

Arbitragem na administração pública:

um olhar sobre as concessões rodoviárias federais

Oscar César de Jesus Rocha

Julia Maurmann Ximenes

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas 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

Adriano Cesar Ferreira Amorim

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

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

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

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo.

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

|

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC



Arbitragem na administração pública: um olhar sobre as concessões rodoviárias federais

Oscar César de Jesus Rocha

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista Controle da Desestatização e da Regulação.

Orientador(a):

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Banca examinadora:

Prof. Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ROCHA, Oscar César de Jesus. **Arbitragem na administração pública: um olhar sobre as concessões rodoviárias federais**. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Oscar César de Jesus Rocha

TÍTULO: Arbitragem na administração pública: um olhar sobre as concessões rodoviárias federais

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Nome: Oscar César de Jesus Rocha

e-mail: oscar.ocjr@gmail.com

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Rocha, Oscar César de Jesus

Arbitragem na administração pública: um olhar sobre as concessões rodoviárias federais / Oscar César de Jesus Rocha. – Brasília: ISC/TCU, 2023.

(Monografia de Especialização – Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Corrêa)

1. Controle da Desestatização e da Regulação. 2. Arbitragem 3. Concessões 4. Rodovias. 5. Arbitragem na administração pública.

CDU 02
CDD 020

Arbitragem na administração pública: um olhar sobre as concessões rodoviárias federais

Oscar César de Jesus Rocha

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Brasília, 5 de abril de 2023.

Banca Examinadora:

Profa. Doutora Julia Maurmann Ximenes (PPGSol/UnB)
Orientadora
Escola Nacional de Administração Pública - ENAP

Prof. Doutor Rodolfo Tsunetaka Tamanaha (PPGD/USP)
Avaliador
Faculdade Presbiteriana Mackenzie Brasília - FPMB

Dedico esta monografia ao meu amado pai Elísio e à minha querida mãe Maria de Lourdes, que estão em memória. Suas presenças e apoio ao longo da minha vida foram fundamentais para minha formação acadêmica e pessoal. Vocês sempre foram exemplos de dedicação, sabedoria e amor incondicional. Mesmo não estando fisicamente presentes, sinto a força e a influência positiva de vocês em cada passo que dou. Esta conquista é dedicada a vocês, que sempre acreditaram em mim e me inspiraram a alcançar meus objetivos.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, expresso minha gratidão a Deus pela saúde e pelo constante cuidado em minha vida. Sem Sua graça e proteção, eu não teria chegado até aqui.

À minha amada esposa Simone e ao meu querido filho Gustavo, meu sincero agradecimento pelo carinho, compreensão e apoio incondicional nos momentos em que precisei me ausentar do convívio para me dedicar ao desenvolvimento desta monografia. Vocês foram meu suporte emocional e minha motivação ao longo dessa jornada acadêmica.

Ao Tribunal de Contas da União (TCU), sou imensamente grato pela concessão desta oportunidade de aprimoramento profissional por intermédio da aquisição de novos e valiosos conhecimentos.

Ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) e a toda sua equipe excepcional, expresso meu reconhecimento pelo curso de especialização que proporcionaram. O corpo docente de alto gabarito, o cuidado e a atenção dispensados aos discentes durante todo o programa evidenciam o compromisso com o nosso desenvolvimento profissional. Sou grato por essa experiência enriquecedora.

À Professora Dra. Julia Maurmann Ximenes, gostaria de expressar minha profunda gratidão pela generosa orientação que me ofereceu ao longo da realização desta monografia. Sua atenção, paciência e incentivo foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Ao Professor Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha, membro da banca examinadora, agradeço sinceramente pelos valiosos comentários e sugestões que contribuíram para o aprimoramento deste trabalho.

Aos meus colegas de pós-graduação, agradeço pelo companheirismo e camaradagem demonstrados ao longo do curso. Compartilhamos momentos de aprendizado, desafios e superações, e sou grato por ter tido a oportunidade de trilhar esse caminho ao lado de pessoas tão dedicadas e motivadas.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para este trabalho, o meu mais sincero agradecimento.

Resumo

O estudo buscou conhecer as arbitragens em curso e avaliar a tempestividade da resolução dos litígios pela jurisdição arbitral no âmbito dos contratos de concessões de rodovias federais. Coletaram-se informações na literatura, na legislação federal, nas decisões do Tribunal de Contas da União e nas decisões das câmaras arbitrais publicizadas nos sítios eletrônicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da Advocacia Geral da União. O estudo buscou responder à seguinte indagação: as arbitragens envolvendo os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal têm correspondido às expectativas de resolução célere das controvérsias? Utilizou-se o prazo máximo estabelecido pelo Decreto 10.025/2019 como critério de avaliação de celeridade. Os resultados indicam a existência de nove procedimentos arbitrais em curso envolvendo oito concessionárias e um montante controvertido superior a 5 bilhões de reais. Até a conclusão do estudo não houve sentença final de mérito em nenhuma das nove arbitragens e em apenas duas delas foram exaradas decisões parciais de mérito. Essas decisões parciais ocorreram em virtude da bifurcação do procedimento arbitral, separando as questões eminentemente jurídicas daquelas matérias técnicas que exigem produção de prova pericial. O estudo conclui pela ausência de evidência empírica que permita confirmar a hipótese de que a especialização dos árbitros resulta em decisões céleres. Adicionalmente, constatou-se que as cautelares arbitrais concedidas têm embaraçado o exercício da regulação estatal dos contratos administrativos celebrados, impedindo o desempenho das competências legais da agência reguladora em seu papel de ente gestor da concessão federal outorgada, a exemplo do impedimento de proceder descontos tarifários, de aplicar penalidades e de impor de obrigações, comprometendo sobremaneira o *enforcement* da agência reguladora sobre as concessionárias.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Concessões; Rodovias.

Abstract

The study aimed to understand the ongoing arbitrations and evaluate the timeliness of dispute resolution by the arbitral jurisdiction within the scope of federal highway concession contracts. Information was collected from literature, federal legislation, decisions of the Federal Court of Accounts, and decisions of the arbitral chambers published on the websites of the National Land Transportation Agency and the Attorney General's Office. The study aimed to answer the following question: have arbitrations involving federal road infrastructure concession contracts met expectations for timely resolution of disputes? The maximum deadline established by Decree 10,025/2019 was used as the criterion for evaluating timeliness. The results indicate the existence of nine ongoing arbitration procedures involving eight concessionaires and a disputed amount exceeding 5 billion reais. As of the conclusion of the study, there was no final judgment on the merits in any of the nine arbitrations, and only two partial judgments on the merits were issued. These partial decisions occurred due to the bifurcation of the arbitration procedure, separating purely legal issues from technical matters that require expert evidence. The study concludes that there is no empirical evidence to confirm the hypothesis that arbitrator specialization results in prompt decisions. Additionally, it was found that the granted arbitral interim measures have hindered the exercise of state regulation of the administrative contracts, preventing the regulatory agency from performing its legal competencies as the federal concession manager, such as preventing tariff discounts, applying penalties, and imposing obligations, greatly compromising the agency's enforcement over the concessionaires.

Keywords: Arbitration; Public Administration; Concessions; Highways.

Lista de figuras

FIGURA 1 – SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.....	49
FIGURA 2 – ARBITRAGENS ENVOLVENDO AGÊNCIAS REGULADORAS.....	74
FIGURA 3 – PRAZOS DE DELIBERAÇÃO EM ARBITRAGENS RODOVIÁRIAS DA ANTT	106

Lista de quadros

QUADRO 1 - EVOLUÇÃO TEMPORAL DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ARBITRAGEM	42
QUADRO 2 - EVOLUÇÃO TEMPORAL DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU SOBRE ARBITRAGEM.....	70
QUADRO 3 – ARBITRAGENS EM CURSO ENVOLVENDO CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS	74
QUADRO 4 – PRAZOS DE DELIBERAÇÃO EM ARBITRAGENS RODOVIÁRIAS DA ANTT	106

Lista de abreviaturas e siglas

AGU	Advocacia-Geral da União
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CAM-CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CAPEX	<i>Capital Expenditure</i> (Investimentos em bens de capital)
CC	Código Civil
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
LA	Lei de Arbitragem
PER	Programa de Exploração Rodoviária
PROCROFE	Programa de Concessões de Rodovias Federais
TCU	Tribunal de Contas da União

Sumário

1.	Introdução	16
1.1.	Problema e justificativa	20
1.2.	Objetivos	21
1.2.1.	Objetivo geral	21
1.2.2.	Objetivos específicos	21
1.3.	Metodologia	22
2.	Arbitragem	25
2.1.	Os conflitos de interesse	25
2.2.	As formas de solução de conflitos	27
2.2.1.	As formas autocompositivas	29
2.2.2.	As formas heterocompositivas	32
2.3.	Os princípios básicos da arbitragem	36
2.3.1.	Princípio do livre convencimento motivado	36
2.3.2.	Princípio da igualdade das partes	36
2.3.3.	Princípio do contraditório	36
2.3.4.	Princípio da imparcialidade do árbitro	37
2.3.5.	Princípio da separabilidade da convenção de arbitragem	37
2.3.6.	Princípio da Competência-Competência	37
2.3.7.	Princípio da não denegação da justiça	38
2.3.8.	Princípio da não revisão do mérito da sentença arbitral	38
2.3.9.	Outros princípios	38
2.4.	Vantagens e desvantagens da arbitragem em geral	39
2.4.1.	Especialização	39
2.4.2.	Rapidez	40
2.4.3.	Irrecorribilidade	40
2.4.4.	Informalidade	40
2.4.5.	Confidencialidade	41
2.4.6.	Onerosidade	41
2.4.7.	<i>Tradeoff</i> especialização/rapidez <i>versus</i> onerosidade	41
2.5.	Evolução histórica da arbitragem	41
2.6.	Arbitragem no Brasil	42
2.6.1.	A arbitragem pelo antigo CPC (Lei 5.869/1973)	44
2.6.2.	A Lei Geral de Arbitragem (Lei 9.307/1996)	45
2.6.3.	A arbitragem pelo novo CPC (Lei 13.105/2015)	46
2.6.4.	A reforma da Lei Geral de Arbitragem (13.129/2015)	46
2.6.5.	O sistema de justiça multiportas	47
2.7.	Arbitragem na administração pública	50
2.7.1.	A arbitralidade subjetiva	51
2.7.2.	A arbitralidade objetiva	51
2.7.3.	A convenção de arbitragem	62
2.7.4.	O critério da arbitragem de direito	67
2.7.5.	O requisito da publicidade	68
2.7.6.	Jurisprudência do TCU sobre arbitragem	70
3.	Arbitragem no âmbito das concessões de rodovias federais	73

3.1.	Caso Galvão.....	76
3.1.1.	Da cláusula compromissória.....	77
3.1.2.	Do requerimento de arbitragem.....	78
3.1.3.	Da Ata de Missão.....	78
3.1.4.	Da Sentença Parcial de Mérito (10/10/2020).....	80
3.2.	Caso Via040.....	82
3.2.1.	Da cláusula compromissória.....	82
3.2.2.	Do requerimento de arbitragem.....	82
3.2.3.	Da Ata de Missão.....	82
3.2.4.	Do pedido de revogação da medida cautelar deferida judicialmente.....	83
3.2.5.	Da Sentença Arbitral Parcial (16/11/2021).....	85
3.3.	Caso CRO.....	86
3.3.1.	Da Ata de Missão.....	87
3.3.2.	Do pedido de revogação da medida cautelar deferida judicialmente.....	87
3.4.	Caso Concebra.....	89
3.4.1.	Da cláusula compromissória.....	90
3.4.2.	Do requerimento de arbitragem.....	90
3.4.3.	Da Ata de Missão.....	92
3.4.4.	Da Ordem Processual n. 3 – Apreciou pedido de revogação da cautelar.....	92
3.4.5.	Da Ordem Processual n. 8 – Apreciou pedido de reconsideração.....	94
3.5.	Caso MSVIA.....	95
3.5.1.	Da cláusula compromissória.....	95
3.5.2.	Do requerimento de arbitragem.....	95
3.5.3.	Da Ata de Missão.....	97
3.5.4.	Do pedido de manutenção e ampliação da tutela judicial de urgência.....	98
3.6.	Caso VIABAHIA.....	99
3.6.1.	Da cláusula compromissória.....	99
3.6.2.	Do requerimento de arbitragem.....	101
3.6.3.	Do Termo de Arbitragem.....	101
3.6.4.	Da Ordem Processual n. 3 – Apreciou pedido de cautelar.....	103
3.6.5.	Da Ordem Processual n. 5 – Jurisdição arbitral e cautelar pré-arbitral.....	103
3.7.	Análise dos Resultados.....	105
4.	Considerações Finais.....	109
5.	Referências.....	112

1. Introdução

A arbitragem é um meio de jurisdição privada presente na civilização desde a Idade Antiga e, portanto, antecede a jurisdição estatal (FIGUEIRA JR., 2019, p.2).

O instituto jurídico também não é uma novidade em território brasileiro, tendo sido objeto de legislação desde o período colonial no qual vigiam as Ordenações do Reino de Portugal (Franzoni, 2018, p. 36; FIGUEIRA JR., 2019, p. 8).

Não obstante a existência de autorização legal para utilização da arbitragem, por vezes as normas vigentes criavam muitos entraves tornando o instituto ineficaz a ponto de desestimular os litigantes a elegerem a via arbitral, justificando, em certa medida, “a ausência de efetiva utilização e conseqüente falta de tradição do instituto no Brasil” (FIGUEIRA JR., 2019, p. 36-38).

Nesse contexto, consolidou-se na sociedade brasileira a cultura da litigância judicial fundada na equivocada crença estabelecida no inconsciente popular de que somente a jurisdição estatal estaria apta a solucionar os conflitos de interesse e a promover a pacificação social, como se não existissem outras formas de resolução de controvérsias (LIMA, 1997, p. 2; LIMA, 2021).

A concentração de processos no âmbito do Judiciário foi tornando a prestação jurisdicional estatal cada vez mais lenta e, conseqüentemente, anacrônica. Nas primeiras décadas do século XIX, Barbosa (2019, p. 59) criticava a morosidade da jurisdição estatal: “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

A partir da promulgação da Constituição de 1988 o acesso ao poder judiciário foi sendo ampliado e facilitado, ocasionando o incremento do número de processos em proporção muito superior à capacidade de julgamento estatal, fenômeno que intensificou ainda mais a morosidade processual e, conseqüentemente, a insatisfação dos jurisdicionados (LIGMANOVSKI, 2018, p. 37). Como não conseguia atender a contento a finalidade para a qual havia sido constituída, a jurisdição estatal passou a ser desacreditada. (AZEVEDO, 2018, p. 22).

Essa crise da jurisdição estatal provocou a necessidade de promover profundas e abrangentes reformas nas formas de resolução de conflitos e de prestação de tutela jurisdicional (FIGUEIRA JR., 2019, p.51). Segundo Azevedo (2018, p. 22), é nesse

“contexto crítico de efetividade da prestação jurisdicional [...] que ressurge a arbitragem como mecanismo adequado de solução de conflitos”. Ligmanovski (2018, p. 37) observa que devido a seu elevado custo financeiro, a viabilidade da arbitragem concentra-se em causas complexas e que envolvem vultosos valores em discussão, não sendo adequado, portanto, atribuir a ela a tarefa de desafogar o judiciário.

Com a promulgação da Lei 9.307/1996, surge, pela primeira vez, uma norma específica e moderna sobre arbitragem, alinhada com as diretrizes internacionais (FRANZONI, 2018, p. 36). Segundo Figueira Jr. (2019, p. 51), a Lei de Arbitragem revolucionou a cultura jurídica brasileira ao oferecer “mais uma forma de resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, especialmente os mais complexos, de elevado valor econômico”. O autor, entretanto, alerta para a necessidade de se romper com o chamado “mito do monopólio estatal da jurisdição” e [...] exorcizar “o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato”.

No que tange à possibilidade ou não de a Administração Pública valer-se da via arbitral para a resolução de disputas decorrentes de contratos públicos, duas correntes doutrinárias levaram anos discutindo a questão: (i) uma corrente entendia que a arbitragem não seria cabível em quaisquer casos em que a Administração Pública, direta ou indireta, integrasse a relação contratual, pois a hipótese caracterizaria a chamada inarbitrabilidade subjetiva; (ii) a outra corrente, mais flexível, entendia que Administração Pública poderia utilizar-se a arbitragem desde que, estivessem em disputa interesses patrimoniais disponíveis, circunscrevendo eventual restrição ao âmbito da arbitralidade objetiva. (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 50-53; CARMONA, 2021).

Mesmo após a promulgação da Lei de Arbitragem, o Tribunal de Contas da União (TCU) manteve, por algum tempo, posição contrária à ampla aplicação da arbitragem pela Administração Pública, admitindo-a somente em setores nos quais havia autorização específica em lei (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 50-53).

Esse posicionamento do órgão de controle era criticado por parcela relevante da doutrina, pois era incontroverso que a Administração Pública era uma pessoa jurídica capaz de contratar e a Lei de Arbitragem consignava expressamente, em seu artigo 1º, que “quaisquer pessoas capazes de contratar” poderiam adotar a via arbitral (BRASIL, 1996).

Pereira, Ávila e Albuquerque (2022) observam que a jurisprudência do TCU relativa à possibilidade de utilização da arbitragem como meio alternativo de solução

de controvérsias pelo setor público evoluiu lentamente, partindo de uma postura extremamente refratária por ocasião da Decisão 188/1995 – TCU – Plenário, passando a admiti-la em contratos de Parceria Público Privada (PPP) a partir do Acórdão 1.330/2007 – Plenário, e de forma mais ampla somente depois do Acórdão 157/2012 – TCU – Plenário.

Nesse ambiente de insegurança jurídica, considera-se compreensível que os gestores públicos ficassem receosos de celebrar contratos públicos contendo cláusulas compromissórias prevendo a possibilidade de resolução de conflitos pela via arbitral (CARMONA, 2021).

Finalmente, em 2015, com a promulgação da Lei 13.129, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), restou superada a controvérsia sobre a arbitralidade subjetiva da Administração Pública, pois a norma passou a consignar expressamente que administração pública direta e indireta poderia se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 2015c, art. 1º, § 1º). A partir desse momento restou incontroversa a possibilidade de o contrato público conter cláusula compromissória (aquela que é firmada em abstrato, antes de a controvérsia surgir) e que, na ausência desta, compromisso arbitral (firmado após o surgimento da controvérsia) poderia ser posteriormente celebrado pela Administração Pública.

Não obstante a existência de autorização legal para utilização da via arbitral pela Administração Pública, ainda restavam dúvidas que careciam de resposta para a implementação segura do instituto, a exemplo de: (i) como identificar, na prática, quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis?; (ii) como escolher os árbitros sem afrontar o princípio da impessoalidade?; (iii) como credenciar as câmaras arbitrais?; (iv) como remunerar os serviços da câmara arbitral, dos árbitros e de eventuais peritos?; e (v) como concretizar o princípio da publicidade na via arbitral?

A primeira dúvida começou a ser enfrentada por meio do Decreto 8.465/2015, que, ao regular a arbitragem exclusivamente para o setor de portos, apresentou um rol exemplificativo com três hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem objeto de arbitragem naquele setor (BRASIL, 2015a, art. 2º). Mas, somente com promulgação da Lei 13.448/2017, que dispôs sobre a prorrogação antecipada e a relicitação de contratos de concessão nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, três hipóteses de litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis foram expressamente reconhecidas em lei como

passíveis de serem objeto de arbitragem no âmbito de contratos dos citados setores de infraestrutura (BRASIL, 2017, art. 31, § 4º).

Anos depois, por meio do Decreto 10.025/2019 (que revogou o Decreto 8.465/2015 – que disciplinava a arbitragem exclusivamente no setor de portos), finalmente regulou-se, de maneira mais ampla e detalhada, a arbitragem nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário da administração pública federal. No plano temporal, embora o decreto se aplique às convenções de arbitragem firmadas após início de sua vigência, permitiu-se a realização de aditamentos contratuais com vistas a introduzir cláusula compromissória em contratos pretéritos (BRASIL, 2019b).

O referido decreto buscou orientar a celebração de convenções de arbitragem por meio da: (i) indicação dos tipos de disputas que poderiam ser submetidas à arbitragem, porquanto enquadráveis na categoria de direitos patrimoniais disponíveis; (ii) exigência de que a decisão administrativa contestada em arbitragem fosse definitiva, insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo; (iii) preferência pela arbitragem institucional em detrimento da *ad hoc*; (iv) exigência de credenciamento das câmaras arbitrais pela Advocacia Geral da União (AGU); (v) exigência que as arbitragens fossem sediadas no território brasileiro e conduzidas em língua brasileira; (vi) exigência que a decisão arbitral fosse fundamentada nas regras de direito material da legislação brasileira; (vii) exigência prazo máximo de 24 meses, prorrogável uma única vez, para apresentação da sentença arbitral; (viii) exigência de requisitos mínimos para credenciamento de câmara arbitral e para escolha de árbitros; (ix) atribuição à AGU a competência de representar a União e as entidades da administração pública federal perante o juízo arbitral; e (x) especificação de critérios para pagamento das obrigações pecuniárias decorrentes de eventual condenação arbitral (BRASIL, 2019b).

Segundo Zaroni (2022), “ao disciplinar a arbitragem como método de solução de disputas no setor de infraestrutura, a legislação cria forte incentivo ao seu emprego e confere maior segurança jurídica a todos participantes do segmento”.

Para o autor, “a arbitragem vem se estabelecendo como instrumento célere e especializado de solução de conflitos complexos e de índole eminentemente técnica, tal como sucede nas concessões rodoviárias”, razão pela qual “grandes disputas do segmento rodoviário têm migrado do Judiciário para os tribunais arbitrais” (ZARONI, 2021).

1.1. Problema e justificativa

Como visto na introdução, a cultura da litigância judicial e o mito do monopólio da jurisdição estatal estiveram presentes na sociedade brasileira e por vezes contribuíram para a falta de tradição na aplicação da arbitragem e de outros métodos extrajudiciais de solução de controvérsias no Brasil.

Após a reforma introduzida pela Lei 13.129/2015 na Lei de Arbitragem e sua regulamentação para vários setores de infraestrutura, por meio do Decreto 10.025/2019, a arbitragem passou a ser efetivamente utilizada para dirimir conflitos de natureza patrimonial disponível no bojo dos contratos de concessão de rodovias federais.

À guisa de exemplo, pode-se citar matéria jornalística informando a iminência da redução do pedágio da concessionária de rodovias Concebra, fruto de decisão do Tribunal Arbitral que revogou a decisão judicial provisória que obstava o cumprimento da revisão tarifária que fora determinada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (PEDÁGIO, 2020). Esse juízo arbitral, meses depois, determinou que a agência reguladora se abstinhasse de “considerar, no cálculo da tarifa de pedágio, o impacto financeiro de eventuais valores recebidos a maior pela concessionária” em um determinado período (POR DECISÃO ARBITRAL, 2021).

Posteriormente, noticiou-se que outro Tribunal Arbitral decidira favoravelmente à ANTT e à União Federal em face da concessionária de rodovias Galvão, imputando-lhe responsabilidade exclusiva pelo descumprimento dos parâmetros de desempenho ensejadores da declaração de caducidade do contrato de concessão (ARBITRAGEM, 2020).

As citadas decisões, entretanto, ainda não solucionaram completamente as controvérsias a ponto de permitirem o encerramento dos procedimentos arbitrais, porquanto adotadas, respectivamente, em sede de cautelar e de sentença parcial de mérito, não se tratando de sentenças finais de mérito.

A rápida resolução das controvérsias pela via arbitral é apontada pela literatura como uma importante vantagem da jurisdição privada em relação à estatal (FIGUEIRA JR, 2019, p. 134-135; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30). No âmbito das concessões de infraestrutura de transporte rodoviário, a célere solução dos conflitos permite destravar os vultosos investimentos já contratados com objetivo de atender ao

interesse público primário, consubstanciado no interesse público social e da coletividade como um todo.

Nesse sentido, o inciso II c/c o parágrafo único do art. 8º do Decreto 10.025/2019 estabelece que a sentença arbitral deve ser apresentada no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data de celebração do termo de arbitragem (ou ata de missão), admitindo-se uma única prorrogação desde que exista acordo entre as partes e o período não exceda 48 (quarenta e oito) meses (BRASIL, 2019b).

Nesse contexto, deseja-se verificar se a propalada maior especialização dos árbitros em relação à magistratura estatal no que concerne às matérias controvertidas e aos complexos objetos dos contratos de concessões rodoviárias tem resultado em decisões suficientemente céleres para pacificar os conflitos, contribuindo para a concretização dos investimentos esperados.

Considerando a atualidade da temática arbitragem nas concessões rodoviárias federais, a alta materialidade envolvida nas controvérsias submetidas à jurisdição arbitral, e a relevância da matéria, este trabalho enseja a realização de levantamento com o objetivo de conhecer as arbitragens em curso no setor, os principais litígios envolvidos e responder a seguinte questão: as arbitragens envolvendo os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal têm correspondido às expectativas de resolução célere das controvérsias?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo geral

O objetivo geral do estudo é conhecer as arbitragens em curso, os principais litígios e avaliar a tempestividade das sentenças arbitrais relativas às controvérsias no âmbito de contratos de concessão rodoviária federal.

1.2.2. Objetivos específicos

Os objetivos específicos do estudo serão:

- a) compreender a origem dos conflitos e os diferentes meios de solução;

- b) compreender a arbitragem, seus princípios, suas vantagens e sua evolução histórica;
- c) compreender as especificidades da arbitragem no âmbito do setor público;
- d) conhecer a evolução da jurisprudência do TCU sobre arbitragem no âmbito do setor público;
- e) conhecer as arbitragens em curso envolvendo concessões de rodovias federais;
- f) conhecer as decisões arbitrais já proferidas envolvendo concessões de rodovias federais.

1.3. Metodologia

O objetivo da pesquisa é conhecer as arbitragens em curso, os principais litígios e avaliar a tempestividade das sentenças arbitrais relativas a controvérsias no âmbito de contratos de concessão rodoviária federal. Para conseguir esse intento será necessário realizar um levantamento para posterior elaboração de um panorama das arbitragens em curso no referido setor.

Segundo Gil (2018, p. 26), “as pesquisas descritivas têm como objetivo a descrição das características de determinada população ou fenômeno” e majoritariamente “são realizadas com objetivos profissionais”.

No que tange ao delineamento, a pesquisa proposta pode ser classificada como bibliográfica. Para Gil (2018, p. 28), “a pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado” como “livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos”, sem prejuízo de “incluir outros tipos de fontes, como discos, fitas magnéticas, CDs, bem como o material disponibilizado pela Internet”.

Espera-se obter evidência empírica que permita avaliar se a especialização dos julgadores e a irrecorribilidade das decisões têm sido suficientes para atender à expectativa de resolução célere das controvérsias relativas aos contratos de concessões rodoviárias pelo juízo arbitral.

As fontes de informações serão a revisão bibliográfica, a legislação federal, os normativos, as decisões da corte federal de contas e conteúdos sobre arbitragens em curso disponíveis nos sítios eletrônicos da AGU e da ANTT, especialmente o Portal de Arbitragens da ANTT (<https://portal.antt.gov.br/arbitragem>).

Dentre as arbitragens em curso, serão examinados os casos em que o Tribunal Arbitral prolatado alguma sentença, mesmo que parcial, ou deliberado pela manutenção, modificação ou revogação de medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário em sede de liminar pré-arbitral. Observando esses critérios, serão analisados apenas seis casos dentre as nove arbitragens em curso, quais sejam: (i) GALVÃO; (ii) VIA040; (iii) CRO; (iv) CONCEBRA; (v) MSVIA e (vi) VIABAHIA. Para as três arbitragens em curso que não se enquadram nos critérios estabelecidos, serão coletadas apenas as informações necessárias para avaliar o atendimento da expectativa de celeridade do procedimento: (i) MGO; (ii) VIA040; e (iii) ALS.

Será adotado como critério para o exame da celeridade ou não do procedimento arbitral, o “prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem” estabelecido pelo inciso II do art. 8º do Decreto 10.025/2019, desprezando-se a extraordinária extensão até o limite de quarenta e oito meses permitida apenas quando existe acordo entre as partes (BRASIL, 2019b).

Segundo Albuquerque (2022), trata-se de “prazo razoável para análise de conflitos complexos envolvendo a Administração Pública, fixado como forma de assegurar a celeridade ao procedimento arbitral”.

Importa observar, contudo, que como a maioria das disposições do Decreto 10.025/2019 não se aplicam as arbitragens que porventura tenham sido objeto de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) firmada antes de 23/9/2019 (art. 16), o prazo regulamentar de 24 meses presta-se apenas como referencial para avaliação da celeridade processual no âmbito deste estudo (BRASIL, 2019b).

Além da introdução, da exposição do problema e da justificativa da pesquisa, dos objetivos geral e específicos, e da metodologia (Capítulo 1), este trabalho está estruturado mais três capítulos.

O Capítulo 2 apresenta o referencial teórico sobre a arbitragem e encontra-se dividido em sete tópicos. O tópico 2.1 cuida dos conflitos de interesse desde o surgimento da necessidade até a caracterização da lide. O tópico 2.2 apresenta as formas de solução de conflitos. O tópico 2.3 cuida dos princípios da arbitragem. O tópico 2.4 explana as vantagens e desvantagens da arbitragem em geral. O tópico 2.5

trata da evolução histórica da arbitragem. O tópico 2.6 cuida da arbitragem no Brasil. O tópico 2.7 trata da arbitragem na administração pública brasileira.

O Capítulo 3 cuida especificamente da arbitragem no âmbito das concessões de rodovias federais e encontra-se dividido sete tópicos, sendo seis abordando casos de arbitragens em curso (tópicos 3.1 ao 3.6) e um de análise dos resultados (tópico 3.7).

Por fim, no Capítulo 4 apresentam-se as considerações finais.

2. Arbitragem

2.1. Os conflitos de interesse

Este tópico possui o objetivo de compreender o conflito de interesse como um fenômeno natural inerente à vida em sociedade, identificando o percurso desde o surgimento de uma necessidade humana, passando pelo despertar do interesse pelo bem da vida capaz de satisfazê-la, pela pretensão de obtenção desse bem até identificação de eventual resistência caracterizadora do conflito intersubjetivo de interesse.

O ser humano é um ser gregário e vocacionado para a vida grupal, um animal político que nasce com a tendência de viver em sociedade haja vista necessitar de seus semelhantes não apenas para sua própria sobrevivência, mas também para seu aperfeiçoamento social, político e cultural (ALVIM, 2022, p. 34).

A ordem jurídica possui como atribuição coordenar e harmonizar as relações intersubjetivas visando a maximização da realização dos valores humanos e a minimização de sacrifícios e desgastes, utilizando-se os critérios de justiça e qualidade prevalentes em determinado tempo e lugar (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 25).

Não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*), bem como não há direito sem sociedade (*ubi jus ibi societas*). Essa forte correlação existente entre sociedade e direito decorre da função ordenadora que o direito exerce na sociedade, mediante a coordenação de interesses individuais objetivando a organização da cooperação entre as pessoas e a composição de eventuais conflitos entre os próprios membros (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 25)

No contexto social, o ser humano possui necessidades, revela seus interesses, manifesta suas pretensões e experimenta conflitos de interesses.

A necessidade é definida como a falta de alguma coisa, seja um bem material ou imaterial, e é caracterizada, segundo Alvim (2022, p. 34-37) por uma “situação de carência ou desequilíbrio biológico ou psíquico”, estabelecendo “uma relação de dependência do homem para com algum elemento”. Esse bem da vida é o elemento, material ou imaterial, capaz de satisfazer, ou que satisfaz, a uma determinada necessidade humana. Para satisfazer a essa necessidade humana, o bem da vida deve, naturalmente, possuir a aptidão da utilidade. A posição ou situação existente na

relação entre o homem que experimenta a necessidade (sujeito do interesse) e o bem apto a satisfazê-la (objeto do interesse) é o que se denomina interesse. Esse interesse pode ser classificado de várias formas: (i) imediato, quando a posição está apta a satisfazer diretamente a uma necessidade; (ii) mediato, quando a posição está apta a satisfazer apenas indiretamente a uma necessidade; (iii) individual, quando a razão está entre o bem e o indivíduo, conforme suas necessidades; (iv) coletivo, quando embora a razão também esteja entre o bem e o indivíduo, suas necessidades são apreciadas em relação às do grupo social; (v) primário, quando o juízo de utilidade considere o bem em si mesmo, como apto diretamente para satisfazer a necessidade; (vi) secundário, quando o juízo de utilidade estime que o bem, apenas indiretamente, como meio para a consecução de outro bem, que satisfaça à necessidade (ALVIM, 2022, p. 34-37).

Quando a posição ou situação (interesse) favorável à satisfação de uma necessidade exclui ou limita a posição ou situação (interesse) favorável à satisfação de outra necessidade ocorrem choques de forças que caracterizam o surgimento de conflitos de interesses em relação a determinados bens da vida (ALVIM, 2022, p. 37).

Como os bens da vida são limitados enquanto as necessidades e desejos humanos são ilimitados, torna-se praticamente inevitável o surgimento de conflitos de interesse. Nem o direito enquanto regulador da cooperação social consegue evitar ou eliminar o surgimento de conflitos, que por vezes são caracterizados por situações em que a pretensão de obtenção de determinado bem por um indivíduo não é satisfeita, seja porque quem poderia fazê-lo não o faz, seja porque a satisfação voluntária da pretensão é proibida pelo direito. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 26).

O conflito de interesse pode ser subjetivo ou intersubjetivo. O primeiro (subjetivo) é aquele que surge entre dois interesses de uma mesma pessoa, caso em que ele se encontra diante do dilema de ter de escolher entre duas necessidades, qual poderá satisfazer e qual terá de sacrificar. Como esse conflito circunscreve-se ao próprio sujeito envolvido, resolve-se no instante que a opção é realizada, pois imediatamente depois de realizada a escolha, o conflito deixa de existir. O segundo (intersubjetivo) é aquele que surge entre duas pessoas, sendo o mais preocupante para o Estado em razão do risco de desdobramento em soluções violentas decorrentes do eventual uso da força pelos interessados que desejam fazer seus interesses prevalecerem sobre os de seus opositores. Esse conflito pode ocorrer

entre: (i) interesses individuais; (ii) interesse individual e interesse coletivo; e (iii) dois interesses coletivos (ALVIM, 2022, p. 37-38).

Os conflitos de interesses apresentam causas de duas ordens, uma quantitativa e outra qualitativa. A primeira (quantitativa) decorre da insuficiência de determinados bens para a satisfação de todas as necessidades que os solicitam (raridade). A segunda (qualitativa), resulta da impossibilidade em que se encontram certos bens, de dar satisfação às necessidades em sentido contrário (ALVIM, 2022, p. 38).

A pretensão é “exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio” que surge nos casos em que o conflito intersubjetivo de interesses não se dilui e os contendores optam por efetivamente disputar o bem da vida para satisfazer suas necessidades. Cabe observar que a pretensão é uma mera manifestação (um ato), não tendo relação alguma com o direito em si, razão pela qual é possível tanto a existência de pretensão sem direito, denominada pretensão infundada, quanto o direito para o qual não existe pretensão, denominado direito inerte (ALVIM, 2022, p. 39).

Caso a pessoa não ofereça resistência à pretensão alheia e opte pela subordinação, o conflito estará pacificamente resolvido. Por outro lado, caso a pessoa discorde em subordinar seu próprio interesse ao interesse alheio, oferecerá resistência àquela pretensão. Nesses casos em que uma parte oferece resistência à pretensão alheia ocorre a transformação de conflito intersubjetivo de interesse em lide ou litígio (ALVIM, 2022, p. 39).

Portanto, a lide (ou litígio) ocorre quando uma pessoa oferece resistência à pretensão formulada por outra pessoa sendo conceituado como o “conflito de interesses, qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, razão pela qual os litígios devem ser solucionados pacificamente de forma a não comprometer a paz social a ponto de desagregar a sociedade (ALVIM, 2022, p. 40).

2.2. As formas de solução de conflitos

A extinção do conflito entre interesses contrapostos decorrentes da interação social pode ser obtida mediante a atuação consensual das próprias partes cujos interesses são conflitantes ou por decisão imperativa de um terceiro (ALVIM, 2022, p. 40; TONIN, 2019, p. 69).

Parte da doutrina divide os métodos de solução de conflitos entre autocompositivos (transação, mediação ou conciliação) e heterocompositivos (jurisdição estatal ou jurisdição privada) (TONIN, 2019, p. 69; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 31).

Importa observar que Castillo (1970 apud TONIN, 2019, p. 69) inclui a autotutela (ou autodefesa) no rol dos meios de solução de conflitos. Alvim (2022, p. 40) classifica as formas de solução de conflitos em formas parciais, nas quais inclui a autodefesa e a autocomposição, e a forma imparcial, na qual inclui o processo, seja ela judicial ou arbitral.

A autotutela é o meio de solução de conflitos típico de civilizações primitivas nas quais inexiste um Estado forte o suficiente para sobrepor os ímpetos individualistas dos homens e capaz de impor o direito acima da vontade dos particulares. A satisfação de uma pretensão eventualmente resistida, nesse contexto, tinha como único meio de obtenção o uso da própria força (ALVIM, 2022, p. 40; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 27).

Nesse sentido, a autotutela possui como características fundamentais: (i) a ausência de juiz distinto das partes; e (ii) a imposição da decisão por uma das partes à outra (ALVIM, 2022, p. 42; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 27).

Atualmente a autotutela é considerada autocomposição unilateral e percebida como egoísta, antissocial, incivilizada, precária e aleatória, pois não garante a justiça, mas somente a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 27; TONIN, 2019, p. 69). Por essas razões os Estados modernos costumam proibir a autodefesa, permitindo-a apenas em casos excepcionais, e, mesmo nesses casos, exigindo a posterior instauração de processo para confirmar, ou não, a licitude da excludente no caso concreto (ALVIM, 2022, p. 40).

A legislação brasileira é uma das que proíbe e penaliza a autotutela, a exemplo do que ocorre na tipificação do crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345), salvo, naturalmente, quando estiverem presentes hipóteses excludentes de ilicitude como a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade (CP, art. 23), bem como os excepcionalíssimos casos expressamente autorizados em lei a exemplo do deforço imediato (CC, § 1º, art. 1210) (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 31-35; TONIN, 2019, p. 69-70).

2.2.1. As formas autocompositivas

O método autocompositivo é considerado “o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos” na medida em que busca estabelecer diálogo informal diante situações indesejáveis, objetivando alcançar justiça sem a necessidade da instauração de processo, evitando, assim, o mal-estar gerado pela litigiosidade (RODRIGUES; LYRA, 2018, p. 5-7).

A autocomposição de interesses disponíveis é considerada atitude altruísta e pode apresentar três formas distintas: (i) desistência, quando o atacante renuncia a sua própria pretensão (autocomposição unilateral); (ii) submissão, quando o atacado renuncia à resistência que oferecia à pretensão (autocomposição unilateral); e (iii) transação, quando ocorrem concessões recíprocas (autocomposição bilateral) (ALVIM, 2022, p. 42; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 36).

Trata-se de método no qual os próprios litigantes constroem a solução para o conflito utilizando-se de mecanismos denominados “equivalentes jurisdicionais” como a transação, a mediação ou a conciliação, os quais dispensam a imposição de decisão por um terceiro, seja juiz ou árbitro, para encerrar a lide (ALVIM, 2022, p. 101).

Embora a autocomposição possa ocorrer antes ou depois da abertura de processo, o litigante deve possuir a faculdade de dispor do direito material, não sendo admitida essa modalidade para tratar de direitos indisponíveis e tampouco nas hipóteses em que a própria lei imponha a via processual da justiça estatal (ALVIM, 2022, p. 43).

2.2.1.1. A transação

A transação é o acordo entre as partes, que pode ocorrer com ou sem o auxílio de conciliador ou mediador, por meio do qual as partes fazem concessões recíprocas no intuito de resolver a controvérsia (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 33).

Trata-se de negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes interessadas realizam concessões mútuas ou troca de determinadas vantagens pecuniárias com o objetivo de prevenir ou extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas, permitido exclusivamente em relação aos direitos patrimoniais de caráter privado que sejam suscetíveis de circulabilidade, sendo proibido, portanto, em casos envolvendo direito indisponível (DINIZ, 2005, p. 657-658; GUILHERME, 2022, p. 546).

Há duas espécies de transação: extrajudicial e judicial. A primeira (extrajudicial), tem o objetivo de prevenir o litígio, porquanto celebrada antes do ajuizamento de ação visando a concretização o direito em disputa. A segunda (judicial) por seu turno possui o objetivo encerrar o litígio, pois ocorre após o tema já ter sido submetido à apreciação do poder jurisdicional do Estado. A diferença entre elas restringe-se à forma, pois na essência são semelhantes (DINIZ, 2005, p. 659; GUILHERME, 2022, p. 546).

Nesse sentido, o Código Civil (BRASIL, 2002, grifo nosso) autoriza expressamente que os interessados transacionem sobre direitos patrimoniais de caráter privado com vistas a prevenirem ou terminarem litígios:

Da Transação

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

2.2.1.2. A mediação

A mediação é um método autocompositivo de solução de conflitos na medida em que as partes são conduzidas e estimuladas pelo mediador a retomarem o diálogo visando a identificação de pontos convergentes objetivando a resolução da controvérsia (LIGMANOVSKI, 2018, p. 55).

Trata-se de “técnica não adversarial de resolução de conflitos que tem por escopo o consenso a ser delineado pelas próprias partes litigantes, com a intervenção do mediador, em prol da solução consensual do litígio” (FIGUEIRA JR, 2019).

Na mediação, o mediador permanece neutro e imparcial, restringindo-se a auxiliar as partes a encontrar solução para o conflito, sendo-lhe vedado sugerir, impor soluções ou interferir nos termos do acordo (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 33).

Nesse sentido, a Lei de Mediação (BRASIL, 2015d, grifo nosso) estabelece que o mediador deve ser escolhido ou aceito pelas próprias partes com o objetivo de auxiliá-las e estimulá-las a construir juntas soluções consensuais para a controvérsia, não possuindo, entretanto, poder decisório:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Por fim, importa observar que soluções oriundas de mediação são consideradas mais duradouras em virtude do elevado grau de empoderamento das partes visando a solução do conflito e a manutenção do relacionamento (LIGMANOVSKI, 2018, p. 55).

2.2.1.3. A conciliação

A conciliação é outro método autocompositivo de solução de conflitos no qual busca-se estabelecer um acordo de vontades entre as partes por meio de maior intervenção de um terceiro, denominado conciliador, que propõe possíveis soluções para a controvérsia considerando os argumentos apresentados pelas próprias partes (LIGMANOVSKI, 2018, p. 55).

Na conciliação, o conciliador pode apenas sugerir e tentar convencer as partes a aceitarem suas ponderações e alternativas de solução do conflito, mas nunca poderá impor sua aceitação pelas partes, pois na conciliação a solução depende de acordo entre as partes (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 33).

2.2.1.4. Mediação versus conciliação

Carmona (2012, p. 32) esclarece que a diferença entre os institutos da mediação e a conciliação, ambos, meios autocompositivos e consensuais de solução de controvérsias, reside essencialmente no grau de intensidade de intervenção do terceiro: (i) na mediação, o papel do mediador é mais brando, pois atua apenas como harmonizador e potencializador das sugestões eventualmente apresentadas pelos próprios envolvidos no conflito; (ii) na conciliação, o papel do conciliador é bem mais ativo e dinâmico, na medida em que também deve sugerir às partes possíveis soluções para o conflito de interesses.

2.2.2. As formas heterocompositivas

A heterocomposição é uma forma tradicionalmente reconhecida de se obter justiça que ocorre “quando um terceiro neutro e imparcial, não envolvido nos interesses conflitantes, determina quem tem razão no caso concreto, com força de título executivo judicial” (TONIN, 2019, p. 70).

Portanto, quando se utiliza algum método heterônomo de resolução de controvérsias, delega-se a um terceiro o poder de encontrar uma solução para o conflito e de impor a norma aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido à apreciação (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 32; PICCOLI; THOMÉ, 2021, p. 2).

Esse tipo de solução adjudicatória segue o paradigma da litigiosidade, impondo aos contentores resultado do tipo “ganha-perde”, dado que por se tratar de método contencioso, não é capaz de satisfazer ambas as partes porque sempre haverá um vitorioso e um derrotado (RODRIGUES; LYRA, 2018, p. 4-7).

A jurisdição decorre do poder soberano do Estado, que embora seja uno, compreende três grandes funções: (i) legislativa, mediante o estabelecimento de normas reguladoras das atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos; (ii) executiva, mediante a promoção das necessidades gerais e a realização do bem comum; e (iii) judiciária, mediante a resolução dos conflitos por meio da declaração do direito aplicável no caso concreto (ALVIM, 2022, p. 99).

O vocábulo jurisdição advém do latim (*ius* e *dicere*) e significa “dicção do direito”, designando a função pela qual o Estado utiliza o direito positivo para compor os conflitos de interesses e com isso manter a paz social e o império do direito, razão pela qual a jurisdição somente pode ser exercida por pessoas ou instituições autorizadas pelo próprio Estado, como é o caso da jurisdição estatal e da jurisdição arbitral (ALVIM, 2022, p. 100).

2.2.2.1. A jurisdição estatal

A jurisdição estatal é a atividade por meio da qual os juízes ou tribunais examinam as pretensões e resolvem os conflitos intersubjetivos de interesse (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 29).

A jurisdição pública é aquela na qual o Estado impõe-se sobre os particulares, e independentemente da submissão voluntária destes, impõem-lhes autoritativamente

a sua decisão para solucionar o conflito de interesses submetido à sua apreciação (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 29).

No âmbito da jurisdição estatal (Poder Judiciário), o terceiro neutro e imparcial é o juiz ou tribunal judicial (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 32; PICCOLI; THOMÉ, 2021, p. 2).

Importa observar, todavia, que apenas a justiça estatal por meio de juízes togados dispõe da prerrogativa de fazer uso da coerção (direito de império) para impor uma decisão que atinja o patrimônio e/ou a liberdade das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas (ALVIM, 2022, p. 106; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 32; PICCOLI; THOMÉ, 2021, p. 2).

2.2.2.2. A jurisdição privada

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de litígios que possui a característica impositiva da solução arbitral, diferentemente da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de resolução de litígios (CARMONA, 2012, p. 31).

No âmbito da jurisdição privada (arbitragem), o árbitro ou o tribunal arbitral exerce o papel de terceiro neutro e imparcial. Importa observar, todavia, que na hipótese de alguma decisão interlocutória ou sentença arbitral ser descumprida por um dos litigantes, ante a carência de direito de império na jurisdição privada, o Poder Judiciário terá de ser acionado para efetivar coercitivamente a medida (ALVIM, 2022, p. 121; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 32; PICCOLI; THOMÉ, 2021, p. 2)

Na doutrina de Cretella Júnior (1989 apud LIGMANOVSKI, 2018, p. 55), a arbitragem é:

O sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecido 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.

De acordo com a opinião de Lima (1997, p. 2) a arbitragem é:

uma alternativa de acesso à justiça, fora do Poder Judiciário, fundada no princípio universal da autonomia da vontade, em que a pacificação (antes do que a solução) dos conflitos de interesses é entregue, por livre consenso das partes, a um terceiro ou a terceiros (árbitros) de sua escolha e confiança.

O autor que alerta que a adoção da alternativa arbitral é restrita aos conflitos de interesses relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Esclarece que os direitos patrimoniais são aqueles “relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda”, e que os direitos disponíveis são os que “se referem a bens apropriáveis, alienáveis, que se encontram no comércio jurídico”. Ambos são direitos que estão sujeitos à livre vontade das pessoas a eles legitimamente vinculadas, razão pela qual elas poderiam consentir tanto sua apropriação por outrem quanto sua alienação a outrem (LIMA, 1997, p. 2).

Nas palavras de Wald (2005, p. 13), “a arbitragem é meio mais adequado para solucionar questões jurídicas complexas, que requerem julgadores que conheçam em profundidade o contexto no qual as disputas se travam”.

Como afirma Carmona (2012, p. 15), a arbitragem é:

técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Para o autor, a arbitragem seria um meio alternativo colocado “à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor” (CARMONA, 2012, p. 15).

A jurisdição privada exercida por intermédio da arbitragem constitui um método adversarial e conflituoso de resolução de controvérsias, em que o árbitro ou tribunal arbitral exerce o poder de dizer o direito no caso concreto e de decidir o vencedor e o sucumbente na demanda. Trata-se de mais um instrumento alternativo à jurisdição estatal colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível (FIGUEIRA JR, 2019. p. 41).

Na visão de Scavone Junior (2020, p. 24), a arbitragem é:

o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

Os professores Oliveira e Estefam (2020, p. 23) conceituam a arbitragem como sendo “um meio privado de solução de conflitos de interesses, pelo qual as partes acordam que um terceiro ou um colegiado terá poderes para julgar e solucionar uma lide, com força de coisa julgada, vinculando-as ao seu cumprimento”.

Conforme destacaram Schmidt, Ferreira e Oliveira (2021, p. 26), a arbitragem é:

um método heterocompositivo e extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual o terceiro imparcial (árbitro ou Tribunal Arbitral), escolhido pelas partes, profere sentença para solucionar a controvérsia submetida à sua análise, nos limites fixados na convenção de arbitragem.

A arbitragem é o instituto por meio do qual pessoas plenamente capazes podem atribuir a solução de suas pendências e controvérsias à decisão de árbitros por elas escolhidos, furtando-se assim de recorrer diretamente ao Poder Judiciário (VENOSA, 2022, p. 213).

Lamas (2021, p. 23) observa que a arbitragem é uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos muito tradicional não apenas no Direito Internacional, mas também no direito brasileiro.

Di Pietro (2022, p. 1.025) afirma que “a arbitragem constitui um meio privado de solução de conflitos, regido por legislação própria” por intermédio da qual “põe-se fim ao litígio por meio de árbitros de confiança das partes”.

Segundo a análise de Alvim (2022, p. 119), a arbitragem é:

uma forma de se compor (resolver) conflitos mediante um processo, só que a cargo de particulares, a quem o Estado outorga o poder de emitir sentença com a mesma eficácia das sentenças proferidas por seus próprios juízes. Neste sentido, é facultado às pessoas capazes de contratar se valerem dessa instituição para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A consolidação das definições doutrinárias apresentadas anteriormente permite afirmar que a arbitragem é o meio (método/instrumento/técnica/forma) heterocompositivo, adversarial, conflituoso e privado de solução (resolução) de conflitos (litígios/controvérsias/questões jurídicas complexas) de natureza patrimonial disponível mediante um processo a cargo de particulares, árbitro ou tribunal arbitral, que exercem o papel de terceiro neutro e imparcial contratualmente escolhido por livre consenso e confiança das partes, a quem o Estado outorga o poder de emitir sentença com força de coisa julgada consubstanciando-se numa alternativa de acesso à justiça, fora do Poder Judiciário, fundada no princípio da autonomia da vontade (ALVIM, 2022; CARMONA, 2012; CRETELLA JÚNIOR, 1989; DI PIETRO, 2022; FIGUEIRA JR, 2019; LIMA, 1997; OLIVEIRA; ESTEFAM, 2020; PICCOLI; THOMÉ, 2021; SCAVONE JUNIOR, 2020; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021; VENOSA, 2022; WALD, 2005).

2.3. Os princípios básicos da arbitragem

A lei brasileira de arbitragem (BRASIL, 1996) consignou em seu art. 21, § 2º, quatro princípios basilares do processo arbitral com o objetivo precípua de fornecer aos litigantes razoável garantia de um julgamento justo, quais sejam, os princípios: (i) do livre convencimento motivado; (ii) da igualdade das partes; (iii) do contraditório; e da (iv) da imparcialidade do árbitro (CARMONA, 2012, p. 293; LAMAS, 2021, p. 37).

2.3.1. Princípio do livre convencimento motivado

Princípio que concede aos árbitros liberdade para avaliação e valoração das provas, sem que tal liberdade implique em discricionariedade ou arbítrio, pois os julgadores são obrigados a fundamentar suas sentenças acerca das questões suscitadas no procedimento arbitral, esclarecendo os motivos de seu convencimento com vistas a permitir o controle das decisões. (arts. 21, § 2º, e 26, II, da LA). (CARMONA, 2012, p. 298; FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 38-39; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 31).

2.3.2. Princípio da igualdade das partes

Princípio que impõe aos árbitros a obrigação de dispensar tratamento isonômico às partes durante todo o procedimento arbitral, proibindo tratamento prioritário ou diferenciado a quaisquer partes. Garante-se apenas a igualdade formal, o que não significa que necessariamente haverá igualdade material ou real entre as partes. Ao contrário da justiça estatal, não existem no processo arbitral instrumentos de transformação da igualdade formal em material (art. 21, § 2º, da LA). (CARMONA, 2012, p. 296; FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 39-41; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 30).

2.3.3. Princípio do contraditório

Princípio que compreende os aspectos de informação e possibilidade de reação, garantindo que as partes sejam cientificadas de todos os atos do procedimento arbitral para que possam se manifestar, aduzam suas razões e produzam provas de forma a tentar convencer o julgador da causa. (art. 21, § 2º, da

LA). (CARMONA, 2012, p. 295; FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 41-42; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 30).

2.3.4. Princípio da imparcialidade do árbitro

Princípio que impõe aos árbitros o dever de atuar com imparcialidade durante todo o procedimento, isto é, que mantenham equidistância das partes e sejam indiferentes ao resultado do processo, haja vista que eventual parcialidade do julgador torna inidôneo o processo (arts. 13, § 6º; 14, § 1º; 21, § 2º, da LA). (CARMONA, 2012, p. 297; FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 43-44; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 30).

A doutrina elenca outros quatro princípios especificamente relacionados à convenção de arbitragem e à sentença arbitral: (i) da separabilidade da convenção de arbitragem; (ii) da Competência-Competência; (iii) da não denegação da justiça; e (iv) da não revisão do mérito da sentença arbitral (LAMAS, 2021, p. 38).

2.3.5. Princípio da separabilidade da convenção de arbitragem

Princípio que estabelece uma artificial autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato no qual eventualmente esteja inserida, de modo a protegê-la de modo que alegações questionando a validade do contrato não atingissem a cláusula compromissória, evitando-se, assim, a necessidade de deslocar a jurisdição arbitral para a jurisdição estatal (LAMAS, 2021, p. 44-46).

2.3.6. Princípio da Competência-Competência

Princípio que estabelece que o árbitro é o juiz primeiro da sua própria competência, cabendo-lhe decidir se possui competência para julgar o conflito, bem como deliberar sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. (art. 8º, parágrafo único, da LA). (FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 46-50; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 29).

2.3.7. Princípio da não denegação da justiça

Princípio geral do direito que também se aplica à esfera arbitral, “notadamente para o fim de atribuir eficácia a uma cláusula compromissória cuja cláusula não garanta a uma das partes uma solução jurisdicional à questão” (LAMAS, 2021, p. 50-54).

2.3.8. Princípio da não revisão do mérito da sentença arbitral

Princípio impede o Poder Judiciário de rever o mérito da sentença arbitral, permitindo somente a propositura de ação anulatória para desconstituí-la, caso sejam verificados erros formais no procedimento (art. 33, § 2º, da LA). (FIGUEIRA JR, 2019, p. 136; LAMAS, 2021, p. 55; SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021, p. 31).

2.3.9. Outros princípios

Figueira Jr. (2019, p. 136) argumenta que a Lei de Arbitragem ainda contemplaria em seu bojo, explícita ou implicitamente, os princípios processuais e processuais-constitucionais relacionados a seguir:

- princípio do **livre acesso à jurisdição arbitral** (art. 1º, caput da LA c/c art. 3º do CPC);
- princípio da **autonomia da vontade** (art. 1º, caput c/c arts. 2º e 3º da LA);
- princípio da **publicidade mitigada** (art. 2º, § 3º c/c art. 13, § 6º, in fine e art. 22-C, parágrafo único, da LA c/c art. 93, IX, da CF);
- princípio da **inafastabilidade do controle jurisdicional estatal das decisões arbitrais nacionais** (art. 5º, XXXV, da CF c/c arts. 32 e 33 da LA);
- princípio da **inafastabilidade do controle jurisdicional estatal das decisões arbitrais estrangeiras** (arts. 34, 35 e 36 da LA);
- princípio da **livre iniciativa** (art. 6º, caput e parágrafo único c/c arts. 7º e 37);
- princípio da **independência** (art. 13, § 6º);
- princípio do **exercício qualificado da função arbitral** (competência técnica e diligência (art. 13, § 6º);
- princípio da **discrição** – confidencialidade (art. 13, § 6º);
- princípio **dispositivo** (art. 22);
- princípio da **lealdade processual** (art. 27);
- princípio da **congruência** – relação entre o pedido e o preterido (art. 32, IV);
- princípio do **juiz natural** (art. 32, II, da LA c/c art. 5º, LIII, da CF);

- princípio da **ampla defesa** (arts. 20, 22, 38, III, e 39, parágrafo único, da LA c/c art. 5º, LV, da CF);
- princípio da **razoável duração do processo** (art. 23, da LA c/c art. 5º, LXXVIII, da CF);
- princípio da **efetividade do processo arbitral** (art. 31);
- princípio da observância aos bons costumes e à ordem pública (arts. 2º, § 1º, e 39, da LA c/c art. 17 da LINDB);
- princípio da **sucumbência** (art. 27).

2.4. Vantagens e desvantagens da arbitragem em geral

Conforme destacou Figueira Jr (2019, p. 134), os conflitos intersubjetivos de interesse de natureza patrimonial podem ser resolvidos tanto no juízo estatal quanto no juízo arbitral, cabendo a escolha da forma mais adequada de prestação de tutela jurisdicional (pública ou privada) exclusivamente às partes litigantes, as quais devem avaliar as vantagens e desvantagens de cada opção, considerando, principalmente:

- (i) a natureza do conflito experimentado no caso concreto;
- (ii) a complexidade da matéria objeto da lide;
- (iii) o seu conteúdo patrimonial; e
- (iv) o lapso temporal desejado para solucionar a controvérsia.

Scavone Junior (2020, p. 30) elenca entre as cinco principais vantagens da arbitragem: (i) especialização; (ii) rapidez; (iii) irrecorribilidade; (iv) informalidade; e (v) confidencialidade. Por outro lado, Figueira Jr. (2019) aponta a onerosidade como uma possível desvantagem da arbitragem.

2.4.1. Especialização

A possibilidade de os litigantes consensualmente escolherem árbitros especializados na matéria controvertida e/ou no objeto do contrato, representa uma vantagem da jurisdição privada em relação à jurisdição pública pois elevaria o grau de confiança na obtenção de uma sentença qualificada, segura e célere. Em contrapartida, a adoção da jurisdição estatal para a solucionar controvérsias tecnicamente complexas apresenta como desvantagem o fato de exigir a realização de perícias que demandam tempo e por vezes são realizadas por peritos que não

contam com a confiança das partes (FIGUEIRA JR, 2019, p. 134-135; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30).

No mesmo sentido, Lima (1997, p. 2) afirma que quando os árbitros são escolhidos pelos próprios litigantes entre técnicos especializados, reconhecidamente experimentados e conhecedores do meio onde surgiu o conflito, teriam melhores condições de “assimilar os fatos e de compreender o drama das partes”, razão pela qual seriam “juizadores com melhor conhecimento específico do que o juiz estatal, ‘especialista’ em ideias gerais, nem sempre conhecedor da questão a dirimir, ou pelo menos não tanto quanto um perito, um *expert*, na matéria”.

2.4.2. Rapidez

A tutela jurisdicional privada é muito mais rápida que o procedimento judicial em decorrência, em razão da especialidade dos julgadores e da irrecorribilidade das decisões arbitrais. Ademais, o prazo para que a sentença arbitral seja proferida é de até seis meses a partir da data da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, salvo se as próprias partes estabelecerem de forma diversa (FIGUEIRA JR, 2019, p. 134-135; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30).

2.4.3. Irrecorribilidade

O fato de sentença arbitral ter o mesmo valor que uma sentença judicial transitada em julgado e não ser passível de recurso representa uma vantagem do procedimento arbitral em relação ao processo judicial (SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30).

2.4.4. Informalidade

A informalidade do procedimento arbitral é uma vantagem em relação ao procedimento judicial, pois permite que litigantes escolham consensualmente tanto os árbitros da causa quanto o direito material e processual que serão utilizados na solução do conflito (FIGUEIRA JR, 2019, p. 135; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30).

2.4.5. Confidencialidade

A possibilidade de as partes estabelecerem que tanto dos atos processuais quanto do julgamento seja conduzido com discrição e o sigilo representa uma vantagem da arbitragem em relação ao processo judicial que, em regra, é público (FIGUEIRA JR, 2019, p. 135; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 30).

2.4.6. Onerosidade

O procedimento arbitral impõe elevados custos aos litigantes na medida em que eles são responsáveis pelo pagamento de todas as despesas inerentes ao procedimento arbitral, incluindo os altos honorários dos árbitros, que normalmente são escolhidos dentre profissionais tecnicamente qualificados, especializados, renomados e detentores de elevado conceito ético (FIGUEIRA JR, 2019, p. 135).

2.4.7. *Tradeoff* especialização/rapidez versus onerosidade

Percebe-se, portanto, que a arbitragem apresenta *tradeoff* entre especialização/rapidez e onerosidade. Isso torna a arbitragem pouco acessível financeiramente, restringindo sua viabilidade a causas complexas, de elevado valor econômico (LIGMANOVSKI, 2018, p. 55) e que requeiram julgadores experimentados, profundamente conhecedores do contexto no qual as disputas se travam (WALD, 2005, p. 13).

2.5. Evolução histórica da arbitragem

O instituto jurídico da arbitragem é um dos meios de jurisdição privada mais antigos que se tem notícia na história do Direito, tendo sido observado na Babilônia de 3.000 anos a.C., na Grécia antiga e em Roma (FIGUEIRA JR., 2019, p.2).

Os povos primitivos, impulsionados pelo seu próprio instinto de preservação aliado à percepção individual de justiça e injustiça, iniciaram a tutela de direitos fundamentados por princípios rudimentares sociais e religiosos.

A chamada justiça de mão própria (ou autotutela), exercida pelo próprio ofendido, foi adotada na fase preliminar das civilizações, ocasião na qual as instituições eram frágeis e incapazes de resolver os conflitos de interesse. Para se

ter uma ideia, na Grécia antiga e em Roma as funções de magistrado confundiam-se com as de sacerdote.

Em seguida, adveio a chamada justiça privada que proibiu a vingança privada e designou especialmente terceiros para dirimir determinadas controvérsias, e somente muito tempo depois é que surgiu a justiça pública estatal.

Conforme Figueira Jr (2019, p. 3), a justiça privada antecedeu historicamente aos juízes ou tribunais estatais, como se observa na sequência evolutiva das formas de resolução conflitos:

- **1ª etapa: autotutela.** A resolução do conflito era obtida mediante o uso da força individual ou do grupo;
- **2ª etapa: arbitramento facultativo.** Em vez de fazer uso da força e violência contra o ofensor, o ofendido opta em receber uma indenização ou escolher um árbitro para fixá-la;
- **3ª etapa: arbitramento obrigatório.** O próprio Estado passou a indicar os árbitros quando os litigantes não os escolhiam voluntariamente; e
- **4ª etapa: justiça pública.** O Estado avoca a solução dos conflitos, permitindo, todavia, a instituição de árbitros pelos litigantes.

2.6. Arbitragem no Brasil

A arbitragem não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido objeto de regulamentação desde as Ordenações do Reino de Portugal, conforme se observa no Quadro 1.

Quadro 1 - Evolução temporal da legislação brasileira sobre arbitragem

Legislação	Disposição
1500 - Ordenações Afonsinas	Reconhecia a arbitragem.
1514 - Ordenações Manoelinas (até 1603)	Reconhecia a arbitragem.
1603 - Ordenações Filipinas (até 1916)	Reconhecia a arbitragem.
1824 - Constituição Brasil Império	Sentença arbitral poderia ser executada sem recurso, caso assim fosse convencionado.
1850 - Código Comercial – Lei 556	Arbitragem compulsória em todas as controvérsias de natureza mercantil.
1866 - Lei 1.350	Reestabeleceu a arbitragem voluntária e derrogou a arbitragem compulsória do Código Comercial de 1850.
1891 - Constituição Brasil República	Não dispôs sobre arbitragem entre particulares, apenas entre o Brasil e outros Estados soberanos.

1916 - Código Civil – Lei 3.071	Dispôs sobre compromisso arbitral e silenciou sobre cláusula arbitral. Prejudicou a aplicação da arbitragem no Brasil durante o século XX.
1934 - Constituição Segunda República	Extinguíu juízo arbitral entre estados.
1937 - Constituição Estado Novo	Silenciou sobre arbitragem entre particulares.
1939 - Código de Processo Civil – Lei 1.608	Regulou o juízo arbitral, mas silenciou sobre cláusula arbitral.
1946 - Constituição	Não dispôs sobre arbitragem entre particulares, apenas entre o Brasil e outros Estados soberanos.
1967 - Constituição Regime Militar	Não dispôs sobre arbitragem entre particulares, apenas entre o Brasil e outros Estados soberanos.
1973 - Código de Processo Civil – Lei 5.869	Regulou o juízo arbitral, mas silenciou sobre cláusula arbitral como o CPC/1939. Litigantes tinham que recorrer ao Judiciário para: (i) homologar o “laudo arbitral”; (ii) ajuizar demanda de perdas e danos em caso de negativa de lavratura de compromisso arbitral nos termos estipulados na cláusula arbitral; (iii) dupla homologação de sentença arbitral estrangeira pelo judiciário do país de origem e do Brasil. Entraves desencorajavam potenciais interessados em optar pela arbitragem.
1988 - Constituição Cidadã	Não dispôs sobre arbitragem, salvo em matéria de negociação coletiva de direitos trabalhistas.
1995 - Lei de Concessões - Lei 8.987	Não dispunha sobre arbitragem.
1996 - Lei de Arbitragem - Lei 9.307	Tratou da arbitragem de maneira específica e alinhada com as diretrizes internacionais: (i) cláusula compromissória com força vinculante para obrigar a submissão à arbitragem; (ii) mecanismo judicial para conferir eficácia à cláusula arbitral em caso de recusa; (iii) reconhecimento do árbitro como juiz, de fato e de direito, da causa; (iv) reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras em linha com convenções e tratados internacionais modernos. Contribuiu significativamente para o incremento do uso da arbitragem no Brasil.
2004 - Lei de PPP - Lei 11.079	Permitiu arbitragem em PPP (art. 11, III).
2005 - Lei 11.196	Permitiu arbitragem em Concessões (inseriu o art. 23-A na Lei 8.987/1995).
2015 - Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105	Amplamente favorável à arbitragem (art. 3º, §1º) Empoderou o Sistema de Justiça Multiportas .
2015 - Lei 13.129, de 26 de maio	Reforma a Lei Geral de Arbitragem.
2015 - Decreto 8.465, de 8 de junho	Arbitragem no setor portuário (dispôs sobre rol de direitos patrimoniais disponíveis).
2017 – Lei de Prorrogação e Relicitação - Lei 13.448	Permitiu a arbitragem (dispôs sobre rol de direitos patrimoniais disponíveis).
2019 – Resolução ANTT 5.845, 14 de maio	Autocomposição e Arbitragem na ANTT.
2019 - Decreto 10.025, de 20 de setembro	Regulamentou a arbitragem nos setores portuário, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário federal. (dispôs sobre rol de direitos patrimoniais disponíveis).
2022 - Resolução ANTT 5.960, 3 de fevereiro	Alterou a Res. ANTT 5.845/2019.

2.6.1. A arbitragem pelo antigo CPC (Lei 5.869/1973)

Figueira Jr (2019, p. 35-37) observa que a antes da promulgação da Lei Geral de Arbitragem Lei 9.307/1996, o instituto da arbitragem era disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973), cuja sistemática arbitral era considerada tão pior que os mecanismos oferecidos pelo Poder Judiciário, que a “quase absoluta unanimidade” dos litigantes descartava a jurisdição privada e escolhia a justiça estatal, pois mesmo que optassem pela arbitragem ao final necessitariam recorrer ao Poder Judiciário para:

- a) homologar judicialmente o então denominado “laudo arbitral”;
- b) ajuizar demanda de indenização por perdas e danos em caso de recalcitrância da parte contrária em lavrar o compromisso arbitral e instituir a arbitragem nos termos em que havia sido prévia e livremente estipulado pelas próprias partes na cláusula compromissória, pois não havia meios para obrigá-la a observar a opção contratual pela jurisdição privada.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em descompasso com a prática internacional, exigia que as sentenças arbitrais estrangeiras para reconhecidas e serem executadas no território nacional fossem homologadas pelo Poder Judiciário do país de origem e pela Corte Superior brasileira, isto é, que ocorresse a denominada dupla homologação.

Gusmão Carneiro (1982, p. 51 apud FIGUEIRA JR., 2019, p. 36, grifos nossos) ilustra a difícil realidade experimentada pelos jurisdicionados e operadores do Direito no período em que a arbitragem ainda era regulada pelo CPC de 1973:

Em muitos países, o juízo arbitral, ‘equivalente jurisdicional’ em tema de litígios versando direitos patrimoniais disponíveis, contribui eficazmente para desafogar os pretórios. Mas, no Brasil, embora o CPC lhe consagre nada menos de 31 artigos e 12 o CC, regulando minudentemente a matéria, não se tem notícia, ao longo dos anos, de sequer um laudo arbitral devidamente homologado. Juiz há 30 anos, nunca vi um compromisso, judicial ou extrajudicial, e nem tive notícia de nenhum juízo arbitral em andamento (não confundir com as ‘promessas de compromisso’, inseridas em formulários de contratos e vazias de significação jurídica). (...) Será por ser instituto alheio à tradição nacional? Ou terão os advogados justas razões para, embora a apregoada lentidão do aparelhamento judiciário, desaconselhar aos clientes o recurso ao arbitramento? (...) Embora verdadeiro o primeiro motivo, creio que, fundamentalmente, a razão do completo abandono em que jaz o juízo arbitral é que seu uso não apresenta vantagem alguma, quer quanto à rapidez no deslinde do conflito como no alusivo à ‘justiça’ do julgamento.

Os entraves instituídos pela legislação e pela jurisprudência desencorajavam potenciais interessados em optar pela arbitragem fazendo-os escolher a “burocrática, dispendiosa e lenta jurisdição estatal” e podem ajudar a explicar a não utilização do instituto durante o período, bem como a falta de tradição da arbitragem no Brasil (FIGUEIRA JR., 2019, p. 35-38).

2.6.2. A Lei Geral de Arbitragem (Lei 9.307/1996)

A Lei n. 9.307/96 foi a primeira lei brasileira a tratar da arbitragem de maneira específica e alinhada com as mais avançadas diretrizes internacionais sobre o tema, contribuindo significativamente para o incremento do uso do instituto no país.

Franzoni (2018, p. 36, grifos nossos) relaciona os seguintes avanços introduzidos pela Lei n. 9.307/96 (BRASIL, 1996):

- definição de critérios para a arbitrabilidade dos litígios (art. 1º);
- expressa admissão do julgamento por equidade, ao lado do julgamento de direito (art. 2º, caput), além da possibilidade de escolha do direito aplicável (art. 2º, § 1º);
- estabelecimento da convenção de arbitragem como gênero, de que são espécies o compromisso arbitral e a cláusula compromissória (art. 3º), sendo que a **cláusula compromissória tem força vinculante suficiente para obrigar as partes a se sujeitarem à arbitragem**, independentemente da assinatura de compromisso posterior (art. 7º);
- reconhecimento e incentivo à arbitragem institucional (art. 5º);
- mecanismos para conferir eficácia à cláusula compromissória vazia (art. 6º);
- **mecanismo judicial para conferir eficácia à cláusula compromissória em caso de recusa de alguma das partes** (art. 7º);
- reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória, sendo os árbitros competentes para analisar questões que envolvam a validade do contrato e da própria convenção de arbitragem (**princípio da competência-competência** – art. 8º);
- equiparação dos árbitros aos funcionários públicos, quando no exercício de suas funções, para efeitos da legislação penal (art. 17);
- **reconhecimento do árbitro como juiz, de fato e de direito, da causa**, livrando a sentença arbitral (nacional) da necessidade de qualquer homologação para que seja executada (arts. 18 e 31);
- estabelecimento de um capítulo (VI) a respeito do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras, em linha com as legislações, convenções e tratados internacionais modernos a respeito do tema.

2.6.3. A arbitragem pelo novo CPC (Lei 13.105/2015)

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) é amplamente favorável à adoção de métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias, em especial a mediação e a arbitragem (Franzoni, 2018, p. 36).

Ele empoderou o Sistema de Justiça Multiportas mediante estímulo à adoção de métodos adequados de solução de conflitos, como se observa no disposto no art. 3º (BRASIL, 2015b):

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a **arbitragem**, na forma da lei.

§ 2º **O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.**

§ 3º A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes**, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, **inclusive no curso do processo judicial.**

Percebe-se que o Novo CPC passou a estimular a autocomposição por meio da criação de câmaras privadas de mediação e conciliação e reforçou a possibilidade de utilização da arbitragem conforme disciplinado em lei especial.

2.6.4. A reforma da Lei Geral de Arbitragem (13.129/2015)

A Lei n. 13.129/2015 reformou a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) consolidando no ordenamento jurídico os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais anteriormente pacificados (BRASIL, 2015c).

A reforma foi um estímulo à adoção da arbitragem evidenciada pela posterior edição de leis e atos normativos, principalmente sobre arbitragem no setor público.

Se antes da reforma de 2015 havia dúvidas sobre a legalidade ou ilegalidade da arbitragem na Administração Pública, a lei de arbitragem reformada espancou essas dúvidas tornando-as de menor quantidade e intensidade em decorrência da expressa permissão consignada no texto legal.

Franzoni (2018, p. 36, grifos nossos) indica as principais reformas introduzidas Lei n. 13.129/2015:

- arbitragem envolvendo a **Administração Pública: expressa admissão** (apesar de, a rigor, desnecessária), sendo vedada, nesse caso, a arbitragem por equidade (arts. 1º, §§ 1º e 2º, e 2º, § 3º);

- **“listas fechadas”**: **vedação** às chamadas “listas fechadas” de árbitros das instituições de arbitragem, cuja aplicação restrita pode ser afastada pelas partes na convenção de arbitragem (art. 13, § 4º);
- **prescrição**: expresso comando no sentido de que a instituição da **arbitragem interrompe** a prescrição, retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem (art. 19, § 2º);
- **sentenças parciais**: **admissão expressa** das sentenças arbitrais parciais (art. 23, § 2º);
- **prazos do pedido de esclarecimentos**: **possibilidade de alteração**, pelas partes, dos prazos para o pedido de esclarecimentos e para a sua decisão pelos árbitros (art. 30);
- **nulidades**: correção de imprecisões quanto à hipótese de nulidade da sentença em razão da nulidade da convenção de arbitragem (art. 32, I) e modificação de aspectos do procedimento para a ação de nulidade da sentença arbitral (art. 33);
- **sentença complementar**: **possibilidade** de pedido de prolação de sentença arbitral complementar (art. 33, § 4º);
- **homologação de sentenças estrangeiras**: adequação da **competência do STJ** para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme a Emenda Constitucional n. 45/2004 (art. 39);
- **medidas cautelares e de urgência**: **sistematização** das medidas cautelares e de urgência, nos termos do entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência (arts. 22-A e 22-B);
- **carta arbitral**: **instituição** da carta arbitral expedida pelos árbitros ao juiz estatal, com a finalidade de dar cumprimento a decisões proferidas na arbitragem (art. 22-C);
- **arbitragem societária**: na esteira da legislação italiana, estabelecimento de quórum qualificado e direito de recesso ao acionista dissidente para inclusão de cláusula compromissória no estatuto de sociedade anônima (novo art. 136-A da Lei das S.A.);
- **suspensão por prejudicialidade**: **revogação do art. 25**, que tratava da suspensão da arbitragem para resolução de **questão prejudicial acerca de direitos indisponíveis**. Tal revogação pode ser interpretada como mais um passo do legislador brasileiro no sentido de **admitir a patrimonialidade como critério suficiente para a determinação da arbitrabilidade dos litígios**, como se dá em legislações mais avançadas, a exemplo da alemã.

2.6.5. O sistema de justiça multiportas

A cultura de litigância faz parte do conjunto de crenças e hábitos do povo brasileiro e se refere à maneira preferencial de lidar com conflitos interpessoais sendo, portanto, a ideia presente no inconsciente da população de que apenas o Judiciário tem o condão de resolver problemas e divergências que decorrem da vida em sociedade.

A ideia presente no inconsciente da população brasileira de que apenas o Estado está apto a fazer justiça e a resolver divergências decorrentes da vida social

esteve extremamente arraigada na cultura brasileira, razão pela qual a justiça estatal estabeleceu-se como a porta preferencial do sistema de justiça (LIMA, 1997, p. 2).

Carmona (2012, p. 32-33) defende que em decorrência do grau de civilidade atingido pela maior parte das sociedades contemporâneas, seria razoável esperar que a maioria das controvérsias tendessem primeiramente a ser resolvidas por meio do uso de métodos autocompositivos (como negociação, mediação e conciliação), e somente em caso de fracasso desse diálogo inicial, as partes recorressem aos métodos heterocompositivos (como o processo arbitral ou judicial).

A essa oferta de diversos métodos de solução de conflitos colocados à disposição dos litigantes para eles próprios escolham aquele que consideram mais adequado ao caso concreto é que se batizou de sistema multiportas de resolução de disputas (CARMONA, 2012, p. 33; TONIN, 2019, p. 65).

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) incentivou o sistema multiportas ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, colocando à disposição da sociedade maneiras alternativas para se obter a solução mais adequadas das controvérsias, mediante a valorização dos mecanismos autocompositivos (conciliação e mediação) (LIGMANOVSKI, 2018, p. 37).

Uma das finalidades dessa política judiciária foi a desjudicialização dos conflitos em geral, mas sobretudo, daqueles envolvendo a Administração Pública (federal, estadual, distrital e municipal), considerada a grande litigante do sistema.

Desde então, essa diretriz de política judiciária dentro do sistema de justiça multiportas estimula a escolha pelas partes interessadas, incluindo a administração pública, dos meios mais adequados para solucionar determinados conflitos.

Segundo Ligmanovski (2018, p. 37) o atual sistema de justiça brasileiro já pode ser considerado um sistema de justiça multiportas, na medida em que não se restringe apenas à “porta” da justiça estatal, para a qual as pretensões e os conflitos de interesse são costumeiramente encaminhados para serem resolvidos, mas também contempla inúmeras outras “portas” (possibilidades), como:

- a arbitragem como método heterocompositivo de resolução de conflitos;
- a mediação que pode ocorrer tanto após o conflito já ter sido judicializado quanto de maneira extrajudicial sem ter como premissa a prévia judicialização do conflito;

- a conciliação, judicial ou extrajudicial; e
- *dispute board*, comitê de prevenção e resolução de litígios contratuais, instância contratual estabelecida com o objetivo de resolver conflitos de maneira definitiva ou indicativa dentro de um determinado contrato.

Cabral e Cunha (2006 *apud* SCHMIDT; FERREIRA; OLIVEIRA, 2021. p. 24), o sintetizam o sistema de justiça multiportas:

como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação; ou da conciliação; ou da arbitragem; ou da própria justiça estatal.

A Figura 1 a seguir ilustra o sistema de justiça multiportas:

Figura 1 – Sistema de Justiça Multiportas



Fonte: Elaborado pelo autor.

Essas múltiplas portas do nosso sistema de justiça multiportas servem, além de solucionar o conflito, para prevenir sua judicialização, razão pela qual atualmente não se fala tanto em métodos alternativos de solução de conflitos, mas em métodos adequados de solução de conflitos, pois dependendo do conflito, da sua estrutura, das partes, do tema, da matéria, do valor envolvido, alguns métodos serão mais indicados que outros e, portanto, mais adequados.

Contrapondo-se a essa tendência, Tonin (2019, p. 65-66) argumenta que a expressão “meios alternativos” não está equivocada e tampouco ultrapassada, pelo

contrário, trata-se de nomenclatura já amplamente conhecida e difundida, razão pela qual advoga que a arbitragem, a mediação, a conciliação e até mesmo o *dispute board* seriam realmente meios alternativos ao meio ordinário, qual seja, o processo perante o Poder Judiciário.

Alimentando a polêmica, o doutrinador Carlos Alberto Carmona aduz que o mais razoável e lógico seria afirmar justamente o contrário, ou seja, que o processo estatal é que seria um meio alternativo de solução de litígios, a ser utilizado apenas quando os demais mecanismos não forem viáveis de serem implementados no caso concreto (apud TONIN, 2019, p. 66).

Abstraindo essa controvérsia doutrinária acerca da nomenclatura, há de se reiterar a ideia de que um sistema de justiça multiportas coloca à disposição das partes em conflito um amplo leque de métodos, cabendo a elas próprias escolherem conjuntamente aquele que considerarem o mais apropriado ao caso concreto, sendo vedado a uma parte impor à outra a adoção de determinado método alternativo (ou adequado) de resolução de conflitos sem sua aquiescência.

2.7. Arbitragem na administração pública

Como visto anteriormente, o sistema de justiça multiportas afastou o monopólio da solução de conflitos do Poder Judiciário, pois incentiva a adoção pelas próprias partes envolvidas da composição amigável ou da eleição de terceiros independentes e imparciais, fora do aparato estatal, para encerrar os litígios. Entretanto, a aceitação da arbitragem no âmbito da Administração Pública ocorreu mediante paulatina evolução normativa e jurisprudencial (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 41).

A Lei 13.129/2015 é considerada o marco fundamental para aceitação definitiva da possibilidade de adoção pela Administração Pública direta e indireta da arbitragem como meio adequado para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porquanto introduziu essa expressa autorização no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) (BRASIL, 2015c, grifos nossos):

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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Antes dessa reforma introduzida pela Lei 13.129/2015, havia os seguintes questionamentos doutrinários e jurisprudências: (i) se seria necessário permissão legal expressa para que a Administração pudesse utilizar a arbitragem; e (ii) se a adoção da arbitragem pela Administração não violaria os princípios da supremacia do interesse público pelo interesse privado e da indisponibilidade do interesse público (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 41).

2.7.1. A arbitralidade subjetiva

No que se refere à arbitrabilidade subjetiva (definição de quem poderia se submeter à arbitragem), havia duas correntes doutrinárias: (i) uma entendia ser desnecessário autorização legal específica pois art. 1º da Lei 9.307/96 já estabelecia que as pessoas capazes de contratar, como é o caso da administração pública direta e indireta, poderiam optar pela arbitragem; e (ii) outra considerava ser imprescindível existir autorização legal expressa para afastar a jurisdição estatal (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 41).

O § 1º do art. 1º introduzido pela Lei 13.129/2015 na Lei de Arbitragem explicitou a possibilidade de a Administração Pública servir-se da arbitragem, afastando quaisquer dúvidas acerca possibilidade de Administração Pública adotar a arbitragem quando atendidos aos requisitos de arbitralidade objetiva.

2.7.2. A arbitralidade objetiva

No que tange à arbitrabilidade objetiva, isto é, à possibilidade de o direito subjetivo objeto do conflito ser arbitrável, há de se observar que tal direito deve atender a dois requisitos legais essenciais: (i) patrimoniabilidade; e (ii) disponibilidade (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 79).

O requisito da patrimoniabilidade da pretensão arbitral exige que o direito subjetivo objeto da arbitragem seja equiparado a um valor econômico, isto é, que seja suscetível de apreciação econômica, a exemplo de indenizações, perdas e danos, ressarcimentos. Caso o direito em litígio seja extrapatrimonial, não estará apto à arbitragem, porquanto fora do comércio e indisponível para negociação, embora eventuais impactos patrimoniais decorrentes desse tipo de direito não patrimonial possam ser arbitráveis (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 80).

Nesse sentido, Beviláqua (1984 apud DI PIETRO, 2021, p. 1049) define patrimônio como “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico”, incluindo-se em seu bojo “a posse, os direitos reais, os direitos obrigacionais, as relações econômicas do direito de família e as ações correspondentes a esses direitos”, e excluindo-se dele “os direitos individuais à existência, à honra e à liberdade, os direitos pessoais entre os cônjuges, os direitos de autoridade entre pai e filho, e os direitos políticos”.

Os bens públicos, segundo o Código Civil (BRASIL, 2002) são classificados em três categorias: (i) de uso comum do povo; (ii) de uso especial ; e (iii) dominicais. Segundo Di Pietro (2022, p. 1065), apenas os últimos poderiam ser objeto de convenção arbitral, porquanto os bens públicos:

- de uso comum do povo não são passíveis de avaliação, de valoração econômica, porque destinados ao uso de todos, como as ruas, as praças, o mar, a praia, dentre outros;
- de uso especial são passíveis de valoração econômica, mas são indisponíveis porque têm uma destinação pública [tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias];
- dominicais [que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público] são passíveis de avaliação e são disponíveis por não terem afetação pública.

Para Scavone Jr. (2020, p. 39-40), os direitos patrimoniais decorrem ou estão vinculados às relações jurídicas de cunho obrigacional:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.

Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza.

Todavia, para que se possa ser adotada como meio de solução dos conflitos, além de se limitar aos direitos patrimoniais, a arbitragem ainda exige a existência de direitos disponíveis.

A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação.

O requisito da disponibilidade do direito patrimonial exige a existência de autorização expressa do ordenamento jurídico. Não se deve, todavia, confundir a indisponibilidade do interesse público com a indisponibilidade de direito patrimonial. Embora exista consenso de que o interesse público seja sempre indisponível pela Administração Pública pois sua titularidade pertence à coletividade e não ao poder público, a quem incumbe apenas administrá-lo, protegê-lo e dar-lhe efetividade, sendo-lhe defeso dispô-lo livremente, o mesmo não pode ser afirmado em relação aos direitos patrimoniais públicos, para os quais, sua eventual disponibilidade pode resultar mais interessante para a coletividade que sua preservação (DI PIETRO, 2022, p. 1065).

Percebe-se, portanto, que o direito patrimonial disponível é um conceito jurídico indeterminado e bastante difícil de ser determinado de maneira ampla, sendo necessário recorrer a referências da prática e a doutrina para identificá-lo corretamente (DI PIETRO, 2022, p. 1069; OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 80).

Segundo Accioly (2019, p. 103-104, grifos nossos), a arbitragem com a Administração Pública será cabível se as pretensões formuladas possuírem natureza patrimonial e puderem ser objeto de disposição negocial, independentemente do direito do qual resultou:

Assim, a arbitragem será cabível, no campo das relações jurídicas com a Administração Pública, quando as pretensões formuladas pelas partes apresentarem natureza patrimonial e forem suscetíveis de disposição contratual – de caráter transacional ou não. A natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica. A verificação desses caracteres deve se dar empiricamente, à luz do direito posto e da contextura da controvérsia em exame – considerando-se apenas a arbitrabilidade dos pedidos formulados pelas partes; não das suas causas de pedir ou questões prejudiciais. Sempre que se admitir, ainda, que excepcionalmente, a possibilidade de disposição negocial de uma pretensão jurídica patrimonial, titularizada ou oponível à Administração, poderá ela ser submetida à arbitragem.

Na atualidade, a definição do termo direito patrimonial disponível é considerada o tema prático de maior relevância envolvendo a arbitragem no âmbito da Administração Pública, não se vislumbrando solução trivial. Embora existam situações extremas nas quais se percebe de plano que conflito envolve direito indisponível, que não pode ser submetido à arbitragem, remanesce uma zona cinzenta, a ser definida pela doutrina, pela legislação e pela cláusula arbitral a ser consignada no texto do contrato público. Segundo DEUS (2021) existem três correntes propondo definir as

matérias que podem ser submetidas à arbitragem (arbitralidade objetiva) quando envolve a Administração Pública:

- A **1ª Corrente** é a mais restritiva e atualmente minoritária, que prevaleceu por muito tempo, pois entendia que **tudo que envolvesse interesse público seria indisponível**, e razão dessa indisponibilidade nenhum ato da administração pública poderia ser submetido à arbitragem.
- A **2ª Corrente** é um pouco mais flexível, bastante adotada pela doutrina e pela jurisprudência, mas que também vem perdendo força, sendo fundamentada na diferença entre o interesse público primário (interesses coletivos) e o interesse público secundário (interesse da Administração enquanto ente autônomo). Assim, **a indisponibilidade do interesse público recairia tão somente sobre o interesse público primário**.
- A **3ª Corrente** é a mais contemporânea e que vem avançando com mais força, sendo embasada na dicotomia entre **atos de gestão** (praticados pela Administração sem seu poder de império, em regime de paridade com os destinatários, como se fosse um particular na gestão de seus negócios) e **atos de império** (praticados pela Administração no gozo das prerrogativas de autoridade em relação aos particulares em razão de sua superioridade decorrente do regime de exorbitância em relação ao direito comum, a exemplo da imposição de medida regulatória; sanção contratual, decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa). Segundo essa corrente os **atos de império não seriam arbitráveis**. A autora vai além, e defende que **tampouco seriam arbitráveis os atos de gestão que não possuíssem margem de discricionariedade** para a transação, alienação ou renúncia.

Conforme essa terceira corrente doutrinária, apenas direitos patrimoniais decorrentes de atos de gestão da Administração Pública poderiam ser classificados como disponíveis, pois os oriundos de atos de império seriam completamente indisponíveis, não podendo ser objeto de arbitragem.

Oliveira e Estefeam (2019, p. 80-81) consideram as expressões “atos de gestão” e “atos de império” inexatas e imprecisas, razão pela qual entendem que seria necessário que a Administração promovesse sua densificação e detalhamento no

próprio contrato, consignando expressamente corpo da cláusula compromissória dois blocos de assuntos: (i) os contratualizáveis, que poderiam ser arbitráveis, e (ii) os incontractualizáveis, totalmente inarbitráveis.

Os autores sugerem incluir no primeiro grupo, relativo aos assuntos passíveis de arbitragem, matérias como: (i) cláusulas contratuais regulamentares do modo e forma de prestação do serviço; (ii) cláusulas econômico-financeiras e monetárias; (iii) hipóteses de garantia da manutenção equilíbrio econômico-financeiro; e (iv) consequências patrimoniais decorrentes do exercício de prerrogativas administrativas oriundas de cláusulas exorbitantes que afetem o particular.

No segundo grupo, referente aos temas inarbitráveis, deveria consignar o exercício dos poderes administrativos ou das atribuições legais unilaterais à Administração, porquanto contemplam atividades “irrenunciáveis, inderrogáveis, improrrogáveis e imprescritíveis” (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 81).

Na mesma linha, Di Pietro (2022, p. 1072) defende que as cláusulas compromissórias que autorizem a possibilidade da via arbitral para a solução de conflitos delimitem claramente nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos administrativos, as matérias passíveis de serem submetidas à arbitragem.

2.7.2.1. Arbitrabilidade objetiva e a Lei 13.448/2017

A Lei 13.448/2017, que dispõe regras gerais sobre prorrogação antecipada de contratos de concessão e cria o instituto da relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, reconhece expressamente três hipóteses de litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis que poderiam vir a ser objeto de arbitragem (BRASIL, 2017, grifos nossos):

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

[...]

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

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

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

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

Em princípio, a expressão contida no § 4º do art. 31, “[...] para fins desta Lei”, circunscreveria a aplicabilidade do rol de hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis ao âmbito específico abrangido pela referida norma, isto é, ao contexto de prorrogações antecipadas e relicitações de contratos de parceria dos setores rodoviário/ferroviário/aeroportuário.

Importa observar, que para o setor portuário as hipóteses já haviam sido definidas de modo pelo art. 2º do Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, que dispunha sobre critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário (atualmente revogado pelo Decreto 10.025/2019) (BRASIL, 2015a, grifou-se):

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

I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;

II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e

III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

Pondera-se que a expressão “incluem-se entre os litígios” contida no art. 2º do Decreto 8.465/2015 conduz à intelecção de que as hipóteses elencadas nos incisos I a III compõem um rol meramente exemplificativo, não taxativo, de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem objeto de arbitragem.

2.7.2.2. Arbitrabilidade objetiva e a Resolução ANTT 5.845/2019

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Resolução ANTT 5.845, de 14/5/2019, dispôs sobre regras procedimentais para autocomposição e arbitragem no âmbito da autarquia, ampliou a definição de direitos patrimoniais disponíveis inovando em relação à Lei 13.448/2017 ao acrescentar dois itens ao rol dos direitos passíveis de arbitragem: “as penalidades e seu cálculo” e as “controvérsias advindas da execução de garantias”, além de expandir a possibilidade de sua aplicação a todo o período da execução contratual, não se restringindo aos casos de prorrogação antecipada ou de relicitação de contratos de parceria. Confirma-se o art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019 (ANTT, 2019, grifou-se):

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

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

II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

III - penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias;

IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e

V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.

2.7.2.3. Arbitrabilidade objetiva e o Decreto 10.025/2019

Poucos meses após a edição da Resolução ANTT 5.845/2019, o Decreto 10.025, de 20/9/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, trouxe em seu art. 2º um rol de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem discutidos pela via arbitral nesses quatro modais.

O decreto reconheceu expressamente as controvérsias sobre “a incidência de suas penalidades e o seu cálculo”, entretanto, não contemplou expressamente as “controvérsias advindas da execução de garantias”, reduzindo as hipóteses expressamente elencadas de possibilidades em relação à Resolução ANTT 5.845/2019. Confira-se o art. 2º do Decreto 10.025, de 20/9/2019 (BRASIL, 2019b, grifos nossos):

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

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

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

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

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

Pondera-se, todavia, que a expressão “entre outras” contida no parágrafo único do art. 2º do Decreto 10.025/2019 indica que as hipóteses elencadas nos incisos I a III compõem um rol meramente exemplificativo, não taxativo, de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem objeto de arbitragem.

2.7.2.4. Arbitrabilidade objetiva e o Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário

Essa aparente incongruência entre a Resolução-ANTT 5.845/2019 e o Decreto 10.025/2019 foi examinada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do TC 016.936/2020-5, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo. Esse processo cuidou do acompanhamento do primeiro estágio de desestatização relativo à outorga de concessão de trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Após avaliar a questão o relator refutou a possibilidade de a minuta contratual permitir a discussão pela via arbitral de controvérsias relativas à execução ou não de garantias, nos seguintes termos (BRASIL, 2020a, voto condutor do Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário, TC 016.936/2020-5, peça 88, grifou-se):

437. Entendo não assistir razão à ANTT. Nada impede que a Resolução ANTT 5.845/2019 apresente definição de controvérsia de direitos patrimoniais disponíveis, desde que não extrapole as hipóteses previstas no Decreto 10.025/2019 e na Lei 13.448/2017. Tampouco se questiona que a garantia de execução não seja obrigação contratual.

438. Também não há dúvidas de que é exaustivo o rol de direitos patrimoniais disponíveis da Lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019.

439. [...]. Não vislumbro o que seria “qualquer discussão ou controvérsia” a ser submetida à arbitragem. Não há o que se discutir sobre valor e prazo das garantias de execução contratual, pois são definidos de antemão por imposição legal, não havendo flexibilidade para negociação sobre tais parâmetros. O que a ANTT pretende, com sua argumentação, é fazer crer que cabe submeter à arbitragem a execução ou não da garantia.

440. Esse é o pano de fundo que a unidade técnica apresenta em seu entendimento.

441. Ou seja, de acordo com a argumentação da ANTT, todos os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública Federal que, por lei, possuem a previsão de garantia de execução contratual, estariam sujeitos de ter a execução da garantia discutida no âmbito da arbitragem. Se assim for, a garantia de execução contratual passaria ter um papel meramente figurativo, porque na prática não seria executada, sendo prevista contratualmente para atender a imposição legal. Teríamos, então, total desvirtuamento da lei aprovada no Congresso Nacional. E, ao fim e ao cabo, os três membros componentes de conselho arbitral é que decidiriam se cabe ou não executar a garantia, porque a agência reguladora resolveu ampliar na minuta contratual da BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO o rol previsto de direitos patrimoniais disponíveis da Lei 13.448/2017 e do

Decreto 10.025/2019, acrescentando as controvérsias advindas da execução de garantias.

442. A Lei 13.448/2017 e Decreto 10.025/2019 não preveem essa possibilidade e, portanto, não poderia a minuta contratual sob análise abarcar essa hipótese.

A afirmação contida no item 438 do Voto merece reparo, pois como visto no tópico 2.7.2.3, o rol dos direitos patrimoniais disponíveis do Decreto 10.025/2019 seria exemplificativo na medida em que o parágrafo único consigna a expressão “entre outras” controvérsias possíveis.

Seguindo o entendimento do relator, o colegiado da Corte de Contas, por intermédio do Acórdão 4.036/2020-TCU-Plenário, determinou que a agência restringisse a aplicação da arbitragem ao rol de direitos patrimoniais disponíveis expressamente previstos na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019 c/c o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996 (BRASIL, 2020a):

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, previamente à publicação do edital de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR080/414/GO, com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315/2020:

[...]

9.2.20. restrinja a aplicação do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis restritos ao rol previsto na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996;

2.7.2.5. Arbitrabilidade objetiva e o Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário

Em outra oportunidade, o Tribunal de Contas da União avaliou a cláusula compromissória contida na minuta contratual (cláusula 38.1.3) relativa ao processo de desestatização dos 970,2 km do sistema rodoviário que abrange a BR-163/MT/PA e a BR-230/PA, entre Sinop/MT e Itaituba/PA, conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (TC 018.901/2020-4, da relatoria do Min. Benjamin Zymler), constatando a inclusão na lista de direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias o tema “(iii) penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias”.

O relator registrou que embora rol de direitos patrimoniais disponíveis tenha sido consignado em norma de escopo restrito (art. 31, § 4º da Lei 13.448/2017), destinada a estabelecer diretrizes gerais para a prorrogação antecipada e a relicitação

das concessões de setores econômicos determinados (rodoviário/ ferroviário/ aeroportuário), sua essência teria sido adequadamente replicada para outros normativos e para os contratos de concessão celebrados posteriormente à publicação da lei (BRASIL, 2020b, voto condutor do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário).

O relator refutou a interpretação aduzida pela ANTT de que existiria uma relação de gênero e espécie entre o inadimplemento contratual e as controvérsias na execução das garantias. Na visão do relator, as controvérsias na execução das garantias constituem consequência do inadimplemento contratual. Submetida a questão à deliberação do colegiado, a Corte de Contas determinou, por intermédio do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário, que a agência excluísse da definição dos direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contida na minuta contratual, a referência a “controvérsias advindas da execução de garantias”, uma vez que essa hipótese não encontrava respaldo no Decreto 10.025, de 20/9/2019, que regulamenta a Lei 13.448, de 5/6/2017. Confira-se o excerto do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Min. Benjamin Zymler (BRASIL, 2020b, grifou-se):

9.1. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315, de 22/4/2020, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, antes da publicação do edital da pretendida concessão:

9.1.21 exclua, da definição dos direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contida na minuta contratual, a referência a “controvérsias advindas da execução de garantias”, uma vez que essa hipótese não encontra respaldo no Decreto 10.025, de 20/9/2019, que regulamenta a Lei 13.448, de 5/6/2017, que trata da matéria;

2.7.2.6. Arbitrabilidade objetiva e o Resolução ANTT 5.960/2022

As determinações contidas nos Acórdãos 4.036/2020 e 4.037/2020, ambos do plenário do TCU, resultaram na edição da Resolução ANTT 5.960, de 3/2/2022, que dispôs sobre regras procedimentais para autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT, e modificou o inciso III do art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019, excluindo a referência a “controvérsias advindas da execução de garantias” (ANTT, 2022):

Art. 1º A Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 2º ...

III – penalidades contratuais e seu cálculo;

...’ (NR)

Na visão Pereira, Ávila e Albuquerque (2022) essas decisões ao induzirem a modificação da norma interna sobre arbitragens da ANTT (Resolução ANTT 5.845/2019) e excluírem o item “execução de garantias contratuais” da lista de controvérsias suscetíveis de serem objeto resolução pela via arbitral, revelava que órgão de controle ainda apresenta uma certa resistência à aplicação ampla da arbitragem em contratos de concessão.

Considerando que a literatura e a jurisprudência já sedimentaram a “noção de que tudo que é ‘contratualizável’ [...] é arbitrável”, Pereira, Ávila e Albuquerque (2022) sustentam que a razão de decidir que fundamenta o acórdão utiliza conceito obsoleto de direito patrimonial disponível, “não alcança a complexidade dos contratos de concessão e carrega embutida uma visão ainda resistente à arbitragem”:

A expressão “direitos patrimoniais disponíveis” parece ativar uma armadilha mental, que remete operadores do Direito a uma visão antiquada – e distorcida – do princípio da indisponibilidade do interesse público, que muito emperrou o avanço da arbitragem envolvendo a Administração Pública. É um gatilho para a ideia equivocada de que a arbitragem envolveria algum tipo de renúncia a direitos. (PEREIRA; ÁVILA; ALBUQUERQUE, 2022)

Essa visão resistente à arbitragem seria fruto da incompreensão de que “a arbitragem não é mais vista como um meio alternativo de resolução de controvérsias”, mas “como a forma mais adequada para o processamento de determinados tipos de conflitos, como é o caso das sensíveis e complexas questões setoriais de infraestrutura” (PEREIRA; ÁVILA; ALBUQUERQUE, 2022).

Questiona-se a real eficácia tanto das determinações exaradas do TCU quanto da alteração realizada da norma pela ANTT. Sabe-se que pelo princípio da Competência-Competência cabe ao árbitro decidir se possui competência para julgar determinado conflito. Como a norma vigente apenas impede a inclusão nas cláusulas compromissórias das minutas contratuais de referência expressa à possibilidade de serem submetidas à arbitragem “controvérsias advindas da execução de garantias”, sem vedá-las textualmente, é possível que a concessionária submeta ao Tribunal Arbitral litígio sobre execução de garantias e este acolha a arbitralidade objetiva por entender serem decorrentes de inadimplemento contratual.

2.7.3. A convenção de arbitragem

A arbitragem possui origem contratual na medida em que decorre do acordo de vontade das partes cujo efeito é atribuir competência jurisdicional aos árbitros ou tribunais arbitrais para julgarem o conflito (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 23).

A convenção de arbitragem é o gênero do acordo escrito que obriga as partes a submeter seus litígios ao foro arbitral, do qual resultam duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral (BRASIL, 1996, art. 3º).

Segundo a Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é inserida no contrato com o objetivo de comprometer os contratantes a submeterem ao juízo arbitral eventuais litígios que possam vir a surgir durante a execução do contrato.

O compromisso arbitral, por seu turno, é o documento que formaliza o acordo de vontade entre as partes de um contrato para submeterem à arbitragem um litígio já existente (LEMES, 2006).

Embora a lei e o regulamento sejam referências importantes, o que mais importa em termos de arbitragem válida é o que consta expressamente na cláusula compromissória do contrato (ou cláusula arbitral), razão pela qual cada contrato dentro de sua especificidade e casuística deveria estabelecer o que pode e o que não pode ser levado à arbitragem (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 23).

Oliveira e Estefam (2019) advogam a existência de pelo menos três métodos de redação de cláusula compromissória, quais sejam:

- **1º Método: Método da Especificação Geral** é aquele que se limita a declarar que a arbitragem é um método escolhido para a solução dos conflitos decorrentes do referido contrato, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de cláusula genérica, lacônica, funcionando como um grande guarda-chuva, mas que deixa os tribunais arbitrais interpretá-la para concluir-se sobre o que pode ou não pode ser levado à arbitragem (pelo princípio do *competence-competence* a prevalência da interpretação da arbitralidade objetiva da cláusula arbitral é do árbitro, sendo levada ao judiciário em situações muito excepcionais).
- **2º Método: Método da Especificação Material Exemplificativa** é aquele que apresenta uma relação de hipóteses, sem prejuízo de outras, em que é possível a adoção da arbitragem para a solução dos conflitos decorrentes

do referido contrato, pois no entendimento das partes são direitos patrimoniais disponíveis.

- **3º Método: Método da Especificação Material Exaustiva** é aquele que apresenta um elenco de matérias de maneira fechada, portanto somente os casos elencados poderão ser tema de arbitragem, ainda que outros sejam possíveis. Caso outras matérias além daquele rol exaustivo contido na cláusula compromissória ensejarem conflitos, a controversa deverá ser submetida ao juízo estatal, salvo se as partes decidirem ampliar o elenco original de matérias arbitráveis por intermédio de termo aditivo ou compromisso arbitral.

Oliveira e Estefam (2019, p. 54) observam que embora o direito privado regule as disposições contratuais relativas à convenção de arbitragem, quando envolver a Administração Pública, tais disposições são parcialmente derogadas pelo direito público, porquanto devem harmonizar-se com os princípios e regras deste, tais como:

- possibilidade de controle pelos Tribunais de Contas;
- celebração por autoridade investida de poderes para realização de acordos e transações;
- conformidade entre o bem jurídico objetivado pelo contrato e o mandamento do ordenamento jurídico.

2.7.3.1. Cláusula compromissória e o Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário

Como visto no tópico precedente, o TCU fiscalizou o processo de desestatização da BR-163/MT/PA e a BR-230/PA conduzido pela ANTT. Naquela oportunidade, também se avaliou a abrangência das hipóteses elencadas na cláusula compromissória contida na minuta contratual, verificando-se que a amplitude do escopo estabelecido nesse caso concreto evidenciava que a agência vislumbrava que a arbitragem traria mais vantagens que desvantagens em relação à resolução de eventuais conflitos pela via judicial. Confirma-se esse excerto da minuta contratual (TC 018.901/2020-4, peça 66, p. 65, grifos nossos):

38.1.1 Sempre que houver divergência na aplicação das normas contratuais que envolvam direito patrimonial disponível, a ANTT e a Concessionária

podem buscar qualquer dos seguintes mecanismos de solução de controvérsias:

- (i) Autocomposição de conflitos;
- (ii) Mediação;
- (iii) Arbitragem;
- (iv) Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board)

Uma preocupação levantada pela unidade técnica era se a agência já teria acumulado experiência suficiente para capacitá-la a decidir antecipadamente, por meio de cláusula compromissória, que a adoção da arbitragem, de forma obrigatória e para um amplo espectro de questões, seria a decisão mais acertada e consentânea com o interesse público. A unidade técnica aduziu que a decisão de submeter conflitos de interesse à arbitragem não é decisão trivial, exigindo-se, nos casos de ausência de cláusula compromissória, que se realize prévia avaliação das vantagens e desvantagens, as quais podem variar em cada caso concreto, como expressamente estabelece o art. 6º do Decreto 10.025/2019:

Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.

§ 1º Será dada preferência à arbitragem:

I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e

II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa:

- a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou
- b) inibir investimentos considerados prioritários.

A unidade técnica entendeu que seria prudente e recomendável que a agência limitasse o escopo da cláusula compromissória quando da celebração do contrato de concessão, sem prejuízo de que uma maior gama de conflitos seja discutida durante a execução do contrato mediante compromisso arbitral, após a aquisição de uma maior maturidade da Agência tanto para avaliar vantagens e desvantagens quanto para desempenhar seu papel frente a essa nova possibilidade de resolução de controvérsias.

O relator, no voto condutor do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário, reconheceu que diversas questões fundamentais relacionadas aos contratos de concessão podem vir a ser discutidas por intermédio dos mecanismos de solução de controvérsias previstos na minuta contratual. Todavia, entendeu que a redação da minuta

caracterizava autêntica cláusula compromissória tornando impositiva a submissão da controvérsia ao juízo arbitral, caso a concessionária manifeste sua irrisignação após decisão definitiva da autoridade competente da agência, porquanto as partes já teriam livre e previamente estipulado abstratamente que quaisquer eventuais conflitos futuros relacionados à aplicação de normas contratuais envolvendo direitos patrimoniais disponíveis poderiam vir ser resolvidos pela via arbitral. Reconheceu que, em teoria, a cláusula compromissória contribuiria para a maior celeridade ao processo de resolução de conflitos, mas em contrapartida, constatou que, na prática, a agência estaria experimentando grande dificuldade na defesa de seus interesses em procedimentos arbitrais já instalados, existindo riscos significativos de perda de disputas envolvendo bilhões de reais. Por fim, o relator entendeu que em face das dificuldades enfrentadas pela agência, a maior contribuição que a Corte de Contas poderia dar para o aperfeiçoamento da gestão da autarquia, seria a emissão de recomendação, cuja observância não é obrigatória, de eliminação da cláusula compromissória prevista na minuta contratual, o que permitiria a prévia avaliação em cada caso concreto das vantagens e desvantagens de submeter determinada questão à arbitragem antes de decidir pela celebração do compromisso arbitral.

Submetida a questão à deliberação do colegiado, a Corte de Contas acompanhou a proposta do relator e por intermédio do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário recomendou a exclusão da previsão das cláusulas compromissórias impositivas previstas na minuta contratual. Confira-se o excerto do Acórdão 4.037/2020-TCU-Plenário, da relatoria do Min. Benjamin Zymler (BRASIL, 2020b):

9.3. **recomendar** à ANTT, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315, de 22/4/2020, que:

9.3.12 exclua a previsão de cláusulas compromissórias obrigando a ANTT a submeter as divergências às formas de resolução de controvérsias indicadas na subcláusula 38.1.1 da minuta contratual, preferindo, em vez disso, uma modelagem que permita avaliação prévia das vantagens e desvantagens das alternativas existentes, na linha do disposto no art. 6º do Decreto 10.025/2019;

[...]

9.3.13 revise a Resolução ANTT 5.845/2019, a fim de compatibilizá-la com os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o da publicidade previsto no art. 37 da Constituição Federal;

Pondera-se que o eventual acolhimento dessa recomendação de exclusão da cláusula arbitral, pela ANTT, reduziria a segurança jurídica e desestimularia a participação dos potenciais parceiros privados em leilões vindouros, principalmente

investidores estrangeiros receosos de submeterem eventuais conflitos de interesse envolvendo direitos patrimoniais disponíveis à jurisdição estatal.

Segundo Carmona (2021), não se deve supor que o investidor estrangeiro ou aquele que vai transferir tecnologia alienígena vai querer resolver eventuais litígios com a justiça estatal brasileira. Segundo o jurista, essa aversão não decorre, necessariamente, da qualidade das decisões que os magistrados nacionais podem proferir, mas da desconfiança natural de um estrangeiro que terá de resolver seus eventuais litígios em ambiente desconhecido, assim como as empresas brasileiras que executam contratos no exterior não desejam ter seus eventuais conflitos julgados pela justiça estatal daqueles países. Nessas circunstâncias, em negócios envolvendo atores internacionais, é compreensível que se prefira submeter eventuais litígios a julgadores que aparentem possuir maior neutralidade em relação às injunções locais.

Os contratos de concessão de infraestrutura de modo geral são de longo prazo, sofisticados e naturalmente incompletos devido à dificuldade ou à impossibilidade de se descrever antecipadamente todas as possíveis situações e seus respectivos tratamentos ao longo de toda a execução contratual (ÁVILA; NASCIMENTO, 2022, p. 31).

As lides decorrentes desses contratos originam processos naturalmente complexos, mas que, frequentemente, exigem decisões urgentes. Nesses casos, liminares costumam ser concedidas e depois as partes aguardam a eternidade até a finalização do processo. A resolução dos litígios decorrentes da excessiva duração dos processos costuma ser corrosiva. No caso específico de concessões rodoviárias, enquanto as controvérsias não são resolvidas, investimentos na manutenção e ampliação da capacidade das vias costumam ser postergadas, prejudicando a adequada prestação do serviço público ao usuário (CARMONA, 2021).

A arbitragem é recomendável para enfrentar controvérsias complexas de contratos de infraestrutura que exigem uma decisão mais atenciosa, mais qualificada e mais rápida, de modo que os jurisdicionados consigam resolver seus problemas sem prejudicar a população. No caso de concessões rodoviárias enquanto as controvérsias não são resolvidas, investimentos em ampliações de capacidade da via costumam ser postergadas, prejudicando a adequada prestação do serviço ao usuário.

Na visão de Ávila e Nascimento (2022, p. 1), a arbitragem é recomendável pois atribui “mais estabilidade ao ambiente de negócios, previsibilidade, e, por conseguinte, segurança jurídica aos projetos, o que favorece a valoração do empreendimento em

si, bem como a relação entre poder concedente e concessionária que se estabelecerá pós-leilão.”.

Segundo Albuquerque (2022), como os controladores não se debruçaram suficientemente sobre a temática, ainda não conseguiram compreender que o Estado opta pela arbitragem buscando uma decisão tecnicamente especializada e rápida. A escolha não é pelo resultado, avaliando a maior probabilidade de vencer a disputa, portanto, na visão do jurista, mesmo que seja para perder o litígio, a obtenção de uma decisão tecnicamente mais qualificada e célere justifica a escolha da arbitragem.

2.7.4. O critério da arbitragem de direito

A reforma da Lei de Arbitragem introduzida pela Lei 13.129/2015 estabeleceu a obrigatoriedade que a arbitragem quando envolver a Administração Pública seja julgada utilizando como base o critério “de direito”, mediante a observância dos dispositivos vigentes no ordenamento jurídico, afastando a possibilidade de submeter-se à arbitragem julgada pelo critério da equidade, que se baseia no senso de justiça dos árbitros (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 64).

No julgamento por equidade, o árbitro recebe “autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parecer justo no caso concreto” (CARMONA, 2012, p. 65). Confira-se a redação do parágrafo introduzido na Lei de Arbitragem (BRASIL, 2015c):

Art. 2º [...]

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

No mesmo sentido estabelecem os incisos I e II e o § 2º, todos, do art. 3º do Decreto 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário (BRASIL, 2019b, grifos nossos):

Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições:

I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito;

II - as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira;

III - a arbitragem será realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa;

IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira;

V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.

§ 1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do **caput**.

§ 2º Fica vedada a arbitragem por equidade.

§ 3º Observado o disposto no inciso V do **caput**, será admitida a opção pela arbitragem **ad hoc**, desde que devidamente justificada.

Segundo Di Pietro (2022, p. 1075), a restrição à arbitragem por equidade decorre do princípio constitucional da legalidade previsto no artigo 37, caput, da Constituição, ao qual a Administração Pública direta e indireta encontra-se submetida, razão pela qual, nesses casos, os árbitros estão proibidos de decidir com base na equidade, podendo, todavia, utilizar os princípios previstos no ordenamento jurídico para fundamentar suas decisões.

2.7.5. O requisito da publicidade

A costumeira confidencialidade atribuída aos procedimentos arbitrais realizados entre particulares não decorre de uma exigência legal (Lei 9.307/1996), mas do espírito de preservação de seus próprios interesses privados, porquanto, a eventual divulgação da mera existência ou de detalhes de arbitragens em andamento, pode atingir negativamente a reputação dos litigantes e prejudicar seus negócios (SALLES, 2017, p. 4).

No âmbito da Administração Pública, entretanto, a publicidade é um requisito constitucional alçado à posição de princípio garantidor da transparência dos atos da administração e da responsividade dos agentes públicos” (SALLES, 2017, p. 7). Confira-se o artigo 37, caput, da Constituição (BRASIL, 1988, grifos nossos):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios** de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O conflito entre o costumeiro sigilo presente nas arbitragens privadas e necessidade de a Administração pública respeitar o princípio constitucional da publicidade ao qual se encontra-se submetida, foi resolvido pela reforma da Lei de Arbitragem realizada pela Lei 13.129/15. Confira-se a redação do § 3º do artigo 2º incluído na Lei 9.307/1996 (BRASIL, 1996):

Art. 2º [...]

§ 3º A arbitragem que envolva administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

Importa observar, que existem hipóteses legais em que a Administração Pública deve respeitar o sigilo, a exemplo das envolvem a proteção da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF), as necessárias ao exercício profissional (art. 5º, XIV, da CF), as que protegem a intimidade e o interesse social (art. 5º, LX, da CF) e as previstas no art. 23 da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). (MARTINS, 2017, p. 27; OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 59; DI PIETRO, 2022, p. 1075).

No âmbito da ANTT, a publicidade do procedimento arbitral foi disciplinada por meio da Resolução ANTT 5.960, de 3/2/2022, que alterou o art. 22 da Resolução 5.845/2019, estabelecendo expressamente as hipóteses de confidencialidade e a responsabilidade pela divulgação de documentos inerentes às arbitragens. Confira-se o art. 22 da Resolução ANTT 5.960/2022:

Art. 1º A Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

‘Art. 22. As informações no processo arbitral serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira, sendo os seguintes documentos disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT:

I - termo de arbitragem; e

II - decisões e sentenças do tribunal arbitral.

§ 1º Nas arbitragens institucionais caberá à Câmara Arbitral disponibilizar o acesso às informações sobre o processo de arbitragem, inclusive a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes relativas ao mérito, as provas produzidas e as decisões do tribunal arbitral, ressalvadas aquelas cujo sigilo tenha sido decretado pelo Tribunal Arbitral.

§ 2º O disposto nos incisos do caput não veda a ANTT de disponibilizar em seu sítio eletrônico as informações de que trata o § 1º.

§ 3º A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos

procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.' (NR)

No âmbito do setor rodoviário federal, a ANTT publicava em seu portal na internet (<https://portal.antt.gov.br/arbitragem>) as controvérsias submetidas ao juízo arbitral, no qual informava a concessionária, a câmara arbitral, a data de início do procedimento, o valor em disputa, a composição do tribunal, as principais manifestações da requerente e da requerida, bem como os termos e as decisões arbitrais (RODRIGUES, 2022).

A partir da Resolução ANTT 5.960/2022, entretanto, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 22, a agência delegou a responsabilidade pelo fornecimento de informações sobre o processo de arbitragem para a Câmara Arbitral, mantendo-se responsável apenas pela publicação dos termos de arbitragem e das decisões e sentenças arbitrais, dificultando o acompanhamento dos processos arbitrais em curso (ANTT, 2022).

2.7.6. Jurisprudência do TCU sobre arbitragem

Segundo Oliveira e Estefan (2019, p. 50-53), a jurisprudência do TCU em relação à possibilidade de emprego da arbitragem pela Administração Pública para a resolução de eventuais controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis evoluiu lentamente de acordo com os espaços encontrados no regime jurídico-administrativo, partindo de um posicionamento inicialmente refratário até sua atual aceitação amparada na expressa autorização introduzida pela Lei 13.129/2015. O Quadro 2 ilustra essa evolução temporal:

Quadro 2 - Evolução temporal da jurisprudência do TCU sobre arbitragem

Decisão	Conteúdo
<p>Decisão 286/1993-P Rel. Homero Santos. TC 008.217/1993-9 (BRASIL, 1993)</p>	<p>Inaplicabilidade plena. Em nenhum caso seria possível o uso da arbitragem pelo Estado:</p> <p>“o juízo arbitral é <u>inadmissível em contratos administrativos</u>, 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</p>

	instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).”
<p>Decisão 763/1994 – P Rel. Carlos Átila TC 006.098/1993-2 (BRASIL, 1994)</p>	<p>Inaplicabilidade plena. “excluir as disposições [...] que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a <u>inexistência de fundamento legal</u> para a adoção de tal instituto em contratos administrativos”, consoante Decisão 286/1993 - Plenário;</p>
<p>Acórdão 584/2003 – 2ªC Rel. Ubiratan Aguiar TC 005.250/2002-2 (BRASIL, 2003)</p>	<p>Inaplicabilidade aos contratos administrativos. O contrato administrativo não poderia prever a arbitragem, pois tal método de solução de conflitos violaria os princípios constitucionais de publicidade e transparência. Mantido pelo Acórdão 537/2006-2ª Câmara.</p>
<p>Acórdão 1.330/2007-P Rel. Raimundo Carreiro TC 003.499/2011-1 (BRASIL, 2007)</p>	<p>Aplicabilidade restrita a determinados setores. Reconheceu a possibilidade de aplicação da arbitragem em contratos de parceria público-privada (PPP) em razão do permissivo constante no inciso III do art. 11 da Lei 11.079/2004.</p>
<p>Acórdão 391/2008-P Rel. Marcos Vilaça TC 005.605/2002-9 (BRASIL, 2008)</p>	<p>Retrocesso. Inaplicabilidade aos contratos de concessão. “...parece-nos <u>descabida</u> a possibilidade de interpretar a cláusula da Lei de Concessões como uma possibilidade de <u>utilização do instituto da arbitragem</u>. Com efeito, não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público.”</p>
<p>Acórdão 1.796/2011-P Rel. Augusto Nardes TC 002.811/2006-6 (BRASIL, 2011)</p>	<p>Inaplicável ao poder tarifário. Segundo o relator: “questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao <u>poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável</u>, não podem se irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível”.</p>
<p>Acórdão 157/2012-P Rel. Aroldo Cedraz TC 032.786/2011-5</p>	<p>Aplicabilidade restrita. Possibilidade de empregar a arbitragem para solucionar conflitos de índole <u>exclusivamente patrimonial</u>.</p>

(BRASIL, 2012a)	“133. [...]A previsão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio futuro e incerto no âmbito de contratos administrativos é considerada lícita sempre que <u>incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais</u> – representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental –, e <u>não sobre potestades de índole pública</u> (interesse público primário, de promoção do bem comum).”
Acórdão 2.573/2012-P Rel. Raimundo Carreiro TC 003.499/2011-1 (BRASIL, 2012b)	Aplicabilidade restrita. A arbitragem não poderia ser amplamente utilizada nos contratos concernentes a serviços públicos. “9.2. determinar [...] adote as medidas pertinentes para fazer constar expressamente no contrato de concessão proveniente do Edital 001/2011/BR101/ES/BA: 9.2.1. <u>a inaplicabilidade da arbitragem</u> para resolução de divergências relativas às <u>questões econômico-financeiras</u> do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001;”
Acórdão 2.145/2013-P Rel. Benjamin Zymler TC 006.588/2009-8 (BRASIL, 2013)	Aplicabilidade restrita. Nos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a adoção de cláusulas de juízo arbitral deve estar técnica e economicamente justificada e comprovadamente em conformidade com as práticas de mercado.

Fonte: Adaptado pelo autor (OLIVEIRA; ESTEFAN, 2019, p. 50-53; ÁVILA; NASCIMENTO, 2022, p. 346-351).

3. Arbitragem no âmbito das concessões de rodovias federais

O processo de concessões de rodovias federais foi inserido na agenda política brasileira por intermédio do Programa Nacional de Desestatização (PND) estabelecido com o advento da Lei 8.031/1990 sob as justificativas de: (i) eliminação da ineficiência estatal; (ii) redução do déficit público; (iii) redefinição do papel do Estado; e (iv) reestruturação industrial (BRASIL, 2019c).

O marco inicial da concessão de rodovias federais ocorreu com o advento da Portaria GM 10, de 10/1/1993 do Ministério dos Transportes, por meio da qual se criou grupo de trabalho com o objetivo de elaborar edital de licitação para restauração, manutenção, operação e exploração mediante pedágio da Ponte Rio - Niterói e da Rodovia Presidente Dutra (BRASIL, 2019c).

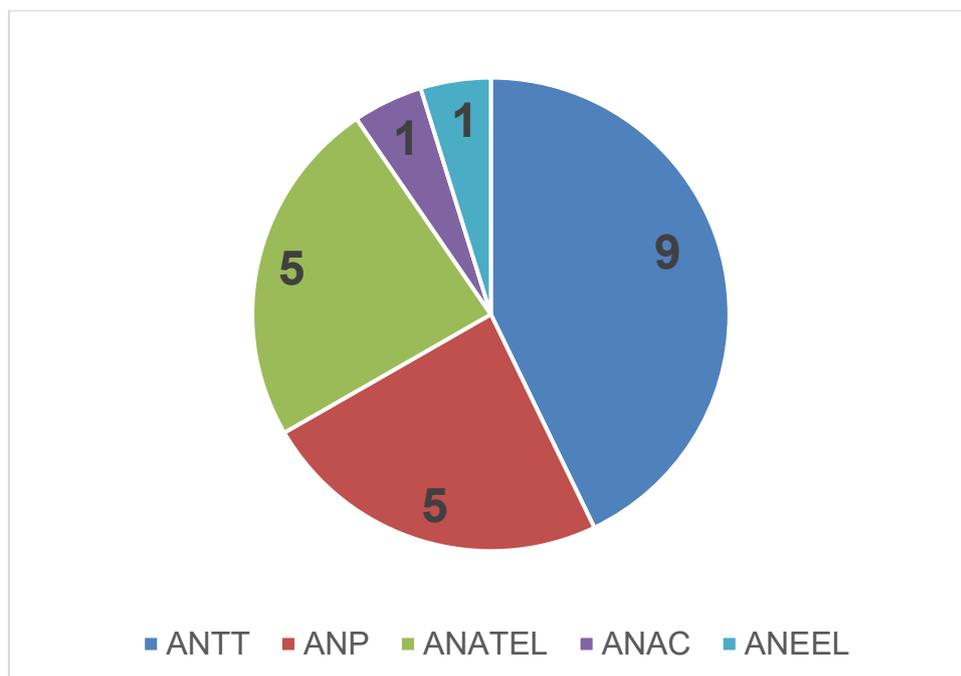
O nome “Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe)” surgiu inicialmente por meio da Portaria GM 824, de 6/9/1993, substituída posteriormente pela Portaria MT 246, de 11/5/1994, a qual, de forma expressa, instituiu o Procrofe (BRASIL, 2019c).

A Lei 10.233/2001 extinguiu o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), atribuindo-lhe “as tarefas de promover estudos de viabilidade de novas concessões e de determinação das tarifas de pedágio, criar e editar as normas do setor e de fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados” (CNI, 2018).

Em razão da modelagem contratual, as concessões rodoviárias federais são divididas em etapas e fases do Procrofe, sendo que os contratos mais recentes estão na quarta etapa (ÁVILA; NASCIMENTO, 2022, p. 337-338).

A ANTT foi pioneira na expedição de resoluções sobre mediação e arbitragem, tendo editado a Resolução ANTT 5.845/2019 alguns meses antes da matéria ter sido regulamentada por meio do Decreto 10.025/2019 (RODRIGUES, 2022).

Apesar de ser um instrumento considerado muito recente, pois os litígios começaram a ser submetidos ao juízo arbitral no fim de 2017, a ANTT já possui 9 (nove) arbitragens em curso envolvendo o setor rodoviário, sendo a agência reguladora federal com o maior número de procedimentos abertos (42,8%, 9 de 21 arbitragens), como se observa na Figura 2:

Figura 2 – Arbitragens envolvendo Agências Reguladoras

Fonte: Adaptado pelo autor (RODRIGUES, 2022).

Essa maior incidência de litígios envolvendo o setor de transportes não é um fenômeno local. Segundo Ávila e Nascimento (2022, p. 353) pesquisa realizada pela Global Infrastructure Hub - GIH (<https://bit.ly/3zwQ5bC>) sobre disputas no âmbito de parcerias público-privadas existentes em diversos locais do mundo, evidenciou que “a maior prevalência de litígios foi no setor dos transportes, com 27 casos de 77 projetos para os quais havia dados disponíveis (35%)”.

Levantamento realizado nos requerimentos de arbitragem divulgados no portal de arbitragens da ANTT revela que, amparadas na hipótese permissiva de discutir direito patrimonial disponível relativo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, as concessionárias têm questionado, numa mesma demanda, revisões tarifárias em geral, cálculo do fator D, e até mesmo itens contratualmente alocados como risco da concessionária, a exemplo da não obtenção de financiamentos públicos, como se pode observar no Quadro 3 a seguir.

Quadro 3 – Arbitragens em curso envolvendo concessões de rodovias federais

Concessionária/ Câmara Arbitral	Objeto	Valor em disputa
1.MGO (Eco 050) CCI:23238/2017/GSS/PFF Início: 21/11/2017	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-050/GO/MG. Diante da alteração da data-base pela ANTT para execução de serviços, das revisões ordinárias da tarifa básica, da aplicação do fator D, e outros fatores, requer a recomposição	18.328.324,65

	do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.	
2. GALVÃO CCI:23433/2018/GSS/PFF Início: 2/2/2018	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-153/MT. Discute a Deliberação nº 138/2017 da ANTT, que reconheceu descumprimento contratual, declarou caducidade do contrato e levou à condenação ao pagamento de multa administrativa. Alega que a inexecução contratual derivou exclusivamente da <u>não obtenção do financiamento prometido pelo BNDES</u> , aliada à crise política e econômica experimentada no país após a assinatura do contrato. Sentença Parcial de Mérito (10/10/2020)	690.449.540,66
3. VIA040 CCI:23932/2018/GSS/PFF Início: 17/9/2018	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-040/DF/GO/MG Diante da <u>não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados</u> , da inviabilidade de cumprimento contratual, da inércia da ANTT quanto aos pedidos de revisão ordinária e de relicitação. Sentença Arbitral Parcial (16/11/2021)	140.000.000,00
4. CRO CCI:23960/2018/GSS/PFF Início: 1/10/2018	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-163/MT. Diante da <u>não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados</u> , da inviabilidade de cumprimento contratual, do aumento do preço do CAP, da aplicação do fator D, e outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.	765.000.000,00
5. CONCEBRA CCI: 24595/2019/PFF Início: 4/7/2019	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-153/262/DF/GO/MG. Diante da <u>não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados</u> , da inviabilidade de cumprimento contratual, da revisão tarifária da ANTT na Deliberação nº 628, e outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato	787.347.840,43
6. VIABAHIA CCBC:64/2019/SEC7 Início: 3/9/2019	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-116/324/BA. Diante da inviabilidade de cumprimento contratual, da inércia da ANTT quanto ao pedido de revisão extraordinária, da imposição de descontos de reequilíbrio, e entre outros fatores, requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.	3.000.000.000,00
7. MSVIA CCI: 24957/2019/PFF Início: 11/12/2019	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-163/MS. Diante da <u>não obtenção de financiamentos públicos inicialmente apresentados</u> , da inviabilidade de cumprimento contratual, das revisões ordinárias, requer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	357.000.000,00
8. VIA040 CCI: 25572/2020/PFF Início: 12/8/2020	Penalidades pecuniárias relativas ao contrato BR-040/DF/GO/MG. Requer o reconhecimento da <u>ilegalidade das multas</u> aplicadas pela ANTT, a inadequação da base de cálculo adotada e a exorbitância e desproporcionalidade do seu valor.	6.315.750,00

9. ALS CCI: 26437/2021/PFF Início: 30/4/2021	Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato BR-116/376/PR e 101/SC. Não disponível para consulta no portal ANTT Arbitragem.	294.529.375,00
---	---	----------------

Fonte: Adaptado pelo autor (BRASIL, 2020a; ÁVILA; NASCIMENTO, 2022, p. 352-353)

Analisando-se o objeto dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no âmbito dos procedimentos arbitrais, observa-se, no Quadro 3 supra, o recorrente argumento das concessionárias de imputar o inadimplemento de suas obrigações contratuais à frustração na obtenção junto aos bancos públicos dos financiamentos necessários à realização dos investimentos nas rodovias em decorrência de mudanças das condições de financiamento.

Esse argumento também foi utilizado pelas concessionárias GALVÃO, VIA040, CRO, CONCEBRA e MSVIA para fundamentar o requisito do *fumus boni iuris* em requerimentos de manutenção medidas cautelares pré-arbitrais. Levantamento realizado por Lage (2022, p. 62) demonstra que, por se tratar de questão eminentemente jurídica, a alegação de mudança das condições de financiamento seria fácil e rapidamente rejeitada por árbitros especializados, pois:

o contrato de concessão, de todas essas empresas, é expresso e claro pela responsabilidade das concessionárias assumirem o risco de financiamento: Via 040 (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 50); Galvão (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 54); CRO (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 51), Concebra (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 50-51); MS Via (cláusulas 26.1 e 26.3 – p. 50-51) (...).

Entre as nove arbitragens em curso na ANTT envolvendo concessionárias de rodovias, serão abordados a seguir os casos Galvão e Via040, que já possuem sentença parcial de mérito, e os casos Rota do Oeste (CRO), Concebra, MSVia e ViaBahia, nos quais já houve apreciação pelo Tribunal Arbitral acerca da manutenção, modificação ou revogação de medidas cautelares pré-arbitrais.

3.1. Caso Galvão

O Contrato de Concessão nº 001/2014, entre a ANTT e a Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A, resultante do Edital de Concessão 1/2014, foi celebrado em 12/9/2014 para a operação da Rodovia Federal BR-153, no subtrecho rodoviário localizado entre o entroncamento da BR 060 em Anápolis, no Estado de

Goiás, e o entroncamento com a TO-070 (Oeste) em Aliança do Tocantins, com extensão de 624,8 km, pelo período de 30 anos (CCI, 2018c, p. 6).

3.1.1. Da cláusula compromissória

O contrato de concessão contém a seguinte **cláusula compromissória** (CCI, 2018c, p. 7):

37.1. Arbitragem

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

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

37.1.2 A submissão a arbitragem, nos termos deste item, não exime o poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9 do regulamento de arbitragem da CCI.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e sucessores.

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

3.1.2. Do requerimento de arbitragem

O requerimento de arbitragem foi apresentado pela Concessionária à Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 2/2/2018 (CCI, 2018c, p. 7).

Em síntese, a requerente pretendia discutir em sede de arbitragem questões e impertinências relativas à Deliberação 138/2017 da Diretoria Colegiada da ANTT, que acolhera as relatório para propor ao Poder Concedente a decretação de caducidade do contrato de concessão, com base no qual o Presidente da República, por meio de Decreto: (i) declarou a caducidade do contrato; e (ii) condenou a requerente ao pagamento de 20,14 milhões de reais; e (iii) negou o pagamento da indenização devida à concessionária (CCI, 2018c, p. 15).

3.1.3. Da Ata de Missão

Segundo a Ata de Missão do procedimento arbitral CCI nº 23433/GSS, de 29/10/2018, a concessionária requereu (CCI, 2018c, p. 15-16):

- a) o reconhecimento da inexistência de descumprimentos contratuais que pudessem justificar a aplicação da penalidade de caducidade, alegando que:
 - (i) as dificuldades impostas à execução contratual foram provocadas exclusivamente pela não obtenção do financiamento prometido pelo BNDES e amplamente divulgado pelo Poder Concedente à época da publicação do Edital de Licitação.
 - (ii) a não obtenção do prometido financiamento do BNDES, no contexto da crise política e econômica que eclodiu no país após a assinatura do Contrato de Concessão, pode ser enquadrada como evento não controlável pela Concessionária, cujos riscos são atribuídos por lei e pelo Contrato de Concessão ao Poder Concedente e que se sobrepõem ao risco ordinário de financiamento assumido pela Concessionária.
- b) o reconhecimento da inexistência das infrações que ensejaram a aplicação de multas administrativas;
- c) a condenação das Requeridas ao pagamento de indenização à Concessionária, no montante de R\$ 413.229.540,66, referente ao valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.

Em resumo, a ANTT na qualidade de primeira requerida, argumentou que (CCI, 2018c, p. 16-19):

- a) desde a assinatura do contrato a concessionária não tinha sido capaz de cumprir nenhum dos parâmetros de desempenho ou parâmetros técnicos mínimos estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia a que se obrigou;
- b) o procedimento que culminou com a decretação de caducidade observou fielmente a legislação, inexistindo vício capaz de ensejar sua anulação;
- c) a ausência de obtenção de financiamento não se prestava a justificar o inadimplemento contratual, pois a concessionária era integral e exclusivamente responsável por esse risco;
- d) não tinham sido encontrados ativos ou investimentos considerados necessários à continuidade do serviço objeto da outorga (bens reversíveis), razão pela qual a indenização pleiteada pela requerente não era cabível.

Por fim, a ANTT pleiteou a condenação da requerente em ônus de sucumbência.

A União Federal, embora não tivesse participado na celebração do contrato, aceitou espontaneamente o requerimento de arbitragem em face de si, diante do seu interesse na lide. Na qualidade de segunda requerida, argumentou que (CCI, 2018c, p. 19-22):

- a) passados dois anos de seu início, a concessionária não tinha sido capaz de cumprir nenhum dos parâmetros de desempenho e os parâmetros técnicos mínimos estabelecidos no contrato a que se obrigou;
- b) a alegada ausência de obtenção de financiamento não teria amparo legal, contratual ou editalício para justificar inexecução contratual;
- c) o contrato dispunha expressamente que a contratada seria a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à exploração da Concessão;
- d) o contrato estabelecia que a contratada não poderia invocar qualquer disposição, cláusula ou condição dos contratos de financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para eximir-se, total ou parcialmente, das obrigações assumidas no Contrato;
- e) a declaração de caducidade observou os preceitos constitucionais, legais e infralegais que regem a matéria;

- f) não existiam bens reversíveis vinculados à continuidade do serviço passíveis de indenização, pois a concessionária não havia sequer iniciado a operação da rodovia;
- g) a extinção do contrato, por culpa exclusiva da requerente, ensejou diversos prejuízos à União (manutenção da rodovia, novos estudos de viabilidade, perda de receita tributária).

A União Federal apresentou reconvenção/pedido contraposto, pleiteando receber da requerente indenização no montante R\$ 277,22 milhões de reais pelos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual (CCI, 2018c, p. 22). Posteriormente em sede de manifestação, a União desistiu dos requerimentos relativos aos danos coletivos, tributários e ambientais, reduzindo o valor da pretensão para R\$ 96,1 milhões (CCI, 2020a, p. 18).

3.1.4. Da Sentença Parcial de Mérito (10/10/2020)

Na sentença parcial de mérito, o Tribunal Arbitral (CCI, 2020a, p. 52-85):

- a) reconheceu todos os pedidos formulados pelas partes como arbitráveis (arbitralidade objetiva) na medida em que possuem evidente natureza patrimonial e direta relação com o contrato firmado;
- b) reconheceu que o risco do financiamento estava alocado contratualmente na matriz de risco da requerente, razão pela qual a não obtenção do financiamento junto ao BNDES não poderia ser utilizada pela concessionária como fundamento para pleitear o reequilíbrio financeiro do contrato e tampouco a repactuação das obrigações originalmente assumidas;
- c) reconheceu que o BNDES não estava obrigado a conceder o empréstimo-ponte caso suas análises internas referentes ao projeto e aos acionistas indicassem que não era recomendado o mútuo, e que restou comprovado que a negativa do BNDES se fundamentou em outros fatores, como: (i) a queda dos ratings do Grupo Galvão; (ii) o pedido de recuperação judicial; e (iii) as prisões relacionadas à Operação Lava-Jato. Por essas razões, julgou improcedente o pedido da requerente;
- d) reconheceu a responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do objeto contratual e dado causa à declaração de caducidade

do contrato, razão pela qual deveria suportar os ônus dela decorrentes, razão pela qual julgou improcedente o pedido da requerente e procedente o pedido de reconvenção formulado pela União, bem como declarou válido o pioneiro ato de declaração de caducidade na história das concessões brasileiras de infraestrutura de rodovias;

- e) reconheceu que a requerente, embora tenha dado causa à extinção do contrato por caducidade, teria o direito de ser indenizada pelos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, razão pela qual condenou as requeridas (ANTT e a União) ao pagamento de indenização à Concessionária pelos referidos investimentos, cujo valor deve ser liquidado numa segunda fase do procedimento arbitral; e
- f) julgou procedentes pedidos da União, condenando a Concessionária ao pagamento: (i) das multas administrativas aplicadas pela ANTT, ainda não quitadas; (ii) dos valores não pagos a título de verba de fiscalização; e (iii) das perdas e danos comprovadamente sofridos pela União com extinção da concessão por caducidade, tudo a ser liquidado numa segunda fase do procedimento arbitral.

Importa observar, conforme destacado no Quadro 3, que a alegada frustração de empréstimo público tem sido utilizada por outras concessionárias como argumento para pleitear no juízo arbitral o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (Via040, Rota do Oeste, Concebra e MSVia). Nesse contexto, revela-se uma importante vitória da advocacia pública o reconhecimento, pelo Tribunal Arbitral, da responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do objeto contratual, na medida em que, em razão do risco assumido pela concessionária Galvão na matriz de risco contratual, não cabe reequilíbrio em razão de os bancos públicos não terem emprestado recursos para a concessionária realizar as obras.

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 2/2/2018, e a prolação da sentença arbitral parcial, em 10/10/2020, levou-se mais de 23 meses.

Segundo Rodrigues (2022) esse prazo só foi possível graças à estratégia bem-sucedida de bifurcação do procedimento arbitral, examinando-se primeiro os pleitos essencialmente jurídicos e deixando-se para um segundo momento o exame de pleitos técnicos, mais complexos, nos quais a produção de prova pericial é imprescindível.

O procedimento arbitral já levou 52 meses desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023 sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.2. Caso Via040

O Contrato de Concessão Edital nº 006/2013 Parte VII, entre a ANTT e a Concessionária BR-040 S.A, foi celebrado em 12/3/2014 para a operação da Rodovia Federal BR-040/DF/DO/MG, no subtrecho rodoviário localizado entre Brasília-DF e Juiz de Fora - MG, com extensão de 936,8 km, pelo período de 30 anos (CCI, 2019a, p. 11).

3.2.1. Da cláusula compromissória

O contrato de concessão continha cláusula compromissória semelhante à da Concessionária Galvão colacionada no tópico anterior (CCI, 2019a, p. 9).

3.2.2. Do requerimento de arbitragem

O requerimento de arbitragem foi apresentado pela Concessionária à Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 17/9/2018, atribuindo-se à causa o valor de R\$ 140.000.000 (CCI, 2019a, p. 3; 20).

3.2.3. Da Ata de Missão

Segundo a Ata de Missão do procedimento arbitral CCI nº 23932/GSS/PFF, de 25/9/2019, a concessionária pretendia discutir em sede de arbitragem, em síntese, questões relativas: (i) ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (ii) à indenização de todos os prejuízos experimentados (CCI, 2019a, p. 18).

O desequilíbrio econômico-financeiro, segundo a concessionária, seria resultado de vários fatores, dentre os quais (CCI, 2019a, p. 11-18): (i) a drástica e imprevisível crise econômica experimentada após a realização do certame e celebração do contrato o certame, a qual teria impactado negativamente o volume de tráfego previsto para a rodovia; (ii) a drástica redução do percentual de financiamento

público para os investimentos previstos no contrato, obrigara a concessionária a assumir o dobro dos investimentos previstos inicialmente; (iii) o atraso e a fragmentação do licenciamento ambiental a cargo do Poder Concedente teriam retardado a execução de obras e a consequente obtenção das contrapartidas econômicas correspondentes; (iv) aumento extraordinário e imprevisível do CAPEX devido, dentre outros, pelo incremento de despesas resultante do maior desgaste do pavimento em razão do aumento da tolerância do limite de carga introduzido pela Lei dos Caminhoneiros, pelas mudanças tributárias e pela política de retenção de preços; (v) agravamento do desequilíbrio em razão da inércia da ANTT em relação aos pleitos de revisão contratual e de relicitação apresentados, respectivamente, em 8/7/2016 e 11/9/2017; (vi) redução da tarifa básica de pedágio de R\$ 5,30 para R\$ 5,10 por intermédio da Deliberação ANTT 523, de 15/8/2018, obstada posteriormente em razão de decisão judicial liminar no bojo da ação cautelar pré-arbitral (processo 1014300-372018.4.01.3400).

A ANTT, por sua vez, argumentou que a concessionária não tinha sido capaz de cumprir todos os parâmetros de desempenho ou parâmetros técnicos mínimos estabelecidos no Programa de Exploração Rodoviária (PER), e que esse descumprimento contratual havia sido constatado não apenas pela ANTT, mas principalmente pelo TCU e pelo MPF. Ademais, a ANTT esclareceu que o contrato alocava integralmente o risco pela obtenção do financiamento à concessionária. Em seguida, refutou qualquer inércia ou ausência de avaliação técnica em relação aos pleitos apresentados.

3.2.4. Do pedido de revogação da medida cautelar deferida judicialmente

A ANTT requereu ao Tribunal Arbitral, em 25/10/2019, a revogação da medida cautelar conferida em caráter antecedente pela 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal por entender que a decisão afrontava o interesse público, dentre outras, pelas seguintes razões (ICC, 2020b, p. 1; 12):

- a) Apenas 17,2% das obras de duplicação previstas contratualmente tinham sido executadas;
- b) A decisão judicial liminar impedia que a agência reguladora aplicasse penalidades administrativas decorrentes das inexecuções contratuais da concessionária;

- c) Os usuários da rodovia estavam sendo lesados pois estavam pagando tarifa de pedágio como se a execução de obras e serviços estivessem sendo executados pela concessionária nos termos estabelecidos no contrato e no PER.
- d) Considerando as inexecuções, a tarifa de pedágio em 2019, segundo a área técnica da agência, deveria ser de apenas R\$ 3,40 em vez de R\$ 5,30 como determinou a decisão judicial.

Ademais, a ANTT esclareceu que a decisão judicial havia confundido a aplicação do fator de reequilíbrio econômico-financeiro com a aplicação de penalidade por descumprimento contratual porquanto o fator D não constitui penalidade por inadimplemento contratual voluntário, mas mecanismo de manutenção da equação financeira inicial com vistas a evitar o enriquecimento sem causa, razão pela qual a Deliberação ANTT 523/2018 não caracterizava (ICC, 2020b, p. 13-16):

Cláusula 1.1.1 (XIII) Desconto de Reequilíbrio: percentual que será deduzido da tarifa básica de pedágio [...] com vistas a manutenção da equivalência contratual entre os serviços prestados e a sua remuneração, em função do não atendimento aos parâmetros de desempenho e na inexecução das obras e serviços da frente de aplicação de capacidade e manutenção do nível de serviço, tal como previstos no PER e no Anexo 5, mediante a aplicação do fator D.

A ANTT aduziu que ao impedi-la de aplicar penalidades a exemplo de multas moratórias à concessionária pela inexecução de obras e serviços previstos no contrato, a liminar judicial concedida premiava a concessionária pelo seu baixo desempenho contratual (ICC, 2020b, p. 16-17).

Entretanto, o Tribunal Arbitral entendeu que os argumentos apresentados pela ANTT relativamente à ofensa ao interesse público, à vulnerabilidade social e ao baixo desempenho da concessionária diziam respeito ao mérito da controvérsia, o qual somente seria examinado posteriormente quando da prolação da sentença (ICC, 2020b, p. 16-17).

Assim, em sede de cognição sumária, sob o argumento de se evitar eventuais danos irreparáveis ou de se evitar a inutilidade da decisão de mérito a ser proferida ao final do procedimento, optou o Tribunal Arbitral pela manutenção integral da medida cautelar judicial (ICC, 2020b, p. 30-38). Nesse sentido, por meio da Ordem Procedimental nº 3, manteve: (i) a base tarifária do contrato no patamar de 2017 (R\$ 5,30); (ii) a proibição de aplicação de penalidades administrativas e contratuais; e (iii)

a inexigibilidade de obrigações referentes aos investimentos públicos (ICC, 2020b, p. 38).

3.2.5. Da Sentença Arbitral Parcial (16/11/2021)

Seguindo a estratégia de bifurcação do procedimento, o Tribunal Arbitral segregou seis pontos controvertidos que ainda dependiam de produção de prova pericial para ser deliberados posteriormente quando da prolação da sentença arbitral final (ICC, 2021a, p. 21): (i) atrasos da ANTT na obtenção de licenças ambientais; (ii) Projeto Fluidez pela Via040; (iii) impactos da Lei dos Caminhoneiros no Contrato de Concessão; (iv) manutenção e conservação de 4 retornos provisórios; (v) implantação de 4 retornos provisórios; e (vi) aplicação do fator D.

Por outro lado, as controvérsias que dependiam exclusivamente da análise, interpretação e aplicação de normas jurídicas ou contratuais foram objeto de Sentença Arbitral Parcial, em 16/11/2021 (ICC, 2021a, p. 21): (i) efeitos da crise econômica experimentada entre 2014 e 2016; (ii) dificuldade de obtenção do financiamento junto ao BNDES; (CAP); (iv) majoração de alíquotas de PIS, COFINS e CIDE-combustíveis; (v) insuficiência de recursos do Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE); e (vi) paralisação das obras durante a Copa do Mundo e as eleições.

O Tribunal Arbitral julgou improcedentes os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro decorrentes da alegação de (ICC, 2021a, p. 22-40; 47):

- (i) a crise econômica ter impactado o volume de tráfego da rodovia, porquanto a concessionária, de maneira livre e consensual, teria assumido integralmente, na matriz de risco contratual, a responsabilidade por eventuais flutuações no volume de tráfego da rodovia objeto da concessão e, também, em razão de a crise econômica não constituir fato imprevisível e extraordinário apto a ensejar a revisão contratual ou a responsabilização da ANTT;
- (ii) dificuldade na obtenção de financiamento no BNDES, pois não havia promessa ou garantia das condições de financiamento, a concessionária assumiu exclusivamente a responsabilidade pela obtenção do financiamento, e a efetiva concessão do financiamento dependia de prévia análise de risco pelas instituições financeiras.

Em virtude da falta de elementos probatórios para o julgamento, o Tribunal Arbitral converteu as seguintes controvérsias em diligências, submetendo-as à produção de prova pericial (ICC, 2021a, p. 47): (i) aumento do valor do cimento asfáltico de petróleo (CAP); (ii) majoração de alíquotas de PIS, COFINS e CIDE-combustíveis; (iii) paralisação das obras durante a Copa do Mundo e as eleições.

Por fim, o Tribunal Arbitral não conheceu o pedido relativo à insuficiência de recursos do Fundo Garantidor de Infraestrutura (FGIE), porque a Concessionária não demonstrou o nexo entre o fato narrado e o efeito jurídico no contrato (ICC, 2021a, p. 44).

Na visão de Amora (2021), o acolhimento pelo Tribunal Arbitral dos argumentos apresentados pela ANTT acerca da improcedência dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro decorrentes do impacto da crise econômica no volume de tráfego e da dificuldade de obtenção de financiamento público representa uma importante vitória da advocacia pública, haja vista pedidos semelhantes se repetirem em vários outros procedimentos arbitrais em curso envolvendo a ANTT. Ademais, cabe ressaltar que o Tribunal Arbitral atribuiu responsabilidade exclusiva à concessionária pela inexecução do objeto contratual, porquanto ela teria assumido expressamente o risco no bojo da matriz de risco contratual, não cabendo, portanto, reequilíbrio em razão de os bancos públicos não terem emprestado recursos para a concessionária realizar as obras (AMORA, 2021).

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 25/9/2019, e a prolação da sentença arbitral parcial, em 16/11/2021, levou-se mais de 26 meses, frustrando a expectativa de celeridade do procedimento arbitral na medida em que apenas três dos doze temas controvertidos foram deliberados restando ainda um longo caminho de realização de complexas perícias até se poder chegar a uma sentença final de mérito.

O procedimento arbitral já levou 41 meses, desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023, sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.3. Caso CRO

O Contrato de Concessão Edital nº 003/2013, integrante da 3ª etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Governo Federal (Procrofe), foi celebrado

em 12/3/2014 entre a ANTT e a Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO), para exploração pelo prazo de 30 anos do sistema rodoviário com extensão de 822,8 km de rodovias na BR-163/MT e de 28,1 km na MT-407, totalizando 850,9 km (CCI, 2020d, p. 8).

3.3.1. Da Ata de Missão

A CCI instaurou o Procedimento Arbitral 23960/GSS/PFF com vistas a solucionar as controvérsias entre a Concessionária Rota do Oeste S.A. e Agência Nacional de Transportes Terrestres, tendo sido celebrada a ata de missão em 7/10/2019 (CCI, 2020c, p. 2-3).

3.3.2. Do pedido de revogação da medida cautelar deferida judicialmente

Uma das primeiras providências do Tribunal Arbitral foi decidir por intermédio da Ordem Processual nº 6, de 11/5/2020, acerca da revogação, manutenção ou alteração da ordem liminar concedida em sede de Medida Cautelar Pré-Arbitral de nº 1019784-14.2019.4.01.0000, em 7/8/2019, pela 5ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em favor da concessionária, nos seguintes termos (CCI, 2020d, p. 10):

[...] defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para determinar às agravadas [ANTT e União Federal] que se abstenham de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários que tenham efeitos punitivos, ou eventual execução da garantia em desfavor da agravante, assim como que mantenham as condições tarifárias vigentes, até que seja solucionado o pedido de revisão quinquenal (apresentado em novembro de 2018) ou até que exista deliberação do juízo arbitral sobre o tema.

O Tribunal Arbitral analisou, em sede de cognição sumária, a plausibilidade do direito ao reequilíbrio pleiteado pela concessionária mediante o exame dos treze pleitos formulados, bem como se restou comprovado o risco de perecimento do citado direito, na hipótese de revogação da tutela de urgência (CCI, 2020d, p. 16-128).

Oito pleitos tiveram a plausibilidade do direito reconhecida: (i) aumento do limite de peso transmitido por eixo decorrente de alterações normativas; (ii) aumento de preço dos insumos asfálticos; (iii) alteração unilateral do plano de ataque; (iv) execução de condicionantes ambientais do Plano Básico Ambiental Indígena (PBA-I); (v) limitação aos custos reequilibráveis relacionados às desapropriações; (vi) não

aceite de obras de duplicação; (vii) constatação vícios ocultos após a assunção do sistema rodoviário; e (viii) incorreção de aplicação do fator D de área trincada.

Por outro lado, cinco pleitos não tiveram a plausibilidade do direito reconhecida: (i) alterações das condições de financiamento; (ii) inexecução dos Contratos CREMA a cargo do DNIT; (iii) atraso na autorização para início da cobrança tarifária; (iv) aplicação do Fator D sobre o Fluxo de Caixa Marginal; e (v) remoção de interferências localizadas nos limites do sistema rodoviário.

A ANTT pleiteou a revogação da ordem liminar sob a justificativa de ausência dos requisitos autorizadores de sua concessão. Ademais, ressaltou que a manutenção da cautelar representava dano ou risco aos usuários do serviço público na medida em que permanecerão arcando com tarifa de valor incompatível (42% superior) com a infraestrutura disponibilizada pela concessionária. Especificamente em relação à ordem liminar de se abster de cominar ou exigir penalidades ou impor descontos tarifários, alertou para a potencial elevação do risco moral “na medida em que afasta todos os mecanismos de *enforcement* contratualmente previstos”, incentivando inadimplemento contratual pelas concessionárias e “contribuindo para a seleção adversa e para o comportamento oportunista”. Sustentou que a liminar judicial “inviabiliza o exercício da fiscalização estatal e impede o desempenho de suas competências”, gerando grave dano à ordem administrativa porquanto concede à concessionária imunidade pelos descumprimentos tanto pretéritos quanto futuros. Em relação ao *periculum in mora*, argumentou inexistir perigo de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da revogação da liminar judicial, pois se, ao final do procedimento arbitral, conclua-se pela procedência do pleito da concessionária bastaria calcular os valores e reequilibrar o contrato. Em sentido oposto, a manutenção da liminar judicial representava “perigo de irreversibilidade de seus efeitos” na medida em que permitiria a acumulação dos prejuízos ao Poder Concedente e à sociedade durante todo o trâmite da arbitragem (CCI, 2020d, p. 133-136).

Não obstante esses argumentos, no que concerne ao exame do risco de perecimento do direito alegado pela concessionária, o Tribunal Arbitral entendeu estar demonstrado o risco de perecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pois a revogação da cautelar judicial possibilitaria a abertura de processo com o objetivo de declarar a caducidade do contrato de concessão, bem como elevaria o risco de insolvência da requerente, fato que ensejaria a paralisação das atividades

(CCI, 2020d, p. 136-142). Por fim, manteve parcialmente a liminar judicial, nos seguintes termos (CCI, 2020d, p. 142-143):

a.Fica mantida, parcialmente, a tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, para que, até determinação em sentido contrário por parte do Tribunal Arbitral e/ou prolação da Sentença Arbitral Final, não sejam aplicados pela Requerida à Requerente descontos tarifários e penalidades, inclusive eventual declaração administrativa de caducidade, relacionados aos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem, de modo a preservar o eventual direito da Requerente ao reequilíbrio do pactuado em virtude dos eventos e pleitos discutidos na presente arbitragem;

b.A presente tutela não constitui óbice a que a Requerida atue de acordo com sua competência regulatória, fiscalizadora e sancionadora, podendo dar andamento ou instaurar processos administrativos de fiscalização, imposição de descontos tarifários e penalidades em face da Requerente; e

c.A eficácia de atos regulatórios, inclusive eventual declaração administrativa de caducidade, a que se refere a letra “b” deste dispositivo, se houver, permanecerá suspensa em relação aos eventos e pleitos submetidos ao presente procedimento arbitral enquanto perdurar a presente tutela e/ou até a prolação de Sentença Arbitral Final.

O Tribunal arbitral levou mais de sete meses após a celebração da ata de missão (7/10/2019) para decidir acerca da manutenção parcial da liminar judicial (11/5/2020), acolhendo apenas pedido subsidiário no sentido de limitar seus efeitos aos eventos objeto de discussão no âmbito da arbitragem, ficando resguardada a competência da ANTT para exercer seu papel de órgão regulador de todas as demais condutas e eventos que não integram o objeto do procedimento arbitral em curso.

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 7/10/2019, e a deliberação acerca da manutenção ou revogação da medida cautelar pré-arbitral, em 11/5/2020, levou-se 7 meses. A cautelar arbitral está vigente há mais de 34 meses.

O procedimento arbitral já levou 41 meses, desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023, sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.4. Caso Concebra

O Contrato de Concessão nº 004/2013, entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (CONCEBRA) foi celebrado em 31/1/2014 para exploração da infraestrutura e da prestação de serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do

nível de serviço do Sistema Rodoviário em trecho das rodovias BR-060, BR-153 e BR-262 (CCI, 2019b, p. 6-7).

3.4.1. Da cláusula compromissória

O contrato de CONCEBRA continha cláusula compromissória semelhante à da Concessionária Galvão (CCI, 2019b, p. 6-7).

3.4.2. Do requerimento de arbitragem

O requerimento de arbitragem foi apresentado pela Concessionária à Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 4/7/2019 (CCI, 2019b, p. 7).

A requerente pretendia obter o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, baseada em diversas alegações, dentre as quais: (i) superveniência de crise econômica de 2014 teria ocasionado acentuada queda no volume de tráfego nas rodovias objeto da concessão; (ii) ocorrência de mudanças na política de crédito subsidiado dos bancos públicos com a imposição de restrição de acesso às linhas de crédito ofertadas previamente à licitação; (iii) ocorrência de atraso na emissão e transferência de Licença Ambiental de Instalação; (iv) aumento do limite máximo de tolerância do peso bruto transmitido por eixo, provocado pela Lei dos Caminhoneiros (Lei 13.103/2015); (v) estabelecimento de novas obrigações para as concessionárias por meio da IN 1731/2017 da Receita Federal; (vi) alteração de alíquota da Cide-Combustíveis pelo Decreto 8395/2015; (vii) superveniência de despesas com estudos e projetos para contornos rodoviários e viaduto viário; (viii) aumento extraordinário do preço do Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP; (ix) necessidade de execução de condicionantes ambientais a cargo da ANTT e de restauração de segmentos rodoviários a cargo do DNIT; (x) ausência de manifestação da ANTT sobre o pleito apresentado pela requerente relativo à revisão quinquenal das tarifas visando ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente (CCI, 2020e, p. 3; 9).

Em razão desse alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a concessionária já teria ajuizado medida cautelar antecedente perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (1014379-79.2019.4.01.3400) e obtido tutela de urgência para obrigar a ANTT a se abster de aplicar penalidades contratuais,

incluindo caducidade, bem como exigir investimentos e promover redução tarifária até a apreciação da controvérsia pelo Tribunal Arbitral (CCI, 2020e, p. 4, grifou-se):

A decisão liminar possui três características básicas: precariedade; sumariada de cognição; inaptidão para formar coisa julgada.

No caso concreto, presentes os requisitos legais para deferimento de pedido liminar.

Aqui, há de se registrar o princípio da confiança legítima.

Os empréstimos liberados por banco de fomento não estão sequer próximos dos valores de outrora, o que, sem sombra de dúvidas, muda o equilíbrio econômico-financeiro, elemento de contrato administrativo.

Sendo assim, com base na legítima confiança do administrado, defiro a tutela de urgência nesta ação cautelar (referibilidade comprovada) para assegurar que, até a resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – ou seja, pela apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo Tribunal Arbitral –, a requerida se abstenha de aplicar penalidades contratuais, incluindo a caducidade, bem como de exigir investimentos questionados nos pleitos de reequilíbrio/revisórios já ofertados, impor novas obrigações de investimento e promover redução tarifária, até o tribunal arbitral se pronunciar, ou a Agência, em sua autotutela buscar solução da lide.

Intimem-se.

Cite-se.

Essa decisão judicial já teria sido confirmada pelo Juízo da 3ª VFSJDF, cujo excerto relevante colaciona-se a seguir (CCI, 2020e, p. 4-5, grifou-se):

(...) verifica-se que o cerne da questão cinge-se na concessão de medidas cautelares para impedir a aplicação de penalidades contratuais, caducidade, exigência de investimentos, imposição de novas obrigações de investimento e, por fim, obstar a redução de tarifas até resolução do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado que ocorrerá no âmbito do juízo arbitral, competente para tanto.

Assim, trata-se de medidas acautelatórias nos moldes da Lei 9.307/96 que, em seu art. 22-A, admite seja concedida pelo Poder Judiciário na hipótese do instrumento contratual estipular cláusula compromissória arbitral:

(...)

Na espécie, compulsando a documentação constante nos autos, verifico que a parte autora apresentou proposta de revisão do contrato de concessão (fls. 442/485) indicando o desequilíbrio econômico-financeiro que norteava a relação contratual, de modo que, dentre os motivos que contribuíram para o respectivo cenário, aponta descumprimento de obrigações pela Ré – licenciamento ambiental – e de investimentos afetos ao Poder Público.

Contudo, não há notícia nos autos que tais questões foram devidamente apreciadas pela ANTT, logo, entendo razoável que sejam obstadas as medidas gravosas aplicadas pela ré à autora até que seja o contrato e seus termos apreciados na esfera arbitral.

Assim, entendo cabível a concessão das medidas acautelatórias pretendidas pela parte autora até que sejam dirimidas as controvérsias pelo juízo arbitral, notadamente quanto ao desequilíbrio econômico-financeiro.

Forte em tais razões, RATIFICO a decisão que antecipou os efeitos da tutela (fls. 106/109), cujos efeitos tornam-se estáveis até revisão posterior judicial, ou resolução arbitral, como a espécie exige.

3.4.3. Da Ata de Missão

A CCI instaurou o Procedimento Arbitral 24595/PFF com vistas a solucionar as controvérsias entre a CONCEBRA e Agência Nacional de Transportes Terrestres, tendo sido celebrada a ata de missão em 17/12/2019, na qual o valor do litígio foi fixado em R\$ 787.347.840,43 (CCI, 2019b, p. 1; 7).

A ANTT não apenas contestou a pretensão da CONCEBRA, mas também pediu a revogação da liminar que havia sido obtida pela concessionária, sob o argumento de que não estariam presentes os requisitos: (i) da probabilidade do direito, e (ii) do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar a manutenção da medida.

Segundo a Agência, o requisito da probabilidade do direito não estaria atendido porque os eventos invocados pela concessionária como causa do alegado desequilíbrio: (i) ou se enquadravam como risco contratualmente atribuído ao concessionário; (ii) ou já teriam sido reequilibrados e a discussão remanescente estaria circunscrita apenas ao valor, o que demandaria prova técnica complexa, inviável de ser produzida e apreciada no âmbito de tutelas de urgência em sede de cognição não exauriente. Ademais, a manutenção da liminar judicial causaria grave lesão à ordem administrativa e aos usuários, pois, além de conferir imunidade CONCEBRA quanto a eventuais inadimplementos, impediria a fiscalização do contrato e a revisão das tarifas, permitindo a cobrança de valores a título de pedágio desproporcionais ao serviço disponibilizado nas rodovias (CCI, 2019b, p. 19-20).

3.4.4. Da Ordem Processual n. 3 – Apreciou pedido de revogação da cautelar

Em 17/6/2020, por meio da Ordem Processual n. 3 (CCI, 2020e), o Tribunal Arbitral apreciou o pedido de revogação da decisão cautelar proferida pelo Poder Judiciário após examinar a presença ou não dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, e por unanimidade, deliberou por:

- (i) Manter a determinação cautelar judicial para que a ANTT se abstenha de instaurar processo administrativo voltado à decretação da caducidade da concessão;
- (ii) Manter a determinação cautelar judicial para que a ANTT se abstenha de exigir da CONCEBRA investimentos de ampliação da capacidade da rodovia previstos nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, bem como de aplicar qualquer penalidade por eventual descumprimento dessa obrigação;
- (iii) Esclarecer que a decisão não abrange a obrigação da CONCEBRA de realizar os demais investimentos previstos no Contrato relativos à operação, conservação e manutenção das rodovias.
- (iv) Esclarecer que a decisão não impede a ANTT de aplicar sanções (excetuada a caducidade) em caso de inadimplemento de outras obrigações não especificadas nas cláusulas 10.3 e 10.4.1 do Contrato de Concessão e nos itens 3.2.1, 3.2.2 e 3.3.3 do PER, desde que não leve a cabo a cobrança de quaisquer valores, os considere para fins de revisão tarifária ou tampouco proceda à execução da garantia contratual.
- (v) Revogar a determinação cautelar judicial que impedia a redução das tarifas objeto da concessão de modo a permitir que a ANTT implemente a nova tarifa de pedágio prevista na Deliberação ANTT 964/2019.

Ambas as partes formularam pedidos de reconsideração dessa ordem processual n. 3.

A CONCEBRA pediu que fosse mantida a suspensão da aplicação do Fator D que fora aprovado pela Deliberação ANTT 964/2019 (com vistas a reduzir a tarifa de pedágio) até a prolação da sentença arbitral ou até que a prova pericial fosse produzida.

A ANTT pediu que fosse revogada a suspensão provisória das obrigações da CONCEBRA de promover os investimentos na ampliação da capacidade das rodovias, reestabelecendo todas as obrigações contratuais da concessionária. Segundo a Agência, o Contrato de Concessão (cláusula 26.1) atribuía expressamente à CONCEBRA o risco de obtenção de financiamento, portanto a alegação de que a frustração da expectativa de obtenção de financiamento de longo prazo junto aos bancos públicos teria sido o motivo determinante para sua iminente insolvência e para

a consequente dificuldade de adimplemento de suas obrigações contratuais não merecia prosperar.

3.4.5. Da Ordem Processual n. 8 – Apreciou pedido de reconsideração

Em 30/10/2020, por meio da Ordem Processual n. 8 (CCI, 2020f), o Tribunal Arbitral apreciou os pedidos de reconsideração em relação à Ordem Processual n. 3.

A ANTT teria defendido que o Contrato de Concessão (cláusula 26.1) atribuía expressamente à CONCEBRA o risco de obtenção de financiamento, razão pela qual não merecia prosperar a alegação de que o motivo determinante para iminente insolvência e para a consequente dificuldade de adimplemento das obrigações contratuais pela CONCEBRA teria sido a frustração da expectativa de obtenção de financiamento de longo prazo junto aos bancos públicos (CCI, 2020f, p. 14-19).

O Tribunal Arbitral, entretanto, considerou que a argumentação da ANTT se confundia com o mérito da controvérsia e o exame da responsabilidade pela frustração do financiamento exigia aprofundamento do contraditório pleno e de possível dilação probatória, sendo prematuro, em sede de cognição sumária, exercer juízo sobre a matéria (CCI, 2020f, p. 20).

Ademais, o Tribunal Arbitral entendeu que a ANTT não teria infirmado a verossimilhança de existência de onerosidade excessiva no cumprimento do cronograma contratual em função da frustração do financiamento de longo prazo, razão pela qual, em juízo de cognição sumária e enquanto não concluída a instrução probatória, tomou como verossímil a alegação de que a impossibilidade de obtenção do empréstimo de longo prazo teria dificultado o cumprimento das obrigações contratuais pela CONCEBRA, e indeferiu o pedido de reconsideração formulado pela ANTT (CCI, 2020f, p. 20-21).

Quanto ao pedido de reconsideração da CONCEBRA, os argumentos apresentados não convenceram o Tribunal Arbitral que seria necessário suspender a aplicação do Fator D para preservar da concessão, razão pela qual decidiu converter o pedido em diligência para a ANTT calculasse qual seria o valor da tarifa pelo critério do *break even point*, ponto de equilíbrio tarifário que expurga o lucro da concessionária, mas permite a manutenção dos serviços nos parâmetros mínimo, pois esse montante atenderia a duas finalidades: (i) preservação do contrato e do resultado

útil da concessão; e (ii) garantia do princípio da modicidade tarifária para os usuários (CCI, 2020f, p. 22-29).

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 7/12/2019, e a deliberação acerca da manutenção ou revogação da medida cautelar pré-arbitral, em 16/6/2020, levou-se 6 meses. Há mais de 32 meses a cautelar arbitral está vigente.

O procedimento arbitral já levou 39 meses desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023 sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.5. Caso MSVIA

O Contrato de Concessão Edital nº 005/2013, Parte VII, integrante da 3ª etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Governo Federal (Procrofe), foi celebrado em 12/3/2014 entre a ANTT e a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (MSVIA), para exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço da rodovia federal BR-163/MS, no trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná (CCI, 2020g, p. 4;18).

3.5.1. Da cláusula compromissória

O contrato de concessão continha cláusula compromissória semelhante à da Concessionária Galvão (CCI, 2020g, p. 10-11).

3.5.2. Do requerimento de arbitragem

A MSVIA apresentou, em 11/12/2019, requerimento à Câmara de Comércio Internacional (CCI) para instauração de procedimento arbitral contra a ANTT e a União Federal, visando a solucionar controvérsia relativa ao referido contrato de concessão (CCI, 2020g, p. 5).

Segundo a MSVIA, diversos eventos alheios à sua responsabilidade teriam desequilibrado o contrato de concessão, dentre os quais: (i) modificação das

condições de financiamento dos investimentos que haviam sido prometidas pelo Governo Federal; (ii) atraso de mais de um ano no processo de licenciamento ambiental da rodovia; (iii) aumento extraordinário dos custos de insumos asfálticos; (iv) a crise econômica experimentada no Brasil entre 2015 e 2016; (v) impactos da Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros) na concessão.

Em razão do alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a MSVIA já teria ajuizado Tutela Cautelar Antecedente perante a 8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (1039786-87.2019.4.01.3400) e obtido no âmbito do Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (0002451-662019.4.01.0000), da relatoria da Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, o deferimento do pedido de antecipação de tutela recursal para “suspender os efeitos da Deliberação 1025 da ANTT, de 26/11/2019, até que apreciados os conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral” (CCI, 2021b, 31-32, grifou-se):

Nos termos do disposto no artigo 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso em análise, não obstante a argumentação adotada pelo magistrado a quo, reputo presentes ambos os requisitos.

A documentação carreada aos autos, à primeira vista, parece evidenciar que o apontado desequilíbrio contratual é incontroverso, haja vista que a necessidade de recomposição do contrato foi admitida pela própria ANTT.

Nesse sentido, está demonstrado nos autos que a agravante apresentou pleito de reequilíbrio contratual em 14/9/2016 (PR-000064/2015, Doc. 7), pleito este também abordado nas correspondências PR 000066/2016 (Doc. 8) e PR 000204/2017, recebida em 12/12/2017 (Doc. 9).

Por sua vez, no Ofício 1145/2017/GEINV/SUINF, de 22/12/2017, a ANTT informa estar desenvolvendo metodologia para definição dos impactos devido ao aumento da tolerância máxima da pesagem dos veículos de carga, bem como os valores a serem reequilibrados (Doc. 10) e, na Nota Técnica 028/2016/GEINV/SUINF – que trata das propostas de revisão ordinárias e extraordinárias da Tarifa Básica de Pedágio da Concessionária MSVIA – a Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF reconheceu que, no mérito, a concessionária faria jus ao direito de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da edição da “Lei dos Caminhoneiros”, tanto assim que recomendou a inclusão dos custos operacionais para mitigar os custos incorridos pela Concessionária e reduzir o impacto tarifário futuro (Doc. 11).

Ainda, a Ata Notarial trasladada no Doc. 16, ao tempo em que confirma a redução da Tarifa Básica de Pedágio objeto do contrato firmado entre as partes em 53,94%, evidencia que ainda não há decisão definitiva da agravada quanto ao efetivo dimensionamento dos reais impactos negativos no pavimento causados pelo aumento dos limites de excesso

de peso dos caminhões.

Diante desse quadro, evidenciados, de um lado, a existência de desequilíbrio contratual desde 2015 – cujos impactos não foram efetivamente dimensionados e, conseqüentemente, recompostos – e a inércia da Administração na análise dos pleitos formulados pela concessionária e, de outro, a demonstração dos prejuízos decorrentes a partir da entrada em vigor da Deliberação 1.025/2019 da ANTT, que ensejará a redução de mais da metade do faturamento da agravante, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos da Deliberação 1025 da ANTT, de 26/11/2019, até que apreciados os conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral.

3.5.3. Da Ata de Missão

Segundo a Ata de Missão do procedimento arbitral CCI nº 24957/GSS/PFF, de 17/6/2020, a MSVIA requereu (CCI, 2020g, p. 17-18): (i) confirmação da liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para manter suspensos os efeitos da Deliberação ANTT 1025/2019, impedindo que a ANTT reduza a tarifa básica de pedágio (TBP) até o julgamento final do mérito da arbitragem; (ii) declaração do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a anulação das penalidades indevidamente aplicadas pela agência em virtude do descumprimento de obrigações; (iii) condenação das requeridas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da concessão; e (iv) condenação a reembolso das custas e despesas incorridas na arbitragem.

Por outro lado, a ANTT pugnou pela improcedência dos pleitos da MSVIA e consignou que (CCI, 2020g, p. 18-20): (i) o contato atribuía expressamente à concessionária a responsabilidade pela obtenção dos financiamentos, prevendo a impossibilidade de invocar problemas nessa seara para eximir-se das obrigações contratuais; (ii) os atrasos no licenciamento ambiental foram tratados conforme disposto contratualmente, por meio do desconto de reequilíbrio, independente de quem deu causa; (iii) as oscilações de preços dos insumos asfálticos constituem risco alocado contratualmente à concessionária; (iv) os efeitos da crise econômica não ensejariam a necessidade de reequilibrar o contrato pois representaria risco da atividade empresarial alocado à concessionária tanto pelo contrato quanto pela lei; (v) já teria sido realizado um primeiro reequilíbrio temporário sobre os impactos da Lei dos Caminhoneiros.

3.5.4. Do pedido de manutenção e ampliação da tutela judicial de urgência

A MSVIA pleiteou perante o Tribunal Arbitral não apenas a manutenção, mas também a ampliação da tutela de urgência obtida anteriormente na esfera judicial, com o objetivo de lograr: (i) a suspensão da exigibilidade das sanções administrativas aplicadas pela ANTT; e (ii) o impedimento da aplicação de novas penalidades até a conclusão da arbitragem (CCI, 2021b, p.19-20).

O pleito foi examinado por meio da Ordem Procedimental n. 4, de 22/01/2021.

O Tribunal Arbitral ao examinar a aparência do direito pleiteado, observou que a própria ANTT teria reconhecido a necessidade de ao menos um reequilíbrio, o concernente à recomposição dos impactos causados pela Lei 13.103/2015, conhecida como Lei dos Caminhoneiros (CCI, 2021b, p.36).

Além disso, observou que a possibilidade de haver algum enriquecimento indevido da concessionária somente poderia ser apurado em cognição exauriente e que os valores recebidos pela MSVIA durante a suspensão da Deliberação ANTT 1025/2019 poderiam vir a ser posteriormente abatidos de eventual condenação ao reequilíbrio ou compensados por ocasião do encontro de haveres entre as partes. Assim, entendeu que a suspensão da Deliberação ANTT 1025/2019 privilegiava o interesse público primário consubstanciado na continuidade dos serviços públicos, razão pela qual deveria ser mantida até as evidências a serem produzidas durante a instrução processual permitam nova apreciação da matéria (CCI, 2021b, p.37).

Quanto às sanções administrativas, entendeu razoável suspender sua exigibilidade pois elas teriam o potencial de “impactar o mínimo eficiente da prestação dos serviços públicos”, razão pela qual, por unanimidade, deliberou pela ampliação da tutela cautelar judicial para suspender as penalidades aplicadas pela ANTT à MSVIA (CCI, 2021b, p.39).

Por fim, esclareceu que a fiscalização da ANTT e o reconhecimento de falhas que ensejam a aplicação das multas administrativas fogem da jurisdição do Tribunal Arbitral pois a cláusula compromissória estabeleceu expressamente que não poderiam ser objeto de arbitragem “as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre exploração do serviço delegado”. Em razão disso, o Tribunal enfatizou que, apesar suspensão da exigibilidade das penalidades impostas, a ANTT mantinha seu poder de fiscalização dos serviços prestados pela Concessionária,

podendo instaurar processos administrativos para sua apuração. (CCI, 2021b, p.38-40).

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 17/6/2020, e a deliberação acerca da manutenção ou revogação da medida cautelar pré-arbitral, em 22/4/2021, levou-se 10 meses. Há mais de 22 meses a cautelar arbitral está vigente.

O procedimento arbitral já levou 32 meses desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023 sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.6. Caso VIABAHIA

O Contrato de Concessão nº 001/2008, entre a ANTT e a VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A, resultante do Edital de Concessão 1/2008, foi celebrado em 3/9/2009 para exploração da infraestrutura e a prestação de serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do sistema composto por segmentos das rodovias BR 116/BA, BR 324/BA, BA 526 e BA 528, pelo prazo de 25 anos nas condições estabelecidas no Plano de Exploração Rodoviário (PER) (CAM-CCBC, 2020a, p. 6-7; 29).

3.6.1. Da cláusula compromissória

A **cláusula compromissória** foi inserida no Contrato de Concessão da VIABAHIA em 3/5/2019 por meio do Terceiro Termo Aditivo celebrado entre as partes (CAM-CCBC, 2020a, p. 3-5, grifou-se):

33 Resolução de Controvérsias

33.1 Arbitragem

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

33.1.2 Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado e nem sobre o pedido de rescisão do contrato de concessão por parte da Concessionária.

33.1.3 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exige o **Poder Concedente** nem a **Concessionária** da obrigação de dar integral cumprimento a este **Contrato**, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à **Concessão**, observadas as prescrições deste **Contrato**.

33.1.4 A arbitragem será realizada pela Câmara Arbitral escolhida conforme os critérios a serem definidos em ato regulamentar a ser editado pelo Poder Executivo, e far-se-á segundo as regras previstas no regulamento da Câmara escolhida vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

33.1.4.1 Na pendência de edição do referido ato regulamentar, a arbitragem será administrada pela CAM-CCBC, segundo as regras previstas no seu regulamento, vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

33.1.4.2 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes e presidirá o tribunal.

33.1.5 A arbitragem será realizada em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

33.1.6 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

33.1.7 As partes poderão requerer ao Poder Judiciário medidas coercitivas, cautelares ou de urgência, antes da constituição do tribunal arbitral.

33.1.7.1 Caso o regulamento da Câmara Arbitral escolhida, nos termos do item 33.1.4, admita requerimento de medidas coercitivas, cautelar ou de urgência, antes da constituição do tribunal arbitral, a ela poderão peticionar as partes.

33.1.7.2 Após a constituição do tribunal arbitral, sua competência é exclusiva para apreciação dos pedidos de medidas coercitivas, cautelar ou de urgência.

33.1.8 A **Parte** vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

33.1.9 Haverá divisão de responsabilidade das Partes pelo pagamento das custas no caso de condenação recíproca. As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pela concessionária e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

33.1.10 Em caso de conflito entre as disposições deste contrato de concessão acerca da arbitragem e a resolução da ANTT específica sobre o tema, deve prevalecer esta última.

Os trechos sublinhados evidenciam a evolução redação dessa cláusula compromissória em relação àquelas inseridas nos contratos da terceira etapa do Procrofe, a exemplo daquela apresentada no Caso Galvão (tópico 3.1.1). Com a nova redação da cláusula compromissória: (i) afastou-se expressamente a possibilidade de discutir em arbitragem o poder de fiscalização da Agência sobre eventuais pleitos de rescisão contratual apresentados pela concessionária (tópico 33.1.2); (ii) previu-se a possibilidade de escolha de outras câmaras arbitrais a serem credenciadas pela Agência (tópico 33.1.4); (iii) abriu-se a possibilidade de utilização de árbitro de emergência (tópico 33.1.7.1); (iv) explicitou-se a responsabilidade da concessionária

pela antecipação das custas e despesas da arbitragem, bem como forma de eventual restituição pela ente público (tópico 33.1.9).

3.6.2. Do requerimento de arbitragem

O requerimento de arbitragem foi apresentado pela VIABAHIA à Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) em 3/9/2019, indicando como valor litigioso o montante de R\$ 3 bilhões de reais. (CAM-CCBC, 2019, p. 1; 2020a; p. 20).

Em síntese, a requerente pretendia discutir em sede de arbitragem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência de: (i) impacto da crise econômico-financeira brasileira de 2014-2016 no contrato; (ii) impactos no pavimento decorrente da presença de solo Massapê na BR-324/BA; (iii) desgaste adicional do pavimento em função do aumento da tolerância de peso bruto transmitido por eixo de veículos estabelecida pela Lei 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros); (iv) alegada inadequação do critério contratual de apuração do desconto de reequilíbrio (segmentos homogêneos em vez de por km); (v) aumento dos insumos betuminosos (CAP); (vi) suposta inexecutabilidade do gatilho de ampliação de capacidade previsto no contrato; (vii) alegado atraso na abertura das praças de pedágio. (CAM-CCBC, 2019, p. 6-14)

3.6.3. Do Termo de Arbitragem

A Câmara de Comércio Brasil-Canadá CAM-CCBC instaurou o Procedimento Arbitral nº 64/2019/SEC7, tendo celebrado o Termo de Arbitragem em 12/3/2020 (CAM-CCBC, 2020a).

O primeiro requerimento da VIABAHIA ao Tribunal Arbitral foi a manutenção e a confirmação de liminares judiciais que tinham determinado: (i) a suspensão das obrigações de investimento; (ii) a abstenção de aplicação de quaisquer penalidades, inclusive caducidade; e (iii) a suspensão de redução tarifária, conforme excertos colacionados a seguir (CCBC, 2020a, p. 10;13):

Processo 1023220-63.2019.4.01.3400 (Cautelar Antecedente):

Ante o exposto, com base no poder geral de cautela e com fundamento no art. 22-A da Lei nº 9.307/96, DEFIRO A MEDIDA ACAUTELATÓRIA requerida nesta ação cautelar para assegurar que, até a apreciação dos conflitos decorrentes do desequilíbrio contratual pelo juízo arbitral e/ou até a

apreciação do pleito de revisão contratual, a ANTT mantenha as mesmas bases econômico-financeiras contratuais, incluída a condição tarifária, sem nova redução; ii) se abstenha de aplicar penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimento, inclusive a de caducidade, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e iii) se abstenha de impor obrigações à concessionária que estejam atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão.

Processo 1003068-43.2018.4.01.0000 (Agravo de Instrumento):

Nesse juízo de cognição sumária, próprio da apreciação das medidas de urgência, tenho presentes os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência, visando evitar a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, bem como para assegurar o resultado útil do processo.

A revisão quinquenal, prevista no item 16.5.1 do contrato de concessão, destina-se a: "reavaliar a Concessão em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato."

No caso presente, o contrato de concessão referido, embora firmado em 03/09/2009, portanto há mais de dez anos, ainda não mereceu sequer a primeira revisão quinquenal. A ausência de análise da Revisão Quinquenal pode trazer graves danos à agravante. Nesse período, a dinâmica da economia impões alterações ao contexto inicial em fora que firmado o contrato. A ausência de ajustes pode levar a distorções nas referências econômicas que viabilizaram a concessão, em razão da falta de sincronia entre regulamentação e realidade. Como argumenta a empresa, essa distorção contratual advinda da não revisão pode levar ao seu colapso econômico ou mesmo a caducidade do contrato.

Acrescente-se que, conforme informado pela própria agravada, o procedimento administrativo de revisão quinquenal encontra-se em curso, pelo menos, desde 08/06/2017, ou seja, há mais de dois anos. Dessa forma, ainda que se trate de procedimento complexo, a agravante não pode suportar indefinidamente o ônus do não cumprimento da cláusula contratual.

Registre-se que, em casos análogos, este TRF da 1ª Região vem concedendo os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela recursal a outras concessionárias, em razão da demora da ANTT em analisar os pedidos de reequilíbrio de contratos e de revisão quinquenal. Assim sendo, presentes os pressupostos autorizadores da medida, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do pedido, até ulterior deliberação deste judicial."

Além disso, a VIABAHIA requereu a imediata concessão de tutela provisória ou liminar com vistas a ordenar que a ANTT se abstinhasse de: (i) impor ou exigir quaisquer penalidades, incluindo multas relativas a determinados autos de infração; e (ii) executar a garantia oferecida pela VIABAHIA. (CAM-CCBC, 2020a, p. 13).

Por fim, a VIABAHIA requereu, dentre outros pedidos, a condenação da ANTT a realizar a recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em contrapartida, a ANTT buscou demonstrar a improcedência dos pedidos, esclarecendo que: (i) não cabe reequilíbrio econômico-financeiro pela materialização de riscos expressamente alocados ao concessionário, a exemplo de variação de

volume de tráfego em razão de suposta crise econômica, aumento dos custos de materiais betuminosos ou de problemas na obtenção de financiamentos, (ii) que os impactos decorrentes da Lei dos Caminhoneiros já haviam sido reequilibrados pela ANTT(CAM-CCBC, 2020a, p. 18-19).

3.6.4. Da Ordem Processual n. 3 – Apreciou pedido de cautelar

Em 17/4/2020, por meio da Ordem Processual n. 3, o Tribunal Arbitral determinou que a ANTT se abstinhasse de executar garantias fornecidas pela VIABAHIA no âmbito do contrato de concessão (CAM-CCBC, 2020b, p. 4).

Observa-se, por oportuno, que na ocasião em que essa ordem foi exarada, o art. 2º da Resolução ANTT 5.845/2019 permitia expressamente a submissão de “controvérsias advindas da execução de garantias” ao juízo arbitral.

Como se observou no item 2.7.2.6, a alteração introduzida pela Resolução ANTT 5.960/2022 será ineficaz para evitar a arbitralidade objetiva de “controvérsias advindas da execução de garantias”. A uma, porque não há vedação expressa na resolução e tampouco nas cláusulas compromissórias vigentes. A duas, porque pelo princípio da Competência-Competência caberá ao Tribunal Arbitral a prerrogativa de decidir sobre sua própria competência. Nesse sentido, se o Tribunal Arbitral considerar que a execução de garantia decorre de inadimplemento contratual e que constitui direito patrimonial disponível, possivelmente reconhecerá sua competência para decidir o litígio.

3.6.5. Da Ordem Processual n. 5 – Jurisdição arbitral e cautelar pré-arbitral

Em 1º/6/2020, por meio da Ordem Processual n. 5, o Tribunal Arbitral deliberou sobre duas questões controvertidas bastante interessantes (CAM-CCBC, 2020c).

A primeira delas, em relação à jurisdição do Tribunal Arbitral para deliberar sobre cerca de 29 ações judiciais que estavam em curso. A VIABAHIA defendia que todas elas estariam abrangidas pela cláusula compromissória, que as ações judiciais tinham objeto semelhante ao discutido na arbitragem, que consolidação das demandas no juízo arbitral permitiria a solução mais adequada às disputas, que eventual não reconhecimento de sua jurisdição para julgar o objeto das ações judiciais em curso traria prejuízos ao procedimento arbitral, dificuldades de delimitação do

objeto e risco de decisões conflitantes. Em contraposição, a ANTT defendia que a jurisdição do Tribunal Arbitral estava limitada aos litígios poste estava limitada aos litígios posteriores ao Terceiro Termo Aditivo que incluía a cláusula compromissória no contrato de concessão.

O Tribunal Arbitral, considerando que as ações em curso perante o Poder Judiciário, na data celebração do Terceiro Termo Aditivo, não tinham sido referenciadas expressamente na cláusula compromissória, entendeu que as partes não lhe atribuíram jurisdição para julgá-las.

Mesmo reconhecendo a complexidade e inconveniência gerada pelo trâmite paralelo das ações no Poder Judiciário e na Arbitragem, situação que eventualmente poderia levar à necessidade de suspender parte do procedimento arbitral até a resolução de questões antecedentes na justiça estatal, não poderia avocar jurisdição que não lhe fora atribuída pelas partes na convenção de arbitragem.

Por fim, decidiu que possui jurisdição sobre o objeto da ação pré-arbitral 1023220-63.2019.4.01.3400, mas que não possui jurisdição sobre o agravo de instrumento 1003068-43.2018.4.01.0000.

A segunda questão tratada pelo Tribunal Arbitral por meio da Ordem Processual n. 5 foi justamente deliberar pela manutenção, modificação ou revogação da cautelar pré-arbitral 1023220-63.2019.4.01.3400. Em sede de cognição sumária, o Tribunal considerou que os argumentos e documentos apresentados até não atendiam os requisitos necessários para justificar a manutenção da citada cautelar pré-arbitral.

A VIABAHIA tinha alegado que o descumprimento pela ANTT da obrigação de realizar a revisão quinquenal do contrato teria lhe gerado prejuízos consistentes em: (i) queda da receita auferida com pedágio devido à diminuição do tráfego da rodovia e (ii) dificuldade de obter crédito junto ao BNDES. Além disso, aduziu que como estava sendo prejudicada devido ao desequilíbrio gerado no contrato, a ANTT não poderia exigir o cumprimento de obrigações de investimento e tampouco aplicar penalidades no decorrer do procedimento arbitral.

O Tribunal Arbitral não vislumbrou verossimilhança na argumentação apresentada pela VIABAHIA, razão pela qual decidiu pela revogação da liminar, apresentando os seguintes fundamentos:

- a) ausência de provas ou fortes indícios dos efeitos sofridos pela VIABAHIA em decorrência da crise econômica de 2014.
- b) ausência de garantia contratual que tais efeitos fossem considerados na revisão quinquenal;
- c) ausência de demonstração ou de forte indício de que a não realização da revisão quinquenal tenha gerado efeitos sobre a totalidade das obrigações de investimento previstas no Contrato.

Observa-se que entre a celebração do termo de arbitragem (ata de missão), em 12/3/2020, e a deliberação pela revogação da medida cautelar pré-arbitral, em 1º/6/2020, levou-se 2,7 meses, sendo a mais célere deliberação da espécie exarada por Tribunal Arbitral entre cinco casos analisados.

O procedimento arbitral já levou 36,1 meses desde a celebração do termo de arbitragem até fevereiro de 2023 sem que a sentença final de mérito tenha sido prolatada.

3.7. Análise dos Resultados

Constatou-se a existência de 9 (nove) procedimentos arbitrais em curso envolvendo a ANTT e 8 (oito) concessionárias de rodovias federais com vistas a solucionar controvérsias cujo montante ultrapassa 5 bilhões de reais, como se demonstrou no Quadro 3 deste capítulo.

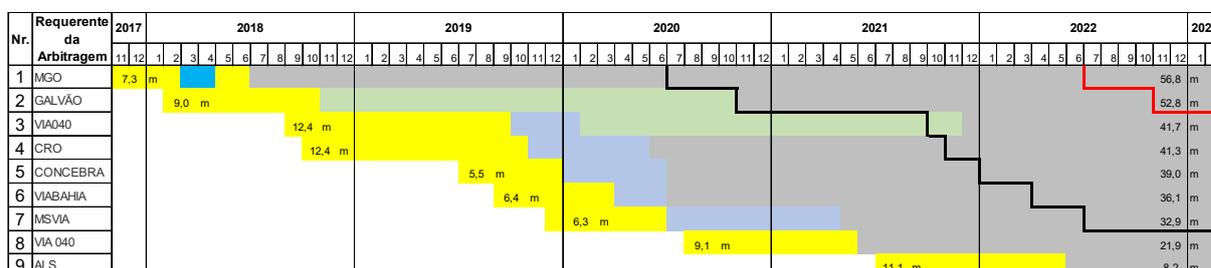
Até a conclusão deste trabalho (28/2/2023) nenhum dos nove procedimentos arbitrais havia apresentado sentença arbitral final de mérito no prazo máximo de 24 meses contado a partir da celebração do termo de arbitragem (Decreto 10.025/2019, art. 8º, inciso II), sendo que duas arbitragens já haviam ultrapassado, inclusive, a excepcional dilação do prazo até de 48 meses (Decreto 10.025/2019, art. 8º, parágrafo único), como se pode observar no Quadro 4 a seguir.

Quadro 4 – Prazos de deliberação em arbitragens rodoviárias da ANTT

Nr.	Requerentes de Arbitragem	Requerimento de Arbitragem	Ata de Missão	Deliberação sobre Cautelar Judicial	Requerimento de Árbitro de Emergência	Deliberação do Árbitro de Emergência	Decisão Parcial de Mérito	Meses entre o Req. Arb. e a Ata de Missão	Meses entre a Ata de Missão e a Decisão Parcial de Mérito	Meses de vigência da Cautelar Arbitral (até 28/02/2023)	Meses aguardando Decisão Final de Mérito (até 28/02/2023)
1	MGO	21/11/2017	29/06/2018		28/03/2018	11/04/2018		7,3			56,8
2	GALVÃO	02/02/2018	29/10/2018				10/10/2020	9,0	23,7		52,8
3	VIA040	17/09/2018	25/09/2019	07/01/2020			16/11/2021	12,4	26,1	38,3	41,7
4	CRO	01/10/2018	07/10/2019	11/05/2020				12,4		34,1	41,3
5	CONCEBRA	04/07/2019	17/12/2019	16/06/2020				5,5		32,9	39,0
6	VIABAHIA	03/09/2019	12/03/2020	01/06/2020				6,4			36,1
7	MSVIA	11/12/2019	17/06/2020	22/04/2021				6,3		22,6	32,9
8	VIA 040	12/08/2020	12/05/2021					9,1			21,9
9	ALS	30/07/2021	28/06/2022					11,1			8,2
Média								8,8	24,9	32,0	36,7

Fonte: Elaborado pelo autor (<https://portal.antt.gov.br/web/guest/arbitragem>).

A Figura 3 a seguir ilustra os tempos consumidos pelos diferentes Tribunais Arbitrais nas principais fases do procedimento, indicando expressamente a quantidade de meses decorridos: (i) desde o requerimento de arbitragem até a celebração do termo arbitral; e (ii) a partir do termo arbitral até fevereiro de 2023.

Figura 3 – Prazos de deliberação em arbitragens rodoviárias da ANTT

Legenda:

- Do requerimento de arbitragem pela concessionária até a celebração do termo de arbitragem (ata de missão)
- Do requerimento de arbitro de emergência pela concessionária até a deliberação acerca do pedido de cautelar
- Da fase anterior até a sentença parcial de mérito (casos em que houve bifurcação do procedimento arbitral)
- Da fase anterior até a deliberação pela manutenção ou cassação da liminar judicial
- Da fase anterior até a conclusão deste estudo (28.02.2023)

Limite padrão esperado para apresentação de sentença arbitral de mérito (Decreto 10.025/2019, art. 8º, inciso I) - 24 meses, contado da celebração do termo de arbitragem
 Limite excepcional para apresentação de sentença arbitral de mérito (Decreto 10.025/2019, art. 8º, inciso II) - prorrogação até no máximo 48 meses do termo de arbitragem

Fonte: Elaborado pelo autor (<https://portal.antt.gov.br/web/guest/arbitragem>).

Cabe reiterar que como as disposições do Decreto 10.025/2019 não se aplicam às arbitragens que tenham sido objeto de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) firmada antes de 23/9/2019 (art. 16), o prazo regulamentar serviu apenas como referencial para avaliação da celeridade processual no âmbito deste estudo.

Em média, levou-se 8,8 meses entre a apresentação do requerimento de arbitragem e a efetiva celebração do termo de arbitragem (ata de missão), variando de 5,5 meses (caso CONCEBRA) até 12,4 meses (casos VIA040 e CRO).

O procedimento arbitral mais antigo aguarda sentença final de mérito há 56 meses, contados desde a celebração do termo de arbitragem (ata de missão) e há 64 meses se computado o prazo desde o requerimento de arbitragem pela concessionária (MGO).

Houve apenas duas decisões parciais de mérito prolatadas (casos GALVÃO e VIA040) em virtude da bem-sucedida estratégia de bifurcação do procedimento arbitral, por meio da separação das questões jurídicas (julgadas por meio de sentença parcial de mérito) das matérias que exigem produção de provas (decididas quando da prolação da sentença final de mérito).

Nessas duas sentenças parciais de mérito prolatadas, foram julgados improcedentes recorrentes argumentos de desequilíbrio contratual decorrentes de alegadas alterações das condições de financiamento junto aos bancos públicos e dos efeitos da crise econômica de 2015 e 2016.

Mesmo com a adoção da bifurcação do procedimento arbitral, levou-se, entre a celebração da ata de missão e a decisão parcial de mérito, 23,7 meses, no caso GALVÃO e 26,1 meses, no caso VIA040, para deliberar acerca de questões essencialmente jurídicas que dispensam quaisquer provas periciais (Quadro 4), frustrando a expectativa regulamentar de obtenção de decisão final de mérito em 24 meses e colocando em dúvida a premissa de celeridade do procedimento arbitral em razão da especialidade dos decisores.

Os Tribunais Arbitrais levaram, em média, seis meses entre celebração do termo de arbitragem (ata de missão) até a deliberação de cada um dos pedidos de manutenção, modificação ou revogação de medidas cautelares pré-arbitrais concedidas pela jurisdição estatal: VIA040 (3,5 meses), CRO (7,2 meses), CONCEBRA (6,1 meses), MSVIA (10,3 meses) e VIABAHIA (2,7 meses).

Apenas uma liminar foi revogada por Tribunal Arbitral: VIABAHIA. As outras quatro liminares continuam vigentes, em média, há 32 meses: VIA040 (há 38,3 meses), CRO (há 34,1 meses), CONCEBRA (há 32,9 meses), MSVIA (há 22,6 meses).

Como visto nos casos abordados neste estudo, dentre essas cautelares arbitrais vigentes há determinações que impedem:

- (i) a exigência do cumprimento dos investimentos em ampliação de capacidade da rodovia (CONCEBRA);
- (ii) a aplicação de descontos tarifários (CRO);

- (iii) a aplicação de multas (CRO);
- (iv) a decretação de caducidade (CRO);
- (v) a instauração de processo administrativo com vistas à futura decretação de caducidade (CONCEBRA); e
- (vi) a execução de garantias oferecidas pela concessionária (VIABAHIA).

A manutenção, parcial ou total, no âmbito da arbitragem das liminares concedidas judicialmente tem embaraçado o exercício da regulação estatal dos contratos administrativos celebrados, impedindo o desempenho das competências legais da ANTT em seu papel de ente gestor da concessão federal outorgada, causando grave lesão à ordem administrativa e comprometendo sobremaneira o *enforcement* da agência reguladora sobre as concessionárias.

Por fim, observa-se que houve apenas um requerimento de árbitro de emergência para examinar pedido de concessão de medida cautelar: MGO (CCI, 2018a, 2018b). O exame, nesse caso, levou apenas 14 dias (entre 28/3 e 11/4/2018) até a sentença do árbitro de emergência pelo indeferimento do pedido liminar constante na solicitação que visava a impedir que a ANTT aplicasse Desconto de Reequilíbrio até ulterior decisão Arbitral sobre o tema.

4. Considerações Finais

Este estudo abordou a temática da arbitragem na Administração Pública fazendo um recorte sobre sua aplicação no âmbito das concessões de rodovias federais.

No capítulo 1 apresentou-se a arbitragem como um instrumento privado de resolução de conflitos tão antigo que antecedeu, inclusive, a jurisdição estatal. Reconheceu-se, entretanto, que a cultura da litigância judicial em certa medida retardou a disseminação meios não judiciais de solução de controvérsias, a exemplo da arbitragem. Traçou-se o percurso da lenta evolução normativa até a aceitação da possibilidade de a Administração Pública poder se valer da arbitragem para resolução de conflitos de interesse sobre direitos disponíveis. Constatou-se que a arbitragem está sendo adotada no âmbito dos contratos de concessões de rodovias federais. Na sequência, declararam-se o problema, a justificativa e os objetivos do estudo, dentre os quais, o de conhecer as arbitragens em curso e avaliar a tempestividade das sentenças arbitrais prolatadas visando a obter resposta à seguinte questão: as arbitragens envolvendo os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal têm correspondido à expectativa de resolução célere das controvérsias?

No capítulo 2 apresentou-se o referencial teórico sobre arbitragem por meio de sete tópicos. O tópico 2.1 analisou o conflito de interesse desde o surgimento da necessidade humana, o surgimento do interesse, da pretensão, de eventual resistência à pretensão alheia, até o surgimento da lide. O tópico 2.2 apresentou as formas autocompositivas e heterocompositivas de solução de conflitos, destacando dentre as últimas, a arbitragem. O tópico 2.3 apresentou os princípios básicos da arbitragem. O tópico 2.4 apresentou a especialização, a rapidez, a irrecorribilidade, a informalidade e a confidencialidade como as principais vantagens da arbitragem, reconhecendo a onerosidade como potencial desvantagem, razão pela qual sua viabilidade prática encontra-se circunscrita a causas complexas, de elevado valor econômico e que realmente exijam julgadores altamente qualificados e experimentados no exame do objeto e das controvérsias envolvidas na disputa. O tópico 2.5 fez uma breve apresentação da evolução histórica da arbitragem apresentado as quatro etapas da sequência evolutiva de resolução de controvérsias, quais sejam, autotutela, arbitramento facultativo, arbitramento obrigatório e justiça

pública. O tópico 2.6 delinea a presença da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações do Reino de Portugal até os dias atuais, destacando o atual sistema de justiça multiportas, que disponibiliza aos litigantes várias possibilidades ou “portas” para resolução dos conflitos de interesse, como justiça estatal, arbitragem, mediação, conciliação, dispute board etc. Após a realização de toda essa digressão conceitual, o tópico 2.7 abordou as especificidades da arbitragem na administração pública, discutiu as arbitralidades subjetiva e objetiva, destacando que esta última possui dois requisitos legais (patrimonialidade e disponibilidade) e três correntes de pensamento jurídico que buscam definir as matérias passíveis de submissão à arbitragem na administração pública. Nesse tópico são discutidos dois polêmicos julgados do TCU (Acórdão 4.036/2020 e 4.037/2020, ambos do Plenário) nos quais foram prolatadas determinações à ANTT para exclusão do rol de hipóteses de submissão ao juízo arbitral as controvérsias advindas da execução de garantias, bem como recomendação para excluir das minutas de contrato dos certames vindouros cláusulas compromissórias que obriguem a ANTT a submeter divergências a diversas formas de resolução de controvérsias, inclusive arbitragem. Registraram-se fundamentadas críticas de juristas às referidas decisões. Por fim, apresentou-se um quadro contendo nove decisões paradigma que ilustram a evolução temporal da jurisprudência do TCU sobre arbitragem na esfera pública.

No capítulo 3 realizou-se o levantamento das arbitragens em curso no âmbito das concessões de rodovias federais. Apresentou-se um quadro resumo dessas arbitragens, contendo o nome da concessionária, a câmara arbitral, o número do procedimento arbitral, o início do procedimento (data do requerimento), o objeto da disputa e o valor da disputa atribuído pelas partes. Verificou-se que a maioria das controvérsias se refere a pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e aplicação de penalidades. Nos tópicos 3.1 a 3.6 descreveram-se os casos de seis procedimentos arbitrais em curso: GALVÃO, VIA040, CRO, CONCEBRA, MSVIA e VIABAHIA. Em alguns casos, como já consignado pela própria ANTT, a manutenção das cautelares por longo período representa inegável perigo de irreversibilidade de seus efeitos na medida em que não restará esperança futura de indenização dos usuários pelos prejuízos apurados no procedimento arbitral. No tópico 3.7 apresentaram-se os resultados consolidados em um quadro e uma figura contendo os prazos de deliberação em arbitragens rodoviárias da ANTT.

Considerando como referencial o prazo máximo regulamentar de 24 meses estabelecido no Decreto 10.025/2019, pode-se concluir que os dados coletados no levantamento realizado não corroboram a hipótese de que a elevada especialização dos árbitros resultaria em decisões céleres.

Sugere-se à ANTT avaliar a conveniência de:

- incluir nas cláusulas compromissórias referência expressa à bifurcação do procedimento arbitral com vistas a disciplinar o rito de futuras arbitragens;
- abster-se de pactuar trâmite paralelo de ações no Poder Judiciário e na Arbitragem, como está ocorrendo no caso VIABAHIA.
- de consignar nas futuras cláusulas compromissórias vedação à concessão, pelo Tribunal Arbitral, de medidas cautelares ou de urgência que sejam fundamentadas em eventos alocados expressamente na matriz de risco contratual como responsabilidade da concessionária.

Por fim, sugere-se aos órgãos de controle envolvidos com fiscalização de infraestrutura de transporte o estudo da arbitragem na administração pública com vistas a qualificar as determinações e recomendações acerca da temática.

Como sugestão para futuras pesquisas em arbitragens na administração pública, aponta-se a avaliação da correlação entre qualificação/experiência dos membros do Tribunal Arbitral e celeridade da prestação jurisdicional arbitral.

5. Referências

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). **Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019**. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. **Resolução nº 5.960, de 3 de fevereiro de 2022**. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.960-de-3-de-fevereiro-de-2022-378036847>. Acesso em: 30 jun. 2022.

ALBUQUERQUE, G. C. Agências reguladoras e arbitragem. *In*: OLIVEIRA, G. J. Curso de formação em Mediação e Arbitragem na Administração Pública. IDP Learning. Brasília: IDP, 2022. Disponível em: <https://openclass.idp.edu.br/courses/299>. 21 jun. 2022.

ALVIM, J. E. C. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643011/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

AMORA, Dimmi. Arbitragem em rodovia decide que crise econômica não é fator para reequilíbrio de concessão. 26 nov. 2021. Agência Infra. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/arbitragem-em-rodovia-decide-que-crise-economica-nao-e-fator-para-reequilibrio-de-concessao/>. Acesso em: 28 ago. 2022.

ARBITRAGEM resolve conflito da caducidade da BR-153/TO/GO a favor da ANTT e da União. ANTT, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/noticias/arbitragem-resolve-conflito-da-caducidade-da-br-153togo-a-favor-da-antt-e-da-uniao>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ÁVILA, N. R. A. NASCIMENTO, P. C. A arbitragem nas concessões federais de infraestrutura de transportes terrestres: uma análise das cláusulas compromissórias. *In*: SILVA, Mauro Santos. (org.). **Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura**. Brasília : IPEA, 2022. 468 p. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11484>. Acesso em: 30 out. 2022.

AZEVEDO, Anderson de. Jurisdição, arbitragem e globalização. *In*: TEIXEIRA, T.; LIGMANOVSKI, P. A. C. (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri, SP: Manole, 2018. E-book. ISBN 9786555762204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555762204/>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 1-22.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbosa.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). **Portaria nº 320, de 13 de junho de 2019a**. 2019a. Instituiu o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA). Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/190613_portaria_agu_320_de_13_de_junho_de_2019_-_institui_o_nucleo_especializado_em_arbitragem_-_edi.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015a**. Estabelece critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019b**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria [...] a Agência Nacional de Transportes Terrestres [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui [...] altera [...] 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 [...]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015b**. Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015c**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015d**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (2ª Câmara). **Acórdão 584/2003**. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 10 de abril de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A584%2520ANOACORDAO%253A2003%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/%2520. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1.330/2007**. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 4 de julho de 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1330%2520ANOACORDAO%253A2007%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 391/2008**. Relator: Min. Marcos Vilaça, 12 de março de 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A391%2520ANOACORDAO%253A2008%2520CO

[LEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520](#). Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1.796/2011**. Relator: Min. Augusto Nardes, 6 de julho de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1796%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 157/2012**. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 1 de fevereiro de 2012a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A157%2520ANOACORDAO%253A2012%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.573/2012**. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 26 de setembro de 2012b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2573%2520ANOACORDAO%253A2012%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.145/2013**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 14 de agosto de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2145%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.190/2019**. Relator: Min. Bruno Dantas, 11 de setembro de 2019. 2019c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2190%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 4.036/2020**. Relator: Min. Vital do Rêgo, 8 de dezembro de 2020a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4036%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 4.037/2020**. Relator: Min. Benjamin Zymler, 8 de dezembro de 2020b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4037%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Decisão 286/1993**. Relator: Min. Homero Santos, 15 de julho de 1993. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A286%2520ANOACORDAO%253A1993%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Decisão 763/1994**. Relator: Min. Carlos Átila, 13 de dezembro de 1994. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A763%2520ANOACORDAO%253A1994%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/%2520. Acesso em: 30 set. 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Procedimento 64/2019/SEC7. **Requerimento de instauração de arbitragem, de 3 de setembro de 2019**. 2019. VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597085/190903+-+VIABAHIA+-+Requerimento+de+Arbitragem.pdf/4a541feb-3bd8-090f-2c70-a8169d4c0863?version=1.0&t=1626788186543>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 64/2019/SEC7. **Termo de arbitragem, de 12 de março de 2020**. 2020a. VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043904/200312+-+VIABAHIA+-+Termo+de+Arbitragem+assinado.pdf/776543d3-5b75-a31a-57a2-675fbf19d295?version=1.0&t=1635255647533>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 64/2019/SEC7. **Ordem Processual n. 3, de 17 de abril de 2020**. 2020b. VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597088/200417+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03.pdf/ea75bba6-a132-e919-5ec5-09a145ee9d4e?version=1.0&t=1663151898383>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 64/2019/SEC7. **Ordem Processual n. 5, de 1º de junho de 2020**. 2020c. VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597088/200601+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+5.pdf/ea635038-e416-5183-0c0e-a04dc05a64d3?version=1.1&t=1632493911913>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23238/GSS. **Ata de missão, de 29 de junho de 2018**. 2018a. Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. (MGO) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043854/180629+-+MGO+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/3e7bf183-d7ed-802c-a4fd-09ff4adf4ee3?version=1.0&t=1635255160797>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento 23238/GSS (AE). **Ordem do árbitro de emergência, de 11 de abril de 2018**. 2018b. Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A. (MGO) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597051/180411+-+%C3%81RBITRO+DE+EMERG%C3%8ANCIA+-+Senten%C3%A7a.pdf/af71fc9d-874f-f70e-5774-d8c856e3d3e6?version=1.0&t=1626721720210>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23433/2018/GSS/PFF. **Ata de missão, de 29 de outubro de 2018**. 2018c. Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043871/181029+-+GALV%C3%83O+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/f3472ae9-fe07-c228-f411-46a46ff7b23a?version=1.0&t=1635255273347>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. **Ata de missão, de 25 de setembro de 2019**. 2019a. Concessionária BR-040 S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043817/190925+-+VIA040.1+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/f5542551-06de-17a6-2cf1-9cac0442eb35?version=1.0&t=1635254696313>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 24595/PFF. **Ata de missão, de 17 de dezembro de 2019**. 2019b. Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (Concebra) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043887/191217+-+CONCEBRA+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/5955b5d6-bd09-8f67-7398-63e6be383ef9?version=1.0&t=1635255409857>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23433/2018/GSS/PFF. **Sentença parcial de mérito, de 10 de setembro de 2020**. 2020a. Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597057/200910+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+parcial.pdf/2fc75d16-f441-d413-f65e-0cd09eadd760?version=1.0&t=1626726491020>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. **Ordem Procedimental nº 3, de 7 de janeiro de 2020**. 2020b. Concessionária BR-040 S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/200107+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03+%28mantendo+liminar%29.pdf/73445862-e58a-f698-bac6-c4cb014ba804?version=1.0&t=1626788964787>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23960/GSS/PFF. **Aditamento à ata de missão, de 23 de janeiro de 2020**. 2020c. Concessionária Rota do Oeste S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043920/200123+-+CRO+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/3835dfb2-20c1-a20c-e376-c5660db65e47?version=1.0&t=1635255755033>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23960/GSS/PFF. **Ordem processual nº 6, de 11 de maio de 2020**. 2020d. Concessionária Rota do Oeste S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597097/200511+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+06.pdf/31fc8e24-4a35-e56e-4243-237569c2baab?version=1.0&t=1663017505943>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 24595/PFF. **Ordem processual nº 3, de 17 de junho de 2020**. 2020e. Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (Concebra) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/200617+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+03.pdf/5bccd294-94a3-c447-d4c1-c13419cefa90?version=1.0&t=1626469191080>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 24595/PFF. **Ordem processual nº 8, de 30 de outubro de 2020**. 2020f. Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. (Concebra) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597063/201030+-+TRIBUNAL+-+Ordem+Processual+n%C2%BA+08.pdf/f87375eb-d9fa-fd7c-3106-00df620a06fa?version=1.0&t=1626469194403>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 24957/GSS/PFF. **Ata de missão, de 17 de junho de 2020**. 2020g. Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (MSVIA) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/3043946/200617+-+MSVIA+-+Ata+de+Miss%C3%A3o+assinada.pdf/297c5c5a-03f3-d6c9-7b83-7062fe56f370?version=1.0&t=1635255892783>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 23932/2018/GSS/PFF. **Sentença arbitral parcial, de 16 de novembro de 2021**. 2021a. Concessionária BR-040 S.A. *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2596913/211117+-+TRIBUNAL+-+Senten%C3%A7a+Parcial.pdf/af3167e7-7f31-b6a9-b218-f09bc128aba0?version=1.0&t=1650456520620>. Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. Procedimento 24957/GSS/PFF. **Ordem processual nº 4, de 22 de abril de 2021**. 2021b. Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (MSVIA) *versus* Agência Nacional de Transportes Terrestres e União Federal. Disponível em:

<https://portal.antt.gov.br/documents/2599342/2597106/210422+-+Tribunal+-+Ordem+processual+n%C2%BA+04.pdf/a8ef2bbe-aa08-bdc0-7528-4750b963815c?version=1.1&t=1632494346610>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CARMONA, C. A. Arbitragem e administração pública. 2021. Palestra (WEBINAR promovido pelo Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito Empresarial – GEADE) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Amazonas, [Manaus], 24 jun. 2021. Youtube: GEADE UFAM. Disponível em: <https://youtu.be/4rc0cSVCiJo>. Acesso em: 10 ago. 2022.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. E-book. ISBN 9788522470617.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CINTRA, A. C. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. 2018. São Paulo: Malheiros.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Concessões rodoviária: experiência internacional e recomendações para o Brasil**. Brasília: CNI, 2018. Disponível em: <https://www.abder.org.br/wp-content/uploads/2020/07/cni-concessocc83es-antt.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

DEUS, Adriana Regina Sarra de. **Arbitralidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas?**. CBAr. V. XVIII. ed. 72, 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 11. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 11.406 de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIRA JR., J. D. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. ISBN 9788530987244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

FRANZONI, Diego. Histórico legislativo da arbitragem no Brasil. *In*: TEIXEIRA, T.; LIGMANOVSKI, P. A. C. (coord.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri, SP: Manole, 2018. E-book. ISBN 9786555762204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555762204/>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 23-36.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. ISBN 9788597012934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012934/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GUILHERME, L. F. **Código civil: comentado e anotado**. 3. ed. Santana de Parnaíba, SP: Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555768183. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555768183/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

LAGE, R. A. **Teoria da regulação responsiva e a regulação das concessões de rodovias federais no Brasil**. 2022. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

LAMAS, N. M. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. *In*: LEVY, D.; PEREIRA, G. S. (coord.). **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2021, p. 23 - 56.

LEMES, Selma Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem: características, efeitos e funções. 2006. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri07.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

LIGMANOVSKI, P. A. C. A arbitragem e as reformas legislativas de 2015: o que esperar? In: TEIXEIRA, T.; LIGMANOVSKI, P. A. C. (coord.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri, SP: Manole, 2018. E-book. ISBN 9786555762204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555762204/>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 37-55.

LIMA, C. V. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1997, Jul.-Set. p. 91-104.

LIMA, Eliza Perez dos Santos . Cultura da Litigância, você sabe o que é?. **Politize**. 28 jan. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cultura-de-litigancia/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MARTINS, A. C. in: ROCHA, C. C.; SALOMÃO, L. F. (coord.). **Arbitragem e Mediação**: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. E-book. ISBN 9788597012798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012798/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

OLIVEIRA, G. J; ESTEFAM, F. F. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

PEDÁGIO da Concebra será reduzido neste domingo (28). Estradas, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://estradas.com.br/pedagio-da-concebra-sera-reduzido-neste-domingo-28/>. Acesso em: 5 ago. 2022.

PEREIRA, G. L. M., ÁVILA, N. R. A., ALBUQUERQUE, G. C. Arbitragem e desconfiança do TCU. 23 fev. 2022. **Jota.Info**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/arbitragem-e-a-desconfianca-do-tcu-23022022>. Acesso em: 10 ago. 2022.

PICCOLI, I. F. THOMÉ, L. M. B. **Sistema multiportas de acesso à justiça em busca de soluções adequadas de conflitos**. 2022. Artigo (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/isadora_piccoli.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

POR DECISÃO ARBITRAL, ANTT anula revisão tarifária da Concebra. Estradas, 24 mar. 2021. Disponível em: <https://estradas.com.br/por-decisao-arbitral-antt-anula-revisao-tarifaria-da-concebra/>. Acesso em: 5 ago. 2022.

RODRIGUES, A. G.; LYRA, J. F. D. C. As formas alternativas de solução de conflitos no código de processo civil: o processo pensado sob o prisma democrático. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Pernambuco, v. 5, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/issue/view/13>. Acesso em: 25 out. 2022.

RODRIGUES, Jonas. A experiência das agências reguladoras com a arbitragem. *In*: OLIVEIRA, G. J. Curso de formação em Mediação e Arbitragem na Administração Pública. IDP Learning. Brasília: IDP, 2022. Disponível em: <https://openclass.idp.edu.br/courses/299>. 21 jun. 2022.

SALLES, C. A. A confidencialidade possível: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número1. jan.- abr. 2017.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem**: mediação, conciliação e negociação; 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHMIDT, G. R.; FERREIRA, D. B.; OLIVEIRA, R. C. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. E-book. ISBN 9786559641697. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641697/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

TONIN, M. M. **Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público**. São Paulo: Almedina, 2019. E-book. ISBN 9788584934720. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934720/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: contratos. v.3. 22. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559772773. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772773/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

WALD, A. A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem. **Doutrina Brasileira. Direito Público**, 2005. n. 10. Out.-Nov.-Dez.

ZARONI, Bruno Marzullo. Arbitragem no segmento de infraestrutura. 17 maio 2022. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/arbitragem-no-segmen-to-de-infraestrutura/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Panorama da arbitragem no setor de rodovias. 17 set. 2021. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/panorama-da-arbitragem-no-setor-de-rodovias/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

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