

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 000.723/2020-7

Natureza: Representação.

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Interessado: Deputado Federal Eli Corrêa Filho.

Representação legal: não há

## RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho, acerca da legalidade e legitimidade das cláusulas de contratos administrativos que disponham sobre a possibilidade de arbitragens em câmaras privadas, quando relativas a temas cuja competência de exame pertence às Agências Reguladoras, especialmente quando atinentes ao setor portuário.

2. No âmbito da SeinfraPortoFerrovia, foi elaborada a instrução à peça 23, a seguir transcrita com os ajustes de forma pertinentes, cujo encaminhamento foi encampado pelos dirigentes da unidade (peças 24/25):

### HISTÓRICO

1. O representante alega (peça 1) a existência de sentenças proferidas em processos de arbitragem exaradas por câmaras arbitrais privadas significativamente descoladas da realidade portuária. Entende que, muitas vezes, as decisões são proferidas sem o acompanhamento dos órgãos públicos competentes, como o Ministério da Infraestrutura (MInfra), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) ou a Empresa de Planejamento e Logística (EPL).

2. Tais decisões, segundo argumenta, quando tomadas sem considerar a diversidade de situações existente no setor e afastadas da fiscalização das Agências Reguladoras, seriam danosas ao interesse público porque gerariam insegurança jurídica tanto na contratação quanto na revisão (normal e antecipada) dos contratos de arrendamento vigentes, com prejuízos para a execução tempestiva de investimentos.

3. Segundo o representante, uma alternativa seria inserir a arbitragem no âmbito da Advocacia Geral da União ou da Antaq, aproveitando sua competência ínsita no art. 3º, inciso IV, do Decreto 8.033/2013. Tal medida teria a vantagem de institucionalizar as decisões arbitrais no âmbito do governo, que possui a visão completa do contexto do setor.

4. Em sua visão, o Decreto 10.025/2019, normativo regulamentador da arbitragem no âmbito portuário, representou avanço ao buscar impedir que decisões fossem tomadas no âmbito de câmaras privadas sem o devido acompanhamento dos órgãos públicos competentes, porém, peca ao estatuir que suas regras só se aplicariam aos casos em andamento se as partes acordarem nesse sentido.

5. Com base nesse contexto, o representante solicita desta Corte que (peça 1, p. 12-13):

a) suspenda imediata e liminarmente as cláusulas que dispuserem sobre arbitragens não institucionais (em câmaras privadas) relativas a temas cuja competência pertence às Agências Reguladoras, especialmente as cláusulas contratuais relativas ao setor portuário, decorrente da disposição do decreto de portos que possibilitou a prorrogação antecipada de contratos;

b) suspenda os processos de arbitragem atualmente em curso perante as câmaras privadas em que participe a União;

c) suspenda a eficácia de eventuais sentenças arbitrais já efetivas; e

d) fixe o regime jurídico adequado para a solução das ilegalidades comentadas, dispondo inclusive quais as entidades competentes para o seu arbitramento.

6. Analisados os requisitos para a adoção de medida cautelar (peça 4), verificou-se que não restou comprovado o perigo da demora. Entretanto, entendeu-se estar presente a fumaça do bom direito. Observou-se presente e considerável o perigo da demora reverso. Por isso, verificou-se ser essencial ouvir os principais órgãos públicos responsáveis pelo setor portuário, o Ministério da Infraestrutura e a Antaq. Dessa forma, concluiu-se pela desnecessidade da adoção de medida cautelar, porém, útil o envio de diligência objetivando colher mais informações para o deslinde do feito.

