitê de Resolução de Conflitos, pode ser considerado órgão colegiado, geralmente formado por três experts, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar a sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso (RIBEIRO e RODRIGUES, 2008).

A principal diferença entre a arbitragem e os disputes boards está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e, no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo colegiado de experts, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão.

Os disputes boards, apesar da reduzida utilização no Brasil, podem representar um importante instrumento de solução de controvérsias, especialmente nos contratos de grande vulto econômico e complexidade da Administração Pública, tal como ocorre, por exemplo, nos contratos de infraestrutura. Todavia, essa espécie de mecanismo não será abordada no presente trabalho.

2.2 A arbitragem e a Administração Pública

2.2.1 Benchmarkings internacionais

A expansão da arbitragem nos Estados Unidos ocorreu, principalmente, pelos trabalhos desenvolvidos pela American Arbitration Association – AAA, que é uma instituição privada, sem fins lucrativos, e oferece serviços ao público na área de administração de arbitragens, na área trabalhista, de responsabilidade civil e de disputas comerciais internacionais (GARCEZ, 2001).

Atualmente, está vigente nos EUA a FAA (Federal Arbitration Act). A Lei tem expandido gradualmente seu alcance até abranger todos os contratos que se deslocam no comércio interestadual e internacional com sede nos EUA, excluindo-se a aplicação das leis arbitrais estaduais. Muitos grupos têm criticado o FAA, sob o argumento de que há uma ameaça de eliminar um ramo “fundamental” de governo, substituindo-o por um

sistema privado, normalmente confidencial, desvinculado do sistema de precedente jurisprudencial (SANTOS, 2010).

O uso da arbitragem pela Administração pública nos Estados Unidos é matéria tratada com minúcias no Administrative Dispute Resolution Act of 1996 – ADRA, que prevê que a Administração não pode impor o uso da arbitragem como condição para a obtenção de um benefício ou a assinatura de um contrato – medida problemática para o contexto brasileiro, em que a minuta do contrato é definida na fase interna da licitação. Nos Estados Unidos, a arbitragem pode ser autorizada por qualquer servidor público que tenha poderes para concluir um acordo sobre a matéria controvertida ou quando haja permissão especial da instância diretora de sua entidade⁴.

Por determinação do ADRA, as entidades administrativas devem considerar não se valer de meios alternativos de resolução de conflitos – entre eles, a arbitragem – quando: (1) for conveniente que se estabeleça um precedente judicial a respeito do tema controvertido; (2) o objeto da controvérsia consistir em relevante política de governo; (3) houver possibilidade de se criar disparidades em relação a outros casos individuais de idêntica natureza; (4) a matéria afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes da disputa; (5) for necessário produzir e conservar ampla documentação a respeito do conflito; (6) for recomendável que a decisão seja adotada pela própria entidade administrativa – a fim de preservar a sua autoridade⁵.

A França, por seu turno, é um país restritivo ao uso da arbitragem que envolva a Administração Pública. A regra geral do sistema continua a ser, ainda hoje, a proibi-

4 ADRA, §575: “Authorization of arbitration (a) (1) Arbitration may be used as an alternative means of dispute resolution whenever all parties consent. Consent may be obtained either before or after an issue in controversy has arisen. A party may agree to-- (A) submit only certain issues in controversy to arbitration; or (B) arbitration on the condition that the award must be within a range of possible outcomes. (2) The arbitration agreement that sets forth the subject matter submitted to the arbitrator shall be in writing. Each such arbitration agreement shall specify a maximum award that may be issued by the arbitrator and may specify other conditions limiting the range of possible outcomes. (3) An agency may not require any person to consent to arbitration as a condition of entering into a contract or obtaining a benefit. (b) An officer or employee of an agency shall not offer to use arbitration for the resolution of issues in controversy unless such officer or employee-- (1) would otherwise have authority to enter into a settlement concerning the matter; or (2) is otherwise specifically authorized by the agency to consent to the use of arbitration”.

5 ADRA, §572: “General authority (a) An agency may use a dispute resolution proceeding for the resolution of an issue in controversy that relates to an administrative program, if the parties agree to such proceeding. (b) An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if-- (1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent; (2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency; (3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions; (4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding; (5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and (6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement. (c) Alternative means of dispute resolution authorized under this subchapter are voluntary procedures which supplement rather than limit other available agency dispute resolution techniques”.

ção de que entidades públicas se submetam a arbitragens. A interdição à via arbitral é interpretada de modo ampliativo pelo judiciário francês, sobretudo pela justiça administrativa. Desde 1957, o Conselho de Estado vem entendendo que a proibição alcança todos os entes e entidades públicas, mesmo as autoridades locais e as empresas estatais (inclusive as que exploram, em concorrência com a iniciativa privada, atividades econômicas em sentido estrito) (ACCIOLY, 2018).

Segundo Marolla, esse entendimento vem sendo flexibilizado, relatando que mais recentemente, por expressa autorização legal, admitiu-se que os contratos de parceria público-privada previsssem compromissos arbitrais para a solução de controvérsias deles decorrentes. A autora também informa que tramita na Assembleia Nacional francesa um projeto de lei que pretende ampliar as hipóteses de arbitragem envolvendo o Estado para todas as disputas contratuais de que a Administração seja parte, com exceção das que concernam à prestação de serviços públicos (MAROLLA, 2016).

Já Portugal é um dos países da tradição romano-germânica mais favoráveis à arbitralidade de contendas com a Administração. A Constituição de Portugal, por exemplo, contém autorização expressa à instituição de tribunais arbitrais (CP/74, art. 209). Desde o final do século passado, o Supremo Tribunal Administrativo vem entendendo que as relações de direito privado da Administração Pública, as questões meramente contratuais das avenças administrativas e os pleitos de responsabilização civil por atos de gestão pública podem ser objeto de arbitragem (MAROLLA, 2016).

Na Itália, segundo Accioly (2018), a exemplo do que ocorre no Brasil, o principal desafio é definir o campo de matérias que podem ser levadas à instância arbitral; é interpretar a expressão “diritti soggettivi” que, a exemplo da nossa locução (“direitos patrimoniais disponíveis”), foi importada do direito privado para o público.

No que tange à América do Sul, tal como na Argentina, a matriz do Direito Administrativo chilena é europeia, sobretudo francesa e espanhola. Por esse motivo, defende Accioly que a introdução da arbitragem no campo da Administração Pública não foi processo simples nem rápido. Informa que a legislação chilena prevê casos de “arbitraje forzoso”, como na Lei de Concessões de Obras Públicas e na Lei sobre Financiamento Urbano Compartido. Para os contratos de concessão de serviço público, a arbitragem é possível, porém voluntária. Leis esparsas também autorizam determinadas autoridades a firmarem compromissos arbitrais (ACCIOLY, 2018).

Enquanto a literatura chilena tem defendido majoritariamente que o poder de dirimir conflitos em sede arbitral não requeira autorização legal expressa, a jurisprudência administrativa sobre o tema ainda mantém antigo entendimento no sentido de ser necessária Lei autorizativa para que entidades públicas participem de arbitragens. No entanto, o parlamento do Chile tem aprovado diversas leis que habilitam grande número de entidades públicas a firmarem compromissos arbitrais (ACCIOLY, 2018).

Representativo é o exemplo verificado na construção do Túnel sob o Canal da Mancha, resultante de Acordo Internacional firmado em 1986, entre a Grã-Bretanha e a França que, entre outras avenças, redundou em contrato de concessão para exploração de serviços por particulares. Nesta negociação a arbitragem teve papel importante, pois as partes recorreram à arbitragem por várias vezes, para fixar as alterações imediatas no contrato exigidas no curso da obra, transferindo para o final da execução as avaliações dos direitos e deveres das partes. (WALD, 1996).

Em suma, em alguns dos principais países do mundo ocidental, como visto acima, a arbitragem tem o uso autorizado em negócios firmados pelo poder público. Países que não admitem integralmente a utilização têm caminhado rumo à flexibilização da utilização.

2.2.2 Arbitrabilidade (subjativa e objetiva)

No Direito Arbitral, o conceito de arbitrabilidade, que é aquilo que se pode submeter ao juízo arbitral, subdivide-se em arbitrabilidade subjativa e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem, ou seja, quem pode levar um caso à arbitragem. Por sua vez a arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto, a matéria a ser submetida à arbitragem, ou seja, quais questões podem ser levadas à arbitragem (SCHMIDT, 2016).

2.2.2.1 Arbitragem e Administração pública no Brasil (arbitrabilidade subjativa) – evolução de entendimento e previsões legais

O uso da arbitragem no Brasil e no mundo não é algo recente, apesar de em nosso país apenas ter sido legalmente reconhecido a nível de uma norma geral quando da edição da lei 9.307/1996, conhecida como a Lei de Arbitragem. Em sua redação original, nenhuma referência expressa havia à utilização do instituto da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos. O resultado disso era a existência de enorme controvérsia a respeito da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública (BRASIL, 1996).

Schmidt aponta que a falta de previsão normativa genérica para a adoção do juízo arbitral em controvérsias envolvendo a Administração pública não impediu o Governo Federal de editar atos normativos, com força de lei, instituindo a via arbitral para a solução de controvérsias específicas. O exemplo mais emblemático, segundo o autor, foi o caso Lage, de longa data, onde por meio do Decreto-Lei 4.648/1942, foi incorporado ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da Organização Lage, em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, tudo no interesse da defesa nacional e no contexto da Segunda Guerra Mundial (SCHMIDT, 2016).

Schmidt também aponta decisão do Supremo Tribunal Federal, na forma do Agravo de Instrumento 52.181 – Guanabara, Relator o Ministro Bilac Pinto. Por unanimidade de votos, entendeu o STF pela legalidade do juízo arbitral em litígios envolvendo a Fazenda Pública.

Na década de 90, todavia, o uso da arbitragem pela administração pública enfrentou um cenário bastante conturbado, uma vez que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993) não disciplinou expressamente o uso da arbitragem nas relações com o Poder Público (BRASIL, 1993).

Em 1993, instado a se pronunciar sobre o tema, em sede de consulta formulada pelo então Ministro de Minas e Energia, firmou o Tribunal de Contas da União a posição de que “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)”⁶.

Outras decisões sobre a matéria foram proferidas pelo TCU nos anos seguintes, com o mesmo entendimento pela impossibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública (RAMOS, 1997).

Ocorre que, esse entendimento veio sendo alterado, principalmente porque nos anos seguintes diversas leis passaram a autorizar o uso, o que foi impulsionado pela edição de legislações setoriais, como a Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo e Gás), a Lei 10.848/2004 (Lei sobre Comercialização de Energia Elétrica), que passaram a prever a possibilidade de uso do instituto. No que se refere a legislação que rege contratos de parceria, observa-se que em 2004, a Lei das Parcerias Público Privadas passou a contemplar a previsão expressa de emprego da arbitragem e em 2005 foi feita uma alteração legal na Lei de concessões (Lei 8.987/1995) por meio da Lei 11.196/2005 para também autorizar expressamente o uso do instituto no âmbito desses pactos.

A título de exemplo, observa-se que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, XV). Por sua vez, a Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem “sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, X). Já a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as “regras sobre solução

6 TCU, Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993

de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (art. 35, XI).

Fazem ainda referência expressa ao uso da arbitragem pela administração pública a Lei 10.438/2002 (Lei de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica e de Expansão da Oferta Emergencial), a Lei 10.848/2004 (Lei de Comercialização de Energia Elétrica), a Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), a Lei 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A na Lei 8.987/95 (a Lei de Concessões), e, mais recentemente, a Lei 12.815/2013 (nova Lei dos Portos).

Destaca-se, nesse ponto, a edição da Lei 13.129/2015, que passou a prever, dentre outras coisas, a possibilidade expressa de utilização da via arbitral nos conflitos envolvendo a Administração Pública (Direta e Indireta) das três esferas da Federação. A lei pôs fim a possíveis controvérsias sobre a possibilidade do emprego do procedimento arbitral na administração pública em razão de expressa previsão legal.

Recentemente, três diplomas legais confirmaram a tendência na utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos e pacificação social. Ao lado da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo CPC e estabeleceu a arbitragem, a conciliação e a mediação como importantes instrumentos de solução de controvérsias (art. 3º, §§1º, 2º e 3º), vale destacar, também, a Lei a Lei 13.140/2015, que trataram, respectivamente, da arbitragem e da mediação nas relações envolvendo a Administração Pública, bem como a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

O estatuto geral das empresas estatais (Lei 13.303/2016) veicula previsão expressa de cabimento da arbitragem como meio para solução de conflitos. Trata-se do art. 12, parágrafo único: “A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”.

Na tabela abaixo, é possível observar a evolução do tratamento conferido ao tema pela legislação anterior (previsão genérica contida no Código de Processo Civil – CPC) e na atual Lei 9.307/96:

Materias alteradas	Regime do CPC	Regime da Lei 9.307/96
Eficácia da decisão arbitral	Era necessária a homologação, pelo Poder Judiciário, para que a sentença arbitral produzisse seus efeitos.	A sentença arbitral prescinde de posterior homologação judicial. E, quando for condenatória, constitui título executivo judicial apto a ensejar a execução.
Cumprimento de decisão arbitral estrangeira	Além da homologação do STF, a sentença arbitral necessitava da prévia homologação do país de origem (dupla homologação).	Só é necessária a homologação do STF.

Materias alteradas	Regime do CPC	Regime da Lei 9.307/96
Eficácia da cláusula arbitral	Não existia. Era necessário que as partes fizessem o contrato de compromisso arbitral para instituir o juízo arbitral.	A cláusula arbitral é apta, por si só, a ensejar a arbitragem.
Obrigatoriedade da cláusula arbitral	cláusula arbitral não obrigava as partes. Somente o compromisso arbitral poderia ser alegado para extinguir o processo sem julgamento do mérito. A existência da cláusula arbitral não ensejava a execução específica da obrigação de contratar. O descumprimento da cláusula arbitral era resolvido em perdas e danos.	cláusula arbitral obriga as partes e implica a renúncia do direito de ação judicial. Existindo cláusula ou compromisso arbitral, o processo é extinto sem julgamento do mérito. No caso de seu inadimplemento, pode a parte interessada exigir o seu cumprimento em juízo. Permanecendo o desacordo entre as partes, caberá ao juiz decidir; a sentença judicial valerá como compromisso arbitral.

Fonte: elaboração própria

Com as agências reguladoras não é diferente. A constituição de agências reguladoras independentes para exercer a missão imposta pelo novo contexto dos setores de serviços públicos adquiriu um grau de essencialidade em função do aumento da complexidade setorial com a elevação do número de agentes e da exigência de grande flexibilidade e agilidade na implementação de políticas ad hoc por meio de regulamentos, resoluções e portarias (Pires & Piccinini, 1999).

Em linhas gerais, as agências reguladoras, nos diversos segmentos de serviços públicos, têm entre suas atividades principais, dentre outras, a função de monitorar o cumprimento das obrigações estabelecidas nos contratos de concessão, definir e aplicar o regime tarifário, regular aspectos concorrenciais do setor regulado visando maximizar a eficiência do mercado regulado e arbitrar os conflitos entre os diversos agentes setoriais envolvidos.

Em relação às controvérsias que possam surgir entre os agentes setoriais, a legislação prevê a competência das agências para dirimi-las, como no caso da Antaq, cuja atribuição é conferida pela Lei 10.233/2001, no art. 20, inciso II, b. Encontram-se no rol de suas atribuições regulatórias tanto a conciliação e a mediação quanto a solução das divergências que surjam entre os agentes dos setores, inclusive as dúvidas e divergências na interpretação e aplicação da legislação setorial.

A legislação que criou a Antaq, por exemplo, estabeleceu a outorga de delegação normativa aos seus diretores para a implementação prática de diretrizes técnicas adotadas nas áreas de suas competências.

A lei de concessões (Lei 8.987/95) previa a eleição de foro para dirimir as questões oriundas do contrato, se possível de forma amigável, mas não era expressa quanto ao uso da arbitragem. Esse cenário mudou, tendo em vista que em 2005, a Lei 11.196 do mesmo ano incluiu o art. 23-A, dispondo expressamente a possibilidade de emprego da arbitragem nos contratos de concessão, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa (BRASIL, 2005).

Por todo o exposto, conclui-se até aqui que o uso da arbitragem pela administração pública no Brasil tem sido amplamente positivado em termos gerais pela legislação setorial da infraestrutura. O óbice anteriormente colocado pelo próprio TCU de que não havia autorização legal para tanto foi superado não apenas pelos precedentes jurisprudenciais do STJ e STF, mas principalmente pelo direito objetivo posto e literal, com diversas normas legais autorizando a utilização da arbitragem em contratos firmados pela administração pública, inclusive no âmbito do direito da infraestrutura.

Assim, no direito público e administrativo, seja como pessoa jurídica de direito público (Estado e autarquias) ou de direito privado (sociedade de economia mista e empresa pública), o ente público e privado detém arbitrabilidade subjetiva. As agências reguladoras estão inseridas nesse contexto.

Quando uma agência reguladora atua no papel de mediador, árbitro ou conciliador entre agentes setoriais, o faz com prerrogativas previstas em lei e nos regulamentos. É o que ocorre com a Anatel, que atua como árbitro, por exemplo, nos acordos de interconexão entre redes de prestadoras de serviços de telecomunicações, mediante a instituição de uma comissão de arbitragem para este fim.

No entanto, mesmo diante da nova previsão expressa, para que o instituto possa funcionar adequadamente, torna-se necessária a definição sobre quais matérias nesses contratos de concessão são passíveis de arbitragem.

2.2.2.2 A arbitrabilidade objetiva no âmbito da Administração Pública

Ponto que já foi objeto de muitas polemicas no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores diz respeito a arbitrabilidade objetiva. Nesse contexto, as discussões têm sido travadas em torno da interpretação do termo direitos patrimoniais disponíveis, uma vez que a Lei 9.307/1996 permite expressamente o uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta desde que a demanda envolva direitos desse tipo.

Destaque-se julgamento feito em 2003, a partir de questão examinada pela 2ª Câmara do TCU, no processo administrativo TC 005.250/2002-2, instaurado por força de representação apresentada pela Federação Nacional dos Engenheiros – FNE contra a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública inte-

grante da Administração Pública da União. Orientou-se o Tribunal de Contas da União no sentido de que o fornecimento de energia elétrica, para lidar com o problema de racionamento de energia, envolveria direito indisponível.

Concluiu o TCU pela inadmissibilidade de 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 que autorizasse a administração pública a levar a demanda à arbitragem⁷.

No entanto, conforme observou Wald (2016), o desenvolvimento da arbitragem no Brasil pode ser creditado principalmente a (i) declaração de constitucionalidade, incidentaliter tantum, da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2001, em decisão proferida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7/EP-Espanha; (ii) ratificação pelo Brasil da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova York em 1958, internalizada pelo Decreto 4.311/2002, a qual concede aos países signatários regras próprias para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no país; bem como (iii) o assentamento de jurisprudência favorável à arbitragem por parte de alguns tribunais judiciais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade e eficácia de cláusulas compromissórias inseridas em contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, com a submissão de eventuais litígios decorrentes dos respectivos ajustes ao juízo arbitral. Segundo a jurisprudência da Corte, a inserção de cláusula compromissória nos contratos com a Administração Pública seria perfeitamente possível, desde que:

- i. a relação contratual tenha como parte sociedade de economia mista;
- ii. a empresa estatal explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, na forma do art. 173, § 1o, da Constituição Federal; e
- iii. a disputa envolva direitos patrimoniais, de natureza disponível, ficando excluídos do procedimento arbitral os atos praticados no exercício do poder de império estatal.

Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão prolatado pela 2ª Turma do STJ, no Recurso Especial 612.439/RS, da relatoria do Ministro João Otávio Noronha:

7 TCU, Segunda Turma, Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de 28/04/2003

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.

Como bem aponta Eros Roberto Grau (2002), não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Carlos Alberto Carmona apud Talamini reconhece igualmente que se o Estado pode contratar na órbita privada, também pode firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação⁸. Entende também que não se pode confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público⁹.

Oliveira (2010), nesse contexto, aponta que o ponto crucial da problemática que envolve o tema do uso da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública não é dizer se a arbitragem é ou não possível, mas quais interesses, bens e direitos são passíveis de ser objeto de uma negociação, de um contrato firmado pela Administração.

Eduardo Talamini aponta que cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em

8 Arbitragem e processo, 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 62.

9 Arbitragem e processo, cit., p. 66

Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível¹⁰.

Ainda segundo o autor, o interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto se reveste de valor econômico, mas também pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico¹¹.

Em relação à submissão dos direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, o STJ pacificou definitivamente o tema, em sucessivos julgados, merecendo especial destaque o julgamento, pela 1ª Seção, do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308/DF18. Ali, em voto lapidar 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 assentou que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guardaria qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Na dicção do Ministro:

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação ente disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nesta esteira, 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 administrativo¹².

O problema hoje, dessa forma, se pauta muito mais no que se entende por direito patrimonial disponível, conforme se verá adiante.

10 Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um enfoque multidisciplinar (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 343.

11 Arbitragem... cit., p. 345

12 STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/2006, DJ de 14/08/2006

2.3 Arbitragem no setor portuário

Com a aprovação do novo marco regulatório do setor portuário (Lei 12.815/2013), passou a existir previsão legal de utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes – ANTAQ (BRASIL, 2013).

A Lei 12.815/2013, apresenta, em dois momentos, a possibilidade de se estabelecer a arbitragem no setor portuário: o primeiro advém do § 1º do art. 37 que autoriza quando de impasse nas decisões proferidas pela comissão paritária do OGMO, na solução de litígios decorrentes da aplicação dos arts.32, 33 e 35 da referida Lei, que se recorra à arbitragem de ofertas finais (BRASIL, 2013).

O segundo dispositivo da Nova Lei dos Portos que trata de arbitragem é o §1º do art. 62, e representa importante inovação em relação à lei anterior. Nesse caso, cabe a transcrição:

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Esse dispositivo faculta (sem impor) o recurso à arbitragem para dirimir litígios relativos ao recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras entre concessionários, a administração dos portos e a Antaq.

Litígios da espécie, habitualmente, envolvem questões de grande complexidade e altos valores, sendo notório o caso da ação judicial movida pela União, como representante da Companhia Docas de São Paulo (CODESP) contra a Libra Terminais, em que se discute débito referente ao arrendamento de terminal no Porto de Santos, e que será adiante apresentado a título exemplificativo.

Já o art. 35, inciso XI, da Lei 10.233/2001 estabelece como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da ANTAQ a previsão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem”.

Chama-se a atenção para o fato de que nesse setor, foi editada uma norma para regulamentar a utilização da arbitragem, o Decreto 8.465/2015, que foi apontado inicialmente como um representativo e significativo avanço na implementação de uma nova cultura de utilização da arbitragem pela Administração Pública. Uma das previsões do Decreto diz respeito à possibilidade de uso da arbitragem em casos de litígios envolvendo a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Embora a Lei 12.815/2013 fizesse referência ao uso da arbitragem no setor portuário de acordo com as normas traçadas pela Lei 9.307/96, o governo federal editou o Decreto 8.465/2015, como forma de regulamentar o art. 62 Lei 12.815/2013 e “dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário”, especialmente em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, estabelecendo restritividade no campo de atuar da arbitragem no setor portuário.

Quanto aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e as condições da arbitragem, o Decreto 8.465/2015, pela disposição contida no art. 2º, estabeleceu a inclusão entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, que podem ser objeto de arbitragem, a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

Ocorre que, ficou evidente que a partir da edição da Lei 13.129/2015 qualquer controvérsia sobre a possibilidade de se exercer a arbitragem nos contratos envolvendo a administração pública como forma de se dirimir os conflitos, restou superada, tanto na doutrina como na jurisprudência. A nova normatização impõe apenas que a arbitragem seja relativa a direitos patrimoniais disponíveis.

Schmidt acrescenta que muito embora o art. 1º do Decreto 8.465/2015, em sintonia com o teor literal do art. 62, § 1º, da Lei no 8.465/2015, fale na utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos relacionados ao “inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq”, o seu art. 2º acrescentou, dentre as matérias passíveis de sujeição ao procedimento arbitral, (i) a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, (ii) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e (iii) outras questões relacionadas ao inadimplemento de tarifas portuárias.

Poder-se-ia questionar, a propósito, a legalidade do art. 2º do Decreto, por ter extrapolado os limites delineados pelo art. 62, § 1º, do novo marco regulatório do setor

portuário, inovando no mundo jurídico, em descompasso com a regra do art. 84, IV, da Constituição Federal.

A questão, contudo, ficou superada com a promulgação da Lei 13.129/2015, às vésperas da edição do Decreto 8.465/2015. A autorização legal nela contida, de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, dá amparo a eventuais decisões de ampliar o espectro de matérias que podem ser submetidas ao juízo arbitral no setor portuário, não se restringindo às hipóteses previstas no citado Decreto.

Assim, poderia o Poder Executivo se utilizar da fórmula genérica consagrada no art. 1º, § 1º, da Lei 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 13.129/2015, relegando a definição do alcance da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, nos contratos de concessão e arrendamento, para a jurisprudência arbitral. Nesse ponto, portanto, entendo que caso o objetivo do Decreto tenha sido limitar o uso da arbitragem no setor portuário para apenas as hipóteses nele contidas, dita norma ultrapassa a sua função de fiel executar a lei. Por outro lado, a criação de uma lista meramente exemplificativa é desnecessária e inócua em meu entender.

Também na mesma linha do que defende Schmidt, extremamente infeliz foi a previsão do Decreto de excluir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da abrangência das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão, arrendamento e autorização (art. 6º, § 2º, II).

É da natureza e da própria vocação do juízo arbitral a resolução de disputas de cunho predominantemente técnico, como é o caso de controvérsias que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos com o Poder Público. Tanto assim que o art. 9º, §2, do Decreto informa que “será dada preferência à arbitragem... nos casos de litígios que envolvam análise técnica de caráter não jurídico”. A recomposição do equilíbrio contratual é o típico exemplo de litígio que se refere a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, não há qualquer justificativa, sob o ponto de vista jurídico, para excluir do alcance da cláusula compromissória os pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, não só as questões voltadas para o inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias, no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, como aquelas outras dispostas nos contratos de concessões portuárias poderão ser submetidas à arbitragem, até mesmo porque a destinação maior da Lei 12.815/2013 foi a de fomentar o desenvolvimento da infraestrutura portuária.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho buscou levantar e analisar fundamentos teóricos e aspectos jurídicos em relação a utilização do instituto da arbitragem envolvendo a atuação da Agência Nacional do Transporte Aquaviário (Antaq) no exercício da regulação de contratos de concessão e arrendamentos portuários no Brasil.

Em um primeiro momento, buscou-se fazer uma revisão da bibliografia e doutrina especializada sobre o uso da arbitragem na administração pública no Brasil e no mundo a fim de verificar contornos mais gerais e recentes sobre o tema.

Em um segundo momento, foi realizada uma análise da jurisprudência dos principais órgãos do poder judiciário (STF e STJ) e ainda do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a discussão envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e legalidade do uso da arbitragem pela administração pública.

Em um terceiro momento, buscou-se analisar a legislação vigente no Brasil que versa sobre a arbitragem, como a Lei 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei 13.129/2015, que, em seu art. 1º, §2º, confere uma autorização genérica para que a administração pública direta e indireta utilize a arbitragem na resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

No que se refere a arbitragem em contratos de concessão, buscou-se analisar ainda nesse terceiro momento as disposições contidas na Lei 8.987/95, em legislações esparsas em outros setores da infraestrutura no Brasil. Especificamente no setor portuário, foram analisadas a Lei 10.233/2001 e a Lei 12.815/2013, que regem, respectivamente, a atuação da Antaq e a regulação dos portos no Brasil. Também as disposições do Decreto 8.465/2015 foram objeto de análise, que tratam especificamente sobre o uso de arbitragem para dirimir conflitos no setor portuário.

Com fulcro no embasamento apresentado pelo referencial teórico, procurou-se explorar, nos resultados e discussões, a pergunta que carrega dúvidas no mundo jurídico sobre o tema objeto do presente trabalho, qual seja, a questão dos direitos patrimoniais disponíveis, tendo a discussão um recorte no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos.

Por fim, com a finalidade de verificar a aplicação dos conceitos em um caso concreto, foi realizada uma busca no sítio da Advocacia Geral da União (AGU), visando à análise descritiva sobre a arbitragem envolvendo o contrato de arrendamento do terminal de Libra no Porto de Santos/SP.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 A questão dos direitos patrimoniais disponíveis – uma discussão no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos

O problema atinente à aplicação da Lei de Arbitragem nos contratos de concessão diz respeito estritamente a essa questão da indisponibilidade do bem público e sua relação com o conceito de direito patrimonial disponível.

É sabido que, na arbitragem, pode ocorrer que a decisão proferida pelo árbitro resulte em constrição ou supressão de direitos para uma ou ambas as partes. Diante disso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já bastante questionou a possibilidade de, nesses casos, a administração pública abrir mão de um poder ou ceder em parte um direito para compor um conflito que surgiu dentro do contrato de concessão firmado com o particular.

Em função da especificidade dos serviços públicos, os setores de infraestrutura são os maiores geradores dessa modalidade de controvérsias envolvendo disponibilidade de direitos. Isto se explica pelo uso intensivo de novas tecnologias, pela necessidade de concorrência entre empresas e busca de eficiência econômica pelos agentes privados que atuam no setor.

Os serviços públicos estão sob a responsabilidade do Estado, a quem cabe prestá-los ou outorgar a um terceiro. Em alguns setores, a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada compete às agências reguladoras criadas para este fim. São esses entes reguladores que modelam a concessão, estudam e preparam as minutas dos editais e contratos e realizam os leilões e, por fim, firmam os contratos de concessão com a iniciativa privada, a exemplo do que ocorre com a Antaq, cuja atuação é objeto do presente estudo. Tanto a Lei de Concessões quanto as leis que instituíram as agências reguladoras, notadamente a Antaq, contêm dispositivos contendo previsão de que as controvérsias oriundas dos contratos firmados com terceiros serem dirimidas de forma amigável.

Conforme demonstrado acima, a arbitragem na Administração Pública encontra pleno respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, o que fora ratificado definitivamente pelo art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, alterado pela Lei nº 13.129/2015. Dito dispositivo prevê que a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

As expressões direito disponível ou indisponível comportam significados múltiplos. A “indisponibilidade” retrata a pura e simples impossibilidade de renúncia a deter-

minado direito material ou ainda a impossibilidade de venda ou doação. No âmbito das relações patrimoniais privadas, em regra, os direitos materiais são disponíveis. Assim, e em princípio, o particular pode dar a um bem de sua propriedade o destino que desejar. Por sua vez, a Administração Pública titulariza posições jurídicas que são em grande medida “indisponíveis”, posto que, por força da aplicação do princípio republicano, a nenhum agente público é dado desfazer-se de bens públicos a seu bel-prazer (MOREIRA NETO, 2010).

Por outro lado, a Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade (CF, arts. 5º, II, e 37, caput). Em regra, tal submissão independe da instauração de processo judicial. Trata-se de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a esse direito (MOREIRA NETO, 2010).

O fato de a Administração Pública reconhecer o direito do privado em uma relação havida com este, não significa que está dispondo, “abrindo mão”, de um bem público quando dá cumprimento a direito alheio. O reconhecimento da razão do particular precisará dar-se mediante devido processo administrativo; o cumprimento do dever junto ao particular precisará ser deferido pela autoridade administrativa competente (OLIVEIRA, 2010).

Na convenção arbitral, os contratantes dispõem essencialmente sobre posições jurídicoprocessuais, uma vez que, em regra, eles podem optar por não provocar a jurisdição estatal. Assim, podem igualmente, de modo consensual, encontrar outro modo de solução para o conflito, que lhes pareça mais adequado às peculiaridades concretas da situação litigiosa. Com isso, estão exercitando sua liberdade, sua autonomia, mas não porque pretendam abrir mão de seu direito material, mas sim porque desejam um modo de solução alternativo ao judicial (KOERICH, 2017).

Carmona (2009) afirma que são arbitráveis as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. No caso dos setores de infraestrutura, parece que em muitos casos não se envolve interesses fundamentais da coletividade e a questão da disposição dos bens remetem ao que já fora mencionado acima, no sentido de que a Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade e desde que o reconhecimento da razão do particular ocorra mediante devido processo administrativo (ou arbitral) e que o cumprimento do dever junto ao particular seja deferido pela autoridade administrativa (ou arbitral) competente.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que são disponíveis todos os interesses e os direitos neles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são objeto de contratação¹³. Em decorrência das peculiaridades presentes nas novas formas de parcerias firmadas entre a Administração e os particulares, notadamente o vulto e envergadura dos empreendimentos aos quais o Estado não pode dispensar a colaboração e o aporte de capital privado, procura-se flexibilizar a relação contratual, priorizando o equilíbrio de interesses das partes (WALD, 1996).

O escopo desta iniciativa é o de preservar e conciliar os interesses do concessionário e da Administração (e dos usuários dos serviços) relativos à boa, correta e justa governança da concessão outorgada, haja vista tratar-se de modalidade do contrato administrativo de colaboração.

No tocante aos contratos de concessão de serviços públicos, estes possuem cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário e, as segundas, as que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Neste sentido pode-se dizer que todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral. Todas as matérias que versarem sobre disponibilidade de direitos patrimoniais, poderão estar sob à égide arbitral. Há de ser notado, igualmente, que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade e este prisma coaduna-se com art. 1º da Lei no 9.307/96 (BRASIL, 1996).

Aragão (2008) entende que como decorrência da competência fiscalizatória, as agências reguladoras também aplicam as sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados.

Talamini (2010) possui entendimento no sentido de que no tocante ao exercício dessa competência, não parece viável submeter eventuais conflitos surgidos com o particular à solução pela via arbitral, não se tratando de direito disponível das partes. Assim, a agência não pode abrir mão de aplicar sanção, em caso de descumprimento de obrigações pelo agente regulador, nem o particular pode considerar o cumprimento de uma obrigação como direito disponível.

No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, entendendo que a fiscalização de determinada atividade que corresponda a um serviço público

13 Arbitragem nos contratos administrativos.

ou a alguma área econômica em que dependa de concessão ou permissão, a arbitragem não poderá ser empregada, pois estão envolvidos direitos indisponíveis¹⁴.

Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que todas as cláusulas que impliquem remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos o juízo arbitral, por tratarem de direitos indisponíveis.

No âmbito federal, a Lei 9.784/1999 estabelece expressamente que não é viável à administração renunciar à competência atribuída pela Lei (art. 11) e que nem mesmo podem ser objeto de delegação as matérias de competência exclusiva de determinado órgão ou autoridade (art. 13, inc. III) (BRASIL, 1999).

Entretanto, Talamini destaca que há hipóteses em que a própria legislação consagra os chamados acordos substitutivos, citando o caso da previsão veiculada pelo art. 29, parágrafo 1º, da Lei 9.656/98, que prevê que a ANS pode, ao apurar infração cometida por agente do setor regulado, suspender o processo de apuração e firmar compromisso de ajustamento de conduta. Entende Talamini que essa possibilidade decorre da própria aplicação do regime de Direito Administrativo, privilegiando a finalidade buscada com a norma sancionatória, obtendo a realização da conduta almejada.

Carlos Ari Sunfeld afirma: “Com essa demarcação, a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação. Para evitar confusão terminológica – que propicie um falso embate em face do princípio da indisponibilidade do interesse público –, passaremos a designar este requisito como a existência de um direito negociável”. (SUNDFELD, 2008).

Por isso, em termos de matéria (objeto) é plenamente possível inserir contratos administrativos oriundos de processos de desestatização (contratos de concessão) em um procedimento arbitral. Considerando-se que a concessão nada mais é do que a disponibilização de determinado serviço ou bem, pelo ente público a outrem, para a exploração de atividade originariamente a ele destinada, resta evidente a possibilidade de utilizar-se da arbitragem como forma e meio de se alcançar a solução de controvérsias oriundas de contratos de concessão. Isto porque as alterações advindas à Lei no 9.307/96, pela Lei 13.129/2015, admitem essa possibilidade.

14 Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 11, 2002

4.2 O caso de libra

O caso envolve contrato de arrendamento cujo objeto é exploração de instalação portuária no Porto de Santos. A Codesp (Companhia Docas do Estado de São Paulo) e a Libra 35 vinham litigando nas esferas administrativa e judicial acerca da execução do Contrato em ações envolvendo o inadimplemento do pagamento de valores devidos por Libra a Codesp a título de arrendamento, avaliados pela SEP e pela Codesp como sendo valores muito superiores ao previsto no inciso V do art. 3º do Decreto 8.465/2015.

Em 25 de junho de 1998 a Libra Terminal 35 S/A (“Libra”) firmou o Contrato PRES/032.98 (“Contrato”) com a Companhia Docas do Estado de São Paulo (“Codesp” ou “Companhia”) para o arrendamento dos terminais 34 e 35 localizados no Porto de Santos, que haviam sido objeto da Concorrência nº 12/97. O Contrato tem como objeto o direito da Libra de explorar a área sob administração da Codesp, de aproximadamente 100.000m², localizada na Ponta da Praia, na margem direita do Porto de Santos, e tem vigência de 20 anos, contados a partir da data de sua assinatura, sendo prorrogável por mais 20 anos.

Pelo direito de operar a área, a Libra comprometeu-se a realizar pagamentos mensais à Codesp, referentes à remuneração do arrendamento e à movimentação de contêineres, a serem pagas no prazo de cinco dias úteis contados da data de apresentação do respectivo faturamento.

Logo após a celebração do contrato, a arrendatária buscou renegociá-lo, e desde 1999 a empresa não realizou pagamentos previstos na avença, alegando exceção de contrato não cumprido e desequilíbrio econômico financeiro por fatos supervenientes imprevisíveis, tendo judicializado a questão.

Alega a Libra que a Codesp descumpriu compromissos contratuais em virtude de não remanejamento de vias rododiferroviárias, disponibilização de áreas menores que a prevista em edital e profundidade do berço de atracação inferior ao previsto no edital, o que ensejaria incidência da regra de *excepio non adimpleti* e também desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Segundo a Libra, o inadimplemento dessas obrigações prejudicou significativamente o desempenho de suas atividades no Terminal, tornando a exploração do Contrato de Arrendamento, tal como pactuado, inviável sob o ângulo econômico-financeiro. Conforme explica, a impossibilidade de explorar o Terminal de maneira adequada deveria ensejar, no seu entendimento, a aplicação da exceção do contrato não cumprido como forma de garantir que a remuneração por ela devida (equiparável a um “aluguel”) correspondesse à real capacidade de absorção das demandas de atracação, movimentação e armazenagem de contêineres. Por conseguinte, a Arrendatária passou a efetuar pagamentos a menor,³ reduzidos de forma proporcional ao des-

cumprimento das obrigações a cargo da CODESP, sem, no entanto, interromper as operações portuárias.

Em ação de cobrança movida pela Codesp, foi apontado o inadimplemento da Libra em relação ao pagamento de faturas referentes ao aluguel e à movimentação de contêineres na área objeto de arrendamento do Contrato PRES/032.98. Tendo em vista (i) a existência de diversos litígios entre essas partes envolvendo alegados descumprimentos de obrigações contratuais e necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, (ii) que tais litígios ainda não chegaram a termo, e (iii) e a necessidade de se obter uma decisão final, Codesp e Libra celebraram, em setembro de 2015, Termo de Compromisso Arbitral, por meio do qual foi declarada a extinção de um conjunto de processos envolvendo as duas partes, dentre os quais se inseriu a ação de cobrança ajuizada pela Codesp face da Libra, buscando o recebimento das faturas correspondentes às parcelas mensais previstas no Contrato PRES 032/98.

Essas faturas emitidas pela Codesp pelo arrendamento das áreas objeto e movimentação de cargas referentes ao Contrato firmado com a Libra, totalizam R\$ 2.786.309.381,90, em valores de 31 de agosto de 2017, conforme os critérios previstos na Cláusula Décima Segunda, descritos acima.

O Termo de Compromisso de Arbitragem foi celebrado em 02 de setembro de 2015. Com ele, os processos judiciais foram extintos sem resolução de mérito, em razão da celebração do compromisso arbitral, de modo que os litígios seriam resolvidos pelo tribunal arbitral.

A União atuou na arbitragem, conforme pedido apresentado por meio de Parecer 00482/2016/Conjur-MT/CGU/AGU. Em 21/02/2017 a União foi formalmente incluída no polo passivo da arbitragem. Já a Antaq informou por Ofício que figuraria apenas como interveniente no Termo de Compromisso Arbitral, não sendo considerada como parte.

Em conjunto com a celebração do compromisso arbitral, a União, com a interveniência da Codesp e da Antaq, celebrou Termo Aditivo, unificando os três contratos de arrendamento de Libra no Porto de Santos e prorrogou-os até 4 de setembro de 2035. O Tribunal arbitral foi instaurado em 26/05/2017. A sentença arbitral foi proferida em janeiro de 2019

Na decisão, o tribunal entendeu que não houve qualquer descumprimento do Contrato por parte da Codesp e foram apreciados pontos sobre concorrência desleal, entendeu o Tribunal que Libra não tem direito a revisão do seu contrato em razão da alegada concorrência desleal e que não se justifica uma revisão do equilíbrio econômico financeiro do contrato, mas apenas, quando muito, uma indenização por ato ilícito.

Também se abordou na decisão ponto relativo a direito revisional do contrato com base na superveniência de crises econômicas e majoração de tributos, tendo o tribunal

arbitral decidido não haver direito a Libra, uma vez que não ocorreram fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis ou força maior, caso fortuito ou fato do príncipe e em relação ao aumento de impostos, as alegações do concessionário foram genéricas e não demonstram qual tenha sido o seu impacto concreto na atividade de Libra.

Também foram decididas as controvérsias em torno do inadimplemento de Libra, onde o Tribunal entendeu que restou incontroverso que a empresa deixou de realizar o pagamento da integralidade do preço ajustado durante toda a vigência do contrato, com base na aplicação da exceção de contrato não cumprido prevista no art. 476 do Código Civil (BRASIL, 2002). No entanto, como restou reconhecido que não houve descumprimento contratual por parte da Codesp, reconheceu que Libra deve pagar à Codesp a diferença entre o que era devido em contrato e o que foi efetivamente adimplido, com os devidos acréscimos legais, obrigação que se estende desde o início da vigência do contrato em 1998.

Destaque-se que a todo o momento a decisão fundamenta seus entendimentos com base em análise dos pareceres de especialistas apresentados aos autos, o que confere ainda mais robustez e segurança jurídica ao caso. Por outro lado, é de se notar que houve celeridade no procedimento, que durou aproximadamente 2 anos para julgamento, o que é um período mais célere do que comumente duraria em um litígio judicial.

5. CONCLUSÃO

A arbitragem é um procedimento essencial para a melhoria do ambiente institucional da gestão pública brasileira. Trata-se de um instrumento de política de solução de conflitos que aumenta a segurança jurídica das partes envolvidas em contratos de concessão, possibilitando que litígios sejam resolvidos de forma célere e por árbitros técnicos e aptos a enfrentar as discussões.

O instituto da arbitragem é hoje normatizado pela Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que sofreu alterações com a edição da Lei 13.129/2015. Juntamente com as disposições da Lei 8.987/95 que autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão e também das disposições da Lei 12.815/2013 que permite o uso da arbitragem na solução de conflitos no setor portuário, validou-se juridicamente o uso do instituto no setor portuário.

Verificou-se que a possibilidade do uso da arbitragem, chamada de arbitrabilidade, pode ser dividida em dois aspectos: arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Em relação à arbitrabilidade subjetiva, observa-se que a 9.307/96 passou a abranger tanto instituições da administração pública direta como a indireta, tendo sido superada a dis-

cussão a tanto travada no âmbito de tribunais superiores do judiciário e também do Tribunal de Contas da União, no sentido de que não havia autorização legal para uso da arbitragem pela administração pública.

Por outro lado, verificou-se que em relação a arbitrabilidade objetiva as discussões giram em torno da interpretação da expressão direito patrimonial disponível. Em muito já se avançou quanto a esse ponto. Inclusive, boa parte da doutrina entende que a Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade (CF, arts. 5º, II, e 37, caput).

Esse poder não significa que está dispondo, “abrindo mão”, de um bem público quando dá cumprimento a direito alheio. Também já se construiu entendimento doutrinário no sentido de que o interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto se reveste de valor econômico, mas também pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Tais fundamentos vêm ao encontro da ideia de que é plenamente possível o uso da arbitragem para dirimir controvérsias em torno de disposições de objeto e de conteúdo econômico financeiro no âmbito de contratos de concessão.

No setor portuário, o assunto foi regulamentado pelo Decreto 8.645/2015, que estabelece quais matérias podem ser objeto de arbitragem, citando a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

Todavia, foi demonstrado que as hipóteses em apreço configuram apenas hipóteses exemplificativas. Portanto, em termos de arbitrabilidade objetiva, o Decreto não representa um avanço tão significativo, uma vez que a fórmula genérica consagrada no art. 1º, §1º, da Lei 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 13.129/2015, relegando a definição do alcance da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, nos contratos de concessão e arrendamento, é suficiente para fundamentar o uso da arbitragem pela Antaq.

Além disso, foi infeliz a exclusão da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da abrangência das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão, arrendamento e autorização, pois é da natureza e da própria vocação do juízo arbitral a resolução de disputas de cunho predominantemente técnico, como é o caso de controvérsias que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos com o Poder Público.

Some-se a isso o fato de que o Decreto não previu hipóteses não passíveis de arbitragem, como as hipóteses envolvendo a função normativa da agência reguladora.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Joao Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. Revista Digital de Direito Administrativo. Usp, 2017. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANCHER, Paulo. Solução de controvérsias e as agências reguladoras. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 1, p. 40-56, jan./mar. 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96, 3ª ed, Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, no 98, p. 128, abril/junho de 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, p 202-203, 1966. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66490/69100>>. Acesso em: 02 maio 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 5-10, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FONTES, João Roberto Egydio Piza; AZEVEDO, Fábio da Costa. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 4, p. 87-100, jul./dez. 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). A arbitragem internacional e a lei brasileira de arbitragem – Lei nº 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Aspectos Atuais da Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 32, p. 14-20, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 233, p. 377- 385, jul./set. 2003.

KOERICH, Guilherme Back. Arbitragem nos contratos administrativos: a relativização dos dogmas da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público: perspectivas. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, n. 17, p. 342-354, jul./set. 2002.

LIMA, Cláudio Viana de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV da Lei de Concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 209, p. 91-104, jul./set. 1997.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: Direito administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. Revista Direito Mackenzie, 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Da impossibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos. Revista Licitar, São Paulo, n. 4, p. 23-28, out. 1997.

SANTOS, Mauricio Gomm Ferreira dos. Reconhecimento e execução do laudo arbitral internacional no Mercosul. In: TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes. Arbitragem e Poder Publico. Saraiva,

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: RDA, n. 248, p. 120, maio/ago. 2008

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 333-358.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. Revista Forense, v. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de. Decisões de tribunais revelam posição próarbitragem. Consultor Jurídico, 21 dez. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravelarbitragem>. Acesso em: 2 dez. 2018.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável