



Decreto sobre portos frustra uso da arbitragem por agentes públicos

Com imensa satisfação, inauguro a minha participação na Coluna Direito Civil Atual, titularizada pela [Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo](#) e capitaneada pelos coordenadores, ministros Luís Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira e Humberto Martins, além dos professores Ignacio Poveda, Otavio Luiz Rodrigues Junior, José Antonio Peres Gediél, Rodrigo Xavier Leonardo e Rafael Peteffi da Silva.

Foi publicado em 8 de junho de 2015 o Decreto 8.465, com o objeto explícito de regulamentar o art. 62, § 1º, da Lei 12.815. O dispositivo regulamentado diz respeito ao “inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq”. Prevê expressamente que esse tema pode ser resolvido mediante arbitragem, na forma da Lei 8.465.

A regra legal também estabelece que o débito “declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações”, o que se refletiu em uma disciplina específica do Decreto 8.465 acerca das condições de prorrogação na pendência da arbitragem.

Juristas de grande expressão têm destacado virtudes do decreto. Em artigo publicado no jornal *Valor Econômico* em 30 de julho de 2015, Arnoldo Wald ressaltou justamente a criativa solução adotada para se assegurar a prorrogação dos contratos portuários enquanto não finalizada a arbitragem (objeto do art. 13, comentado adiante). Em texto publicado na mesma data, Joaquim Muniz e Luis Peretti apontam que a edição do decreto demonstra o interesse da Administração Pública federal na adoção prática dos meios adequados de solução de conflitos e soluciona alguns problemas práticos (“Global Arbitration News”, 30 de julho de 2015).

A mera existência do Decreto 8.465, independentemente de seu conteúdo concreto, é auspiciosa por demonstrar que o governo federal está atento à arbitragem e se prepara para a sua utilização. O art. 10 do decreto prevê que a União e autarquias federais serão representadas na arbitragem pela Advocacia Geral da União. Isso é positivo no sentido de que impõe à AGU a criação de capacitação própria para a atuação específica em arbitragens, cujas peculiaridades procedimentais são marcantes.

A preparação dos integrantes da AGU para a representação da União e autarquias em arbitragens é um sinal inequívoco de que o governo federal prevê que a arbitragem ocupará cada vez mais espaço na solução de litígios relativos a questões centrais da atuação administrativa.

A existência do decreto tem também outra virtude. Ao disciplinar os procedimentos para a submissão da Administração federal à arbitragem, o ato normativo torna mais claros os deveres e limites de atuação dos agentes públicos envolvidos na celebração da convenção de arbitragem. Reduz-se a possibilidade de a Administração deixar de valer-se da arbitragem apenas pela insegurança dos agentes públicos em escolher esse método em cada situação concreta. A despeito da sua já longa consagração legal e aceitação jurisprudencial, inclusive, em certos limites, pelo Tribunal de Contas da União, uma orientação normativa específica é útil para dar uniformidade e segurança à atuação dos agentes públicos



responsáveis pela submissão do litígio à arbitragem e a sua condução.

Por fim, pode-se ver no decreto uma tentativa de a União disciplinar a sua atuação em arbitragens de modo generalizado, não apenas no âmbito estritamente coberto pela norma legal regulamentada (certos litígios do setor portuário). Trata-se da experimentação de um modelo de atuação da Administração Pública que será possivelmente reproduzido se bem-sucedido.

Apesar de tais aspectos inegavelmente positivos, o Decreto 8.465 exige atenção também sob outro ângulo. Em muitos pontos, vai além dos limites da norma que se pretendeu regulamentar ou mesmo do quadro legal em que se insere a arbitragem. Um exemplo é o próprio art. 10, que pretende estender à arbitragem características próprias da atuação judicial da União, como a exigência de comunicações processuais pessoais (§ 1º), não postais ou por outra via usualmente adotada pelos regulamentos arbitrais, e a possibilidade de intervenção da União em litígios envolvendo “autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais” (§ 2º), supõe-se que em termos similares aos do art. 5º da Lei 9.469, de 1997. Como este dispositivo, há outros.

A própria regra do art. 13, atinente à prorrogação, pode ser problemática: nos termos da Lei 12.815, fruto de discussões parlamentares durante a conversão da Medida Provisória 595 em lei, a prorrogação só seria vedada depois de decisão final que declarasse o inadimplemento. A pendência da arbitragem não poderia ser um impedimento à prorrogação, pelo que seria desnecessário regular a prorrogação nesse caso.

A criatividade do decreto nesse ponto é justamente criar antecipadamente a solução para um problema prático que surgirá pelo já previsível descumprimento da Lei 12.815 pelos órgãos responsáveis pela prorrogação dos contratos. E isso sem considerar a possível invalidade da execução indireta representada pela vedação de novas contratações e prorrogações contida no art. 62 da Lei 12.815.

Esses fatores exigem do intérprete uma definição prévia acerca dos limites da regulamentação adotada pela União neste caso. Quais os limites de eficácia do decreto em questão? Que aspectos da disciplina concreta do decreto exigem atenção específica para que a organização da atuação sistemática da Administração Pública federal em arbitragens se desenvolva de modo adequado?

A norma do art. 62, § 1º, da Lei 12.815 tem eficácia plena e não dependeria de regulamentação. Por decorrência, o Decreto 8.465 não se destina a preencher o conteúdo e dar eficácia a norma legal de eficácia limitada ou contida. O dispositivo legal referido pelo ato regulamentar em questão não é uma norma em branco, mas exaure a disciplina relativa à arbitragem nele referida. Todo o quadro normativo em que se insere a arbitragem, inclusive na hipótese do art. 62, § 1º, da Lei 12.815, é dado pela Lei 9.307, recentemente alterada pela Lei 13.129 justamente para tratar de modo mais explícito da arbitragem envolvendo entidades da Administração Pública direta e indireta.

A relevância dessa premissa é que o Decreto 8.465 é ineficaz para constituir deveres oponíveis a pessoas externas à estrutura hierárquica da Administração Pública federal. Não vincula os particulares nem a Administração Pública das demais pessoas políticas. Trata-se exclusivamente de ordem dirigida aos agentes públicos federais pelo chefe do Poder Executivo para disciplinar o exercício da competência atribuída a estes pela Lei 9.307 e pelo art. 62, § 1º, da Lei 12.815. Por decorrência, no que interessa mais



diretamente, os particulares não estão vinculados pelas interpretações e opções jurídicas adotadas no Decreto 8.465.

Além disso, a validade dessa ordem é sujeita a controle jurisdicional e dos órgãos de controle da Administração Pública federal, como o TCU. Tal controle pode ter como objeto tanto a restrição da competência dos agentes públicos, eventualmente não admitida pelas leis que a outorgam, quanto o próprio conteúdo das escolhas formuladas no decreto regulamentar.

Portanto, para o reconhecimento da validade dos atos praticados pela Administração Pública federal, não basta sua compatibilidade com o Decreto 8.465. A eventual invalidade dos parâmetros estabelecidos pelo referido decreto implica a invalidade ou a ineficácia dos atos dele derivados.

Pelo mesmo fundamento, a incompatibilidade de determinados atos com o decreto não implica a sua invalidade ou ineficácia na medida em que as exigências desatendidas sejam reputadas inválidas. Essa conclusão parece fundamental. O eventual descumprimento do decreto tem efeitos exclusivamente funcionais ou administrativos. Jamais poderá afetar a validade da convenção arbitral ou do procedimento e sentença dela derivados.

O art. 2º do decreto prevê que podem ser objeto da arbitragem em questão litígios relativos à inadimplência de obrigações contratuais (inc. I), recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (inc. II) e outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto ou a Antaq (inc. III). Rigorosamente, como se viu acima, apenas a matéria do inc. III é objeto da norma supostamente regulamentada. Isso demonstra que o objeto do decreto vai além do que é disciplinado pelo dispositivo referido como regulamentado. Trata-se de ato normativo editado com base em competência genérica do chefe do Poder Executivo, não com autorização ou previsão legal específica.

O art. 3º estabelece parâmetros que os agentes públicos deverão observar. Há normas problemáticas e que não refletem a prática existente e a aplicação adequada da Lei 9.307, como as que impõem a aplicação da lei brasileira de mérito (inc. II), a publicidade de todas as informações sobre o processo (inc. IV) e o obrigatório adiantamento de despesas pelo contratado (inc. VII).

Uma virtude da arbitragem é a flexibilidade. O art. 2º, § 1º, da Lei 9.307 prevê justamente a liberdade de escolha da lei aplicável, o que se estende à Administração Pública. Nos casos dos litígios próprios do art. 62, § 1º, da Lei 12.815, atinentes a contratos entre a Administração Pública e concessionários, arrendatários ou autorizatários, o direito aplicável ao contrato será o brasileiro. Mas essa não deve ser



uma premissa a ser adotada em todos os casos. Também é indispensável interpretar a regra sobre publicidade como significando a prática atual da arbitragem envolvendo a Administração Pública: vedação da confidencialidade e disponibilidade de informações nos limites necessários e compatíveis com a agilidade própria da arbitragem e a matéria em discussão.

Um dispositivo especialmente arbitrário é o que prevê que o valor econômico do litígio para o fim de determinação da exigência de tribunal colegiado (inc. V) será o valor determinado pela Administração Pública (art. 3º, § 1º). Também é problemática a previsão de que os árbitros serão escolhidos de comum acordo entre as partes. A regra deve ser compreendida como exigindo acordo sobre o método de escolha, não sobre a identidade dos árbitros em si – o que tornaria impraticável a escolha, que muitas vezes acaba por ter que ser feita pela instituição arbitral por ausência de consenso.

Os requisitos dos arts. 4º e 5º são igualmente oponíveis apenas aos agentes públicos, não vinculando os particulares nem afetando a validade da arbitragem. O parágrafo único do art. 5º exige do árbitro estrangeiro “visto que autorize o exercício da atividade no Brasil”.

A regra também é ineficaz para os particulares, inclusive os árbitros, e representa manifestação inexplicável de preconceito contra árbitros estrangeiros – ou, quando menos, a desatenção quanto aos limites normativos do decreto em questão. Primeiro, a situação do visto do árbitro ou de qualquer outro envolvido na arbitragem é absolutamente irrelevante para o procedimento; não o afeta de modo algum, não tem qualquer relação com a sua validade ou viabilidade; restringe-se aos fins e efeitos próprios da legislação consular.

Ademais, não cabe ao decreto disciplinar os requisitos de imigração ou a exigibilidade de visto. Depois, a eventual necessidade de visto será observada segundo a legislação própria e para os fins e com os efeitos desta. Por fim, há inúmeros outros requisitos de regularidade de atuação do árbitro (nacional ou estrangeiro) ou das partes e seus representantes que não foram nem deveriam ser referidos no decreto.

A referência específica ao visto para árbitros estrangeiros é uma sinalização negativa, incompatível com a boa-fé e a abertura à solução adequada de litígios que o decreto deveria estimular. De qualquer modo, a regra do parágrafo único do art. 5º não tem qualquer efeito para além do que já prevê a legislação própria relativa a vistos e seus respectivos regimes, que é a única disciplina oponível aos árbitros estrangeiros.

Se houver algo de positivo a ser extraído desse dispositivo é a indicação de que é admissível a atuação de árbitros estrangeiros – ao contrário do que prevê o art. 5º, I, da Lei Estadual 19.477, de 2011, de Minas Gerais. A ampliação da participação estrangeira em empreendimentos públicos brasileiros tornará cada vez mais frequente a atuação de árbitros internacionais em litígios.

É intensa a participação no Brasil da comunidade arbitral portuguesa, por exemplo, especialmente capacitada para esta atuação. Todo o sistema de arbitragem de investimentos, particularmente o que deriva da Convenção de Washington de 1965, é construído sobre a aplicação por árbitros internacionais de diplomas normativos (tratados, leis internas de proteção de investimentos) diretamente relacionados com a atuação de um Estado.



O art. 6º do decreto é outro bom exemplo de norma que vai muito além da explícita regulamentação do art. 62, § 1º, da Lei 12.815. Pretende regular toda e qualquer arbitragem em “*contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013*”. Além disso, contraditoriamente com a previsão do art. 2º, prevê que a cláusula compromissória deve excluir do seu objeto o reequilíbrio econômico-financeiro, que dependeria de compromisso arbitral (art. 6º, § 3º).

A regra do art. 7º, § 3º, do decreto pretende resolver um (falso) problema relativo à escolha do árbitro ou da instituição arbitral. Afirma que tal escolha se dará com inexigibilidade de licitação, segundo a disciplina própria. Essa disciplina é dada pelo art. 25 da Lei 8.666, cuja redação exclui da licitação a contratação caracterizada pela inviabilidade de competição em face da singularidade do objeto contratado. Muito embora seja positiva a compreensão do decreto de que a licitação é inaplicável, o texto deveria ter ido além.

O dispositivo baseia-se em uma premissa inadequada da natureza da vinculação entre as partes da arbitragem e o árbitro ou a instituição arbitral. Não se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação, referida no art. 7º, § 3º, do decreto e sujeita aos procedimentos do art. 26 da Lei 8.666, mas de um caso de *não-incidência de licitação*.

A escolha de árbitros ou instituições não guarda relação com as contratações administrativas objeto da Lei 8.666, daí a inadequação de se assimilar tal escolha a essas contratações, ainda que mediante a afirmação de que se trata de hipótese de inexigibilidade. Por decorrência, não são aplicáveis a essa escolha os requisitos substanciais ou procedimentais próprios da inexigibilidade de licitação.

Menos ainda se poderia pretender que o descumprimento de tais requisitos produzisse qualquer efeito sobre a validade da arbitragem. Como já se apontou, todas as normas do decreto, inclusive esta, produzem efeitos exclusivamente internos à Administração, no plano funcional entre a Administração e seus agentes. Não têm nenhum efeito processual nem vinculam os particulares, sejam eles partes, árbitros ou instituições arbitrais.



Um ponto positivo do decreto, já derivado da jurisprudência do STJ, é a admissão no art. 9º de que a convenção de arbitragem pode ter a forma de compromisso arbitral, mesmo que o contrato não contenha cláusula arbitral. Isso é essencial para permitir a adoção da arbitragem nos numerosos contratos portuários em curso, que normalmente não contêm cláusula prevendo a arbitragem mas são afetados pelo decreto (art. 14). O art. 8º regula o conteúdo do compromisso e dá diretrizes – mais uma vez, não vinculantes aos particulares – sobre a distribuição de competências administrativas para a celebração da convenção de arbitragem.

Os arts. 11 e 12 disciplinam a execução da sentença arbitral, inclusive mediante precatório. O parágrafo único do art. 12 estabelece uma competência peculiar para o árbitro ou presidente do tribunal arbitral: “solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”.

Cabe definir o significado dessa previsão à luz da distribuição de competências entre árbitros e o Poder Judiciário quanto à fase de cumprimento da sentença. Nos estritos termos do decreto, a solicitação de expedição do precatório ou requisição de pequeno valor será expedida *ex officio* pelo tribunal arbitral e dirigida ao presidente do tribunal competente.

Por fim, cabe retornar ao art. 13. O dispositivo regula a prorrogação do contrato na pendência da arbitragem, mencionada pelo artigo de Arnoldo Wald referido no início. Há a criação de diversas condições, inclusive o depósito ou pagamento do valor eventualmente fixado de modo provisório.

Como se apontou, o art. 62 da Lei 12.815 pretende extrair consequências reflexas do inadimplemento, o que em si pode ser inválido ou ineficaz por se tratar de meio indireto de execução. Mesmo que possa haver tais consequências, como a vedação de prorrogação, a própria lei as condiciona à existência de decisão final, não à mera pendência da arbitragem. Essa condição (“assim declarado em decisão final”) foi introduzida durante a tramitação do projeto de conversão da MP 595 em lei, a partir da emenda 89 (deputado Márcio França) ao projeto de conversão, cuja justificativa destacou exatamente a ofensa ao devido processo legal existente no texto anterior.

Na redação original da MP 595, o seu art. 54 (correspondente ao atual art. 62) não continha essa condição. Também não aludia à arbitragem. A lei de conversão condicionou qualquer vedação a uma decisão final do litígio e previu a arbitragem para a sua solução.

O decreto extrapola essa previsão legal ao já pressupor existente um impedimento no curso da arbitragem, a ser resolvido na forma do art. 13. É inegável, porém, que o problema vislumbrado existe na realidade – o que confirma a interpretação positiva que Arnoldo Wald faz do dispositivo do art. 13, como destacado no início destas notas.

Pendente a arbitragem ou controvérsia ainda não formalizada, a prorrogação poderia enfrentar dificuldades práticas. Sob esse ângulo, a preocupação do decreto é positiva ao estabelecer diretrizes para a atuação dos agentes públicos diante dessa situação. Resta definir se condições como o depósito



antecipado do valor provisório fixado pelo árbitro (inc. II) ou o compromisso de pagar a condenação final (inc. III), assim como as atinentes aos reflexos sobre a equação econômico-financeira, podem ser validamente aceitas pelo contratado.

Como o decreto não é oponível aos particulares, que são alheios à estrutura hierárquica da Administração, qualquer sujeição a tais condições pressupõe o consentimento do contratado em cada caso.

Em conclusão, a existência do Decreto 8.465 é um importante incentivo à utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil. Porém, seu conteúdo exige meditação e revisão. Os aspectos problemáticos do Decreto 8.465 vão além dos tópicos referidos nestas notas. Os pontos comentados demonstram que o ato normativo exige reexame por parte do Poder Executivo federal para que seja revogado ou, o que seria preferencial, profundamente modificado.

A arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira tem tido um grande desenvolvimento a partir de decisões importantes do Superior Tribunal de Justiça e de sua aceitação cada vez mais ampla pelo Tribunal de Contas da União. Desde meados da década de 1990, houve uma variedade de diplomas legais – inclusive no setor portuário, mas também em muitos outros – que a previram expressamente.

É uma realidade em contratos de concessão e parcerias público-privadas e explicitamente valorizada por instituições financiadoras como um fator de redução de risco. Essa evolução foi coroada em maio de 2015 com a alteração da Lei 9.307 pela Lei 13.129.

O Decreto 8.465 não segue esta evolução. Embora importante a disciplina regulamentar para orientar a atuação dos agentes públicos, o conteúdo do decreto frustra o seu propósito. Torna burocrática e complexa a atuação dos agentes públicos federais no que se refere à adoção da arbitragem.

Embora seja ineficaz o decreto em relação aos particulares (partes, árbitros e instituições arbitrais), seus dispositivos concretos poderão dificultar a utilização da arbitragem no setor portuário e prejudicar o desenvolvimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil também em outros setores.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Lisboa, Girona, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC e UFMT).*

Date Created

24/08/2015