7. Por meio de despacho (peça 7), foi conhecida a representação e ordenada a realização de diligência ao Ministério da Infraestrutura e à Antaq para que informassem:

(i) se possuem dados e estatísticas acerca das implicações da utilização do instituto (sentença arbitral), frente a outras alternativas para resolução de conflitos;

(ii) a avaliação que fazem acerca da utilização da arbitragem no setor portuário, indicando, quando cabível, problemas, pontos de possíveis melhorias e possíveis medidas mitigadoras;

8. O despacho também ordenou a realização de diligência à AGU para que informasse:

i) a relação das sentenças arbitrais, apontando para cada uma:

a) os efeitos da sentença para as partes envolvidas, com especial indicação das despesas e obrigações assumidas pela União ou por órgão ou entidade da administração pública federal, em razão da sentença arbitral;

b) os efeitos da sentença para o setor portuário, quando tais efeitos forem de possível aferição;

c) se houve necessidade de interveniência do Minfra e/ou da Antaq no acompanhamento ou no fornecimento de informações que subsidiassem a defesa dos interesses da União no procedimento arbitral;

ii) informar se possui dados e estatísticas acerca das implicações da utilização do instituto, frente a outras alternativas para resolução de conflitos;

iii) informar a avaliação que faz acerca da utilização da arbitragem no setor portuário, indicando, quando cabível, problemas, pontos de possíveis melhorias e possíveis medidas mitigadoras.

## **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

9. Convém registrar que o representante preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 237, inciso III, do RI/TCU, considerando que seu mandato como Deputado Federal encontra-se ativo.

10. Acerca dos fatos narrados na representação, nota-se que respeita o art. 235 do RITCU e o art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do autor, encontrarse acompanhada de suficientes indícios concernentes à ilegalidade, além de existir motivação legal desta Corte para o exame de eventuais danos ao interesse público decorrentes de cláusulas de arbitragem em contratos de infraestrutura.

11. Dessa forma, a representação será apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do RI/TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo normativo. 5. Conforme dispõe o art. 103, § 1º, in fine c/c o art. 106, todos da Resolução – TCU 259/2014, em termos de exame sumário, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta ilegalidade, pois eventuais ineficiências do instituto da arbitragem podem causar prejuízos materiais significativos ao erário ao não se obter a melhor solução para os conflitos da Administração e de seus contratados.

12. Note-se que as decisões arbitrais no setor portuário podem facilmente tratar de bilhões de reais a depender da questão e do terminal envolvidos. Isso demonstra a relevância dos fatos narrados pelo representante.

**EXAME TÉCNICO****Ministério da Infraestrutura**

13.O Ministério da Infraestrutura apresentou suas informações por meio do Despacho 251/2020/DGCO-SNPTA/SNPTA (peça 20). Destaca que a Arbitragem Regulatória no Brasil é desempenhada por algumas agências reguladoras de modo a compor conflitos administrativos envolvendo o mercado regulado, e em nada se confunde com o conceito da Arbitragem disciplinada pela Lei 9.307/1996, de modo que aquela, por ser um procedimento materializado ao final por ato administrativo decisório, sempre poderá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário. Entende ainda que já existe arcabouço legislativo que estabelece a competência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) em harmonizar os objetivos dos agentes atuantes do setor portuário arbitrando nos conflitos de interesses, consoante o disposto no art. 20, inciso II, “b” da Lei 10.233/2001.

14.Informa que no setor portuário apenas um procedimento foi instaurado em sede arbitral no âmbito de câmaras privadas com o fito de por fim ao imbróglio que perdurava há anos entre o Grupo Libra e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e que, por isso, seria precipitado mensurar a utilização da arbitragem como meio para resolução de conflitos a partir apenas dele.

15.Entende a pasta ministerial que a utilização da arbitragem como meio de harmonização de conflitos entre os agentes do setor tem o potencial de tornar mais célere a solução de controvérsias instaladas afim de se evitar longos trâmites judiciais que impactam diretamente a continuidade das operações portuárias, especialmente por se tratar de um setor com conhecimento tão específico que por vezes está fora da expertise da justiça comum.

**Antaq**

16.Por meio do Ofício 78/2020/DG-Antaq (peça 16), a Antaq informou que o ordenamento jurídico prevê duas possibilidades de procedimentos de arbitragem no que tange ao setor portuário: a arbitragem administrativo-regulatória, regulamentada por meio do art. 20, inciso II, “b” da Lei 10.233/2001, o art. 3º, incisos III, IV e VIII do Decreto 8.033/2013 e o art. 2º, inciso II, “c” do Decreto 4.122/2002; e a arbitragem propriamente dita, que é tratada pela Lei 9.307/1996 e pelo Decreto 10.025/2019.

17.Aduz que compete ao Poder Concedente, o Ministério da Infraestrutura, autorizar a arbitragem em Câmaras Privadas, consoante previsão do art. 1º, §2º da Lei 9.307/1996, bem como que até o momento registra-se apenas uma única decisão em sentença arbitral no âmbito de Câmaras Privadas, relativa ao processo da empresa Libra em face da Companhia Docas de São Paulo (Codesp).

18.Destacou a sobrecarga do sistema judicial brasileiro e a necessidade de busca de métodos alternativos de solução de conflitos para garantir a celeridade necessária a lides afetas ao setor portuário. Junta ao Ofício a Nota Técnica 52/2020/GRP/SRG (peça 17). O documento aponta que é a Lei 10.233/2001 que atribui à Antaq a competência para firmar cláusulas em contratos de concessão que disponham sobre regras de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a arbitragem (art. 35, inciso XVI).

19.A agência menciona ainda que os poderes que lhes foram conferidos por meio da Lei 12.815/2013 objetivam aumentar a segurança jurídica do setor, ao permitir que a Administração lance mão do juízo arbitral. Aduz que o art. 62 da Lei 12.815/2013 foi regulamentado pelo Decreto 8.465/2015, tendo este sido posteriormente revogado pelo Decreto 10.025/2019, cujo art. 31, §5º permite ao poder executivo regulamentar o credenciamento de câmaras arbitrais para dirimir controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores tratados pela Lei 13.448/2017, que inclui o setor portuário.

20.Entende que de acordo com a Lei Federal 9.307/1996, o juiz arbitral é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não é passível de homologação ou recursos no Poder Judiciário, ou seja,

uma vez que exista cláusula compromissória ou compromisso arbitral firmado entre as partes, o juízo arbitral é o único competente para dirimir o litígio em questão.

#### AGU

21.A AGU apresentou suas manifestações por meio das Informações 2/2020/DEAEX/CGU/AGU (peça 14), informando que até o presente momento, o Procedimento Arbitral CCBC 78/2016/SEC7 consiste na única arbitragem que envolve a União em que foi proferida sentença final de mérito, envolvendo a empresa Libra em caso de contrato de arrendamento no porto de Santos. As empresas do Grupo Libra foram condenadas ao pagamento de R\$ 3.423.346.623,36. Todas as despesas processuais foram adiantadas pelo Grupo Libra, incluindo a remuneração dos árbitros que foi de R\$ 3.076.109,25, sendo R\$ 481.126,00 a título de taxas da câmara arbitral, R\$ 92.220,24 correspondentes a "fundo" para despesas variáveis e R\$ 2.502.763,00 de honorários dos árbitros.

22.A advocacia pública ainda destacou que o ente público federal não foi condenado a restituir qualquer valor relacionado a despesas processuais. A Codesp, por seu turno, por ter formulado pedido de indenização que foi rejeitado pelo Tribunal Arbitral, foi condenada ao ressarcimento de R\$ 1.401.250,05, correspondente a 45% das despesas processuais que foram adiantadas pelas Requerentes. De toda forma, em sua decisão, o Tribunal Arbitral declarou que o montante deverá ser objeto de compensação com o valor devido por Libra à Codesp.

23.No âmbito da AGU, a Procuradoria-Regional da União da 3ª Região e a Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (atual Ministério da Infraestrutura), exerceram conjuntamente a representação da União no Procedimento de Arbitragem nº 78/2016/SEC7, desde a formalização do respectivo Termo de Arbitragem, ocorrida na data de 4 de setembro de 2017, por determinação da Portaria Conjunta CGU PGU 1, de 19 de outubro de 2017. Após a constituição do NEA, membros do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União passaram a atuar na arbitragem em colaboração com a CONJUR-MTPA e com a PRU-3 (NUP 00748.001284/2017-74).

24.Informa que no âmbito da Pasta setorial competente foi formada equipe técnica para o acompanhamento do processo. Servidores da Antaq participaram do grupo técnico que auxiliou a equipe de defesa da União, juntamente com servidores do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, atual Ministério da Infraestrutura, e empregados da Codesp. Verifica que houve uma efetiva união de esforços, não somente da AGU, mas também da equipe técnica da Administração Pública federal, o que se apresentou fundamental para a melhor defesa dos interesses da União neste caso.

25.Observa a AGU que a decisão de adotar a arbitragem foi devidamente fundamentada, tendo sido ponderadas as características do litígio entre concedente e concessionária/arrendatária, que já se arrastava no âmbito da jurisdição estatal há muitos anos. As principais justificativas para a adoção da arbitragem foram: (i) a celeridade da arbitragem em comparação com a estimativa de tempo necessário para se chegar a decisões judiciais definitivas nas diversas ações judiciais em curso; (ii) a complexidade e a natureza técnica das questões envolvidas nos litígios; e (iii) a baixa previsibilidade quanto ao resultado final das ações judiciais.

26.Aduz que foi analisado e sopesado o fato de a celebração do compromisso arbitral viabilizar investimentos de cerca de R\$ 725 milhões, que foram propostos por Libra caso seus contratos de arrendamento fossem prorrogados. Foi levado em conta, na escolha pela arbitragem como meio de solução do litígio, que estavam em curso nove ações judiciais, algumas havia mais de 10 anos, envolvendo o Grupo Libra, a União e a Codesp, referentes à interpretação e ao alcance das cláusulas contratuais. O prazo para a conclusão de todos os litígios, pela via judicial, foi estimado em superior a oito anos, tendo por base a complexidade das discussões e a possibilidade de interposição de recursos.

27.Destaca que o procedimento teve uma duração de aproximadamente 2 anos e três meses, confirmando a celeridade da arbitragem. Outro dado concretamente apreendido a partir da experiência no caso Libra diz respeito ao custo nominal desse tipo de mecanismo de solução de controvérsias, que é bastante alto, provavelmente muito superior ao custo médio de um processo

judicial. No caso, como mencionado, embora a União, vencedora, não tenha tido que arcar com o nenhum custo ou reembolso, o valor total das despesas processuais, de R\$ 3.076.109,25, não pode ser desconsiderado para a avaliação quanto à opção pela arbitragem. Trata-se de uma questão a ser sopesada quando da análise pela viabilidade da arbitragem como mecanismo de solução de determinada controvérsia.

28. Segundo o órgão, o caso evidenciou, por sua complexidade e especificidades, que a adoção da arbitragem permitiu uma análise aprofundada de questões extremamente controvertidas, por árbitros com alta expertise na matéria, revelando-se uma opção vantajosa e consonante com o interesse público. A forma como se desenvolve a produção de provas nesse tipo de procedimento, especialmente pericial, com a possibilidade de arguição direta dos peritos e de um debate extremamente aprofundado, também é um fator que beneficia a melhor resolução da controvérsia e o adequado esclarecimento ao julgador de questões altamente técnicas e complexas. Por fim, ao lado da expertise, a disponibilidade do árbitro na análise do caso, comparado ao juiz que possui em geral um número infinitamente maior de casos sob sua responsabilidade, também se mostrou um fator preponderante para a qualidade das decisões.

29. Conclui que o caráter técnico e a qualidade das decisões na arbitragem representaram um elemento extremamente relevante na solução do litígio que se arrastava há anos, o que, se pensado para outras situações semelhantes, pode ensejar o aumento da confiança das partes na relação contratual a partir de uma maior previsibilidade na execução do contrato e no seu adequado adimplemento.

### Análise

#### **Contratos de parceria, arbitragem e segurança jurídica**

30. O ambiente normativo construído no país para possibilitar o uso da arbitragem pela administração pública foi uma solução que foi sendo desenvolvida para aumentar a segurança jurídica e promover a melhoria do ambiente institucional que envolve contratos em que são parte os diferentes entes públicos. A normatização do uso da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo os contratos de parceria para realização de investimentos em infraestrutura está em linha com práticas internacionais de gestão pública. O mecanismo arbitral prestigia a vinculatividade dos contratos (em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*) e se propõe a dar respostas céleres e especializadas em um ambiente neutro.

31. Segundo Oliveira (2010), o papel regulador da atividade econômica do Estado necessita ser conduzido à luz de um direito administrativo negocial, consensual. Ganha cada vez mais espaço a corrente de pensadores administrativistas denominada de Administração Pública paritária. Tal corrente conduz o debate sobre gestão pública a uma nova postura da administração diante da necessidade de se negociar, atenuando a verticalização da relação Estado *versus* privado e abrindo novas portas para o uso da arbitragem.

32. Especificamente no âmbito dos contratos de parceria e colaboração da Administração Pública com entidades e empresas da iniciativa privada, em que estão envolvidos assuntos de complexidade elevada, a previsão de cláusulas contratuais que autorizam o uso da arbitragem também representa um fator de maior incentivo e atratividade aos investidores estrangeiros e nacionais. Preserva-se, dessa maneira, os interesses das partes em contratações de projetos de natureza complexa, longo prazo e com alto valor imobilizado em ativos

33. Segundo Camacho (2015), ao longo da década de 90, começou a se intensificar o processo de desestatização de atividades essenciais, o que culminou na celebração de contratos de concessão de serviços públicos. Identificou-se a necessidade de o poder público fazer parcerias com a iniciativa privada visando a realização de investimentos e a gestão de bens públicos. No entanto, também se identificou a necessidade de melhor controlar a gestão privada decorrente da privatização e a regulação de setores econômicos, o que resultou na criação de diversas agências reguladoras já no início do século XXI.

34. Com o passar do tempo, as próprias agências reguladoras e também os órgãos de controle foram adquirindo experiência na condução e acompanhamento desses contratos concedidos e ficando

mais exigentes quanto ao cumprimento de promessas da iniciativa privada e obrigações previstas nos contratos como a de realização de investimentos nas malhas ferroviárias concedidas.

35. Na linha do pensamento de Monteiro (2015), os investidores privados, percebendo o incremento de exigências e observando a dificuldade, morosidade e riscos de submeter eventuais litígios envolvendo esses contratos de concessão junto ao poder judiciário, também passaram a se tornar mais exigentes em relação a segurança jurídica envolvida no processo de contratação, tecnicidade de decisões que resolvem os conflitos e celeridade na solução dos casos.

36. Já no entendimento de Lemes (2007), o mercado funciona com mais eficiência e aperfeiçoa transações econômicas quando estão presentes instituições jurídicas fortes. A segurança jurídica emana de decisões emitidas por órgãos julgadores imparciais e independentes e ainda provém de quando os julgamentos são proferidos em tempo razoável. Nesse sentido, a arbitragem é um instituto que tem sido apontado como uma das alternativas aptas a oferecer mais segurança jurídica aos potenciais investidores que desejem ingressar no Brasil. A presença da cláusula de arbitragem nos contratos e uma devida regulamentação do uso da arbitragem podem tornar projetos de privatização em nosso país ainda mais atrativos, facilitando o arremate de concessões que sejam de interesse do governo.

37. Dessa maneira, parte-se da premissa de que a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura. O instituto é apto a enfrentar o problema da excessiva judicialização dos contratos de concessão, sendo um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, onde as partes, por meio de um árbitro por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstenendo-se de submeter o assunto ao poder judiciário.

38. Conforme será demonstrado adiante, as normas insculpidas pelo Decreto 10.025/2019, inclusive as que dispõem acerca da utilização de câmaras arbitrais através de prévio cadastramento junto à AGU, apenas regulamentam as disposições legais veiculadas pela (i) Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem); (ii) Lei 8.987/1995, que autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão; e (iii) Lei 12.815/2013, que permite o uso da arbitragem na solução de conflitos no setor portuário. As normas legais em referência não fazem qualquer tipo de limitação quanto ao uso de arbitragem em câmaras privadas, não cabendo ao TCU fixar regime jurídico, que já está posto e vigente.

#### **Lei 9.307/1996 – uso da arbitragem pela Administração Pública**

39. A possibilidade jurídica do uso da arbitragem, denominada de arbitrabilidade, envolve duas perguntas iniciais: (i) quem pode lançar mão da arbitragem? (ii) quais assuntos podem ser levados à arbitragem? Por isso, a análise do uso da arbitragem pode ser dividida em dois aspectos: arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

40. Em relação à arbitrabilidade subjetiva, observa-se que a Lei 9.307/1996 passou a abranger tanto as instituições da administração pública direta como a indireta. Veja-se:

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.

41. O §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem foi introduzido pela Lei 13.129/2015, que passou a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública.

42. A alteração foi feita como uma tentativa de conferir maior segurança jurídica para o uso do instituto pela administração pública, uma vez que a falta de um marco regulatório no passado foi por muito tempo considerado o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo contratos pactuados pelo Poder Público, inclusive os de concessão.

43. Isso porque, segundo Schmidt (2016), desde a edição da Lei de Arbitragem, muito se questionou quanto à possibilidade jurídica de uso do mecanismo na seara dos contratos administrativos, seja no âmbito doutrinário ou mesmo no âmbito dos principais órgãos administrativos e judiciais do país.

44. Assim, a administração pública indireta, como é o caso de uma agência reguladora, pode lançar mão da arbitragem para resolver conflitos em que faz parte. A norma, portanto, admite que mesmo uma agência reguladora solucione questões relacionadas nos contratos por ela celebrados pela arbitragem, cujo procedimento deve respeitar os ditames legais vigentes no país.

#### Arbitrabilidade objetiva, direitos patrimoniais disponíveis e interesse público

45. Afirma o representante que a existência de decisões proferidas por tribunais arbitrais privados, tomadas sem se considerar toda a diversidade de situações e implicações institucionais e afastadas da fiscalização das agências reguladoras seria danosa ao interesse público.

46. Ocorre que, não há relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Tratar de direitos disponíveis, patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Dentre os diversos atos praticados pela Administração muitos dispõem de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. Isso porque se a Administração Pública pode dispor de determinado interesse, por via transacional ou contratual, então pode submetê-lo ao juízo arbitral.

47. As expressões direito disponível ou indisponível comportam significados múltiplos. A “indisponibilidade” retrata a pura e simples impossibilidade de renúncia a determinado direito material ou ainda a impossibilidade de venda ou doação. No âmbito das relações patrimoniais privadas, em regra, os direitos materiais são disponíveis. Assim, e em princípio, o particular pode dar a um bem de sua propriedade o destino que desejar. Segundo o entendimento de Moreira Neto (2010), a Administração Pública titulariza posições jurídicas que são em grande medida “indisponíveis”, posto que, por força da aplicação do princípio republicano, a nenhum agente público é dado desfazer-se de bens públicos a seu bel-prazer.

48. É sabido que, na arbitragem, pode ocorrer que a decisão proferida pelo árbitro resulte em supressão de direitos para uma ou ambas as partes. Diante disso, seria possível questionar se poderia a administração pública abrir mão de um poder ou ceder em parte um direito para compor um conflito que surgiu dentro do contrato de concessão firmado com o particular.

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

50. Os serviços públicos estão sob a responsabilidade do Estado, a quem cabe prestá-los ou outorgar a um terceiro. Em alguns setores, a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada compete às agências reguladoras criadas para este fim. São esses entes reguladores que modelam a concessão, estudam e preparam as minutas dos editais e contratos e realizam os leilões e, por fim, firmam os contratos de concessão com a iniciativa privada, a exemplo do que ocorre com a Antaq.

51. Ocorre que, tanto a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) quanto as leis que instituíram as agências reguladoras, notadamente a Antaq, contêm dispositivos prevendo que as controvérsias oriundas dos contratos firmados com terceiros possam ser dirimidas de forma amigável.

52. Segundo Dallari (1996), a maioria dos problemas que surgem no direito das concessões são de ordem técnica referidos ao serviço ou à parte econômica. Tais controvérsias, portanto, não dizem respeito a interesses primários do Estado, que são protegidos pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Pelo contrário, dizem respeito a interesses secundários que podem ser disponibilizados.

53.Quanto a esse ponto, cumpre ressaltar que o interesse público secundário tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto se reveste de valor econômico, mas também pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Tais fundamentos vêm ao encontro da ideia de que é plenamente possível o uso da arbitragem para dirimir controvérsias em torno de disposições de objeto e de conteúdo econômico financeiro no âmbito de contratos de concessão.

54.Deve se ressaltar que a Administração Pública, ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o dever de se submeter aos parâmetros da legalidade (CF, arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*), bem como aos princípios da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa. Dessa maneira, a atuação da Administração tem a obrigação de se pautar não só pelas regras legais, mas também por padrões éticos. Moreira Neto (2010) afirma que a submissão à arbitragem trata de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a esse direito.

55.A lealdade e a boa fé devem permear todos os seus atos, não lhe sendo lícito postergar, procrastinar a solução das questões em que está envolvida alegando, de forma irracional, a indisponibilidade dos interesses de que é curadora. Também o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, postula em favor do uso da arbitragem, que viabiliza mais celeridade na composição das disputas.

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

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

58.No âmbito da discussão trazida à tona pelo representante, o raciocínio acima pode ser aplicado, uma vez que se ao ente regulador compete a tarefa de executar a outorga desses serviços à iniciativa privada e também regular, fiscalizando, punindo ou decidindo fatos relacionados às suas atribuições regulatórias, ao levar uma lide para uma câmara privada de arbitragem, não estará abrindo mão de um bem público, mas tão somente dando cumprimento às permissões legais vigentes, que autorizam o uso da arbitragem em prol da aplicação de dispositivos constitucionais que primam pela eficiência, segurança jurídica e moralidade.

59.Existe, portanto, todo um aparato legal que confere possibilidade jurídica de utilização da arbitragem privada como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos e especificamente nos contratos de concessão ou de arrendamentos portuários.

60.Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso XV). A Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem “sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, inciso X). Também, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (art. 35, inciso XI). As normas em comento preveem a possibilidade de uso da arbitragem sem distinção entre câmaras públicas ou privadas.



61. Desse modo, no caso dos contratos de concessão, bem como nos contratos de arrendamento no setor de portos, o fato de uma agência reguladora levar uma determinada questão para uma arbitragem privada não põe em xeque a indisponibilidade do bem público que é objeto do contrato firmado. Trata-se apenas do uso de uma faculdade que lhe é conferida pelas normas constitucionais e legais vigentes para dar cumprimento ao direito do particular de ver um litígio sendo solucionado com base na eficiência, celeridade, imparcialidade e moralidade.

**Normas aplicáveis ao uso da arbitragem no setor portuário – inexistência de qualquer distinção entre arbitragens em câmaras privadas ou públicas**

62. Em se tratando dos fundamentos jurídicos que conferem a base para o uso da arbitragem no setor portuário, destaque-se que o seu uso é plenamente respaldado pela Constituição Federal. Com efeito, aplicam-se plenamente à arbitragem todos os consectários da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), como a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões, a imparcialidade e o livre convencimento dos árbitros (art. 21, § 2º da Lei 9.307/1996), sem os quais uma sentença arbitral pode vir a ser anulada *a posteriori* pelo Poder Judiciário.

63. Esse é o primeiro respaldo legal que vai de encontro aos pleitos do representante, posto que a legitimidade constitucional que é lançada sobre o processo arbitral garante a juridicidade de suas decisões, preservando o interesse público e a segurança jurídica. Tendo em vista que o legislador constitucional não faz qualquer separação entre a aplicação de ditos princípios para a arbitragem em câmaras públicas ou privadas, construir uma interpretação em sentido oposto significaria esvaziar o instituto sob a pretensão de que apenas nas arbitragens públicas seriam garantidas decisões legítimas, o que não é o caso.

64. A resolução de controvérsias de modo adequado e célere, para assegurar o acesso à Justiça, a duração razoável do processo e o respeito pleno ao devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal) atendem, assim, aos primados de economicidade e eficiência administrativa (art. 37, da Constituição Federal), em um contexto de crescente modernização e reforma do Estado e mudanças de paradigmas no Direito Administrativo.

65. Convém destacar que no âmbito dos contratos de concessão, também a Lei 8.987/1995 autoriza o uso da arbitragem sem que se faça qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral, não importando ao legislador se a mesma deva ser uma instituição pública ou privada. A norma apenas exige que a arbitragem ocorra no Brasil e em língua portuguesa e siga os trâmites instrumentais previstos na Lei 9.307/1996. Veja-se:

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

66. Especificamente no âmbito do setor portuário, desde 2013, a Lei 12.815/2013 já havia previsto a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq. Já o art. 35, inciso XI, da Lei 10.233/2001, estabelece como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da Antaq a previsão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem”.

67. Desse modo, verifica-se que nem a Lei da Antaq e nem a Lei dos Portos limitam a utilização de câmaras privadas em arbitragens envolvendo assuntos sob a competência da agência.

68. Nesse setor, foi editada uma norma para regulamentar a utilização da arbitragem, o Decreto 8.465/2015, que contemplava hipóteses que permitiam seu uso como em casos de litígios envolvendo a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos e inadimplemento de recolhimento de tarifas e obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

69.O Decreto em apreço também não excluía a possibilidade de uso de câmaras privadas, dispondo que a instituição arbitral escolhida deveria ter sede no Brasil, estar regularmente constituída há pelo menos três anos, estar em regular funcionamento como instituição arbitral e ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais (art. 4º, § 2º).

70.É importante mencionar que a Lei 13.448/2016 estabeleceu a possibilidade de se efetuar um cadastramento prévio de algumas câmaras de arbitragem, consoante previsão do seu art. 31, § 5º.

71.Nessa mesma linha, temos o exemplo da previsão do Decreto 46.245/2018 do estado do Rio de Janeiro que também adotou o cadastramento prévio das câmaras arbitrais em seu art. 14. Uma das peculiaridades do cadastramento estipulado no estado do Rio de Janeiro é a necessidade de demonstração de expertise e experiência anterior da câmara arbitral mediante comprovação desta haver administrado ao menos 15 (quinze) arbitragens no ano anterior ao cadastramento, incluindo ao menos uma arbitragem que envolva a Administração Direta ou Indireta e ao menos um procedimento cujo contrato envolva valor superior a R\$ 20 milhões.

72.No âmbito federal, o Decreto 10.025/2019 regulamentou a questão ao prever no seu art. 3º, inciso VI que a arbitragem observará a regra segundo a qual uma câmara arbitral previamente credenciada pela AGU deverá ser escolhida para compor o litígio. Em seu art. 10, o decreto prevê que o credenciamento dependerá do atendimento de requisitos mínimos como estar em funcionamento regular há, no mínimo, três anos (inciso I), ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais (inciso II) e possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa (inciso III). Ou seja, o Decreto regulamentou a questão, dispondo quais são as entidades que estarão aptas a servir de órgão de julgamento arbitral.

73.A adoção da regra de credenciamento das instituições arbitrais interessadas em prestar os serviços é um procedimento que confere transparência, permitindo sua fiscalização e controle pela sociedade e pelos órgãos estatais competentes.

74.Considerando que a Lei da arbitragem e nenhum diploma legal específico fazem vedação ao uso de câmaras arbitrais privadas, a normatização feita pelo Decreto nos termos acima, abrindo a possibilidade de utilização de câmara arbitral desde que cadastrada na AGU, está albergada pelo poder regulamentar de que goza a Presidência da República, consoante a previsão do art. 84, inciso IV da Constituição Federal.

75.O novo Decreto 10.025/2019, portanto, em nada inovou quanto ao tipo de câmara que pode ser utilizada para a arbitragem, apenas exigindo o credenciamento junto à AGU. Isso confere maior segurança e transparência ao processo, uma vez que a advocacia pública pode analisar histórico, especialização, documentação das câmaras, orientando os agentes públicos na implementação do instituto.

76.Como será visto adiante, a escolha das câmaras arbitrais deve fazer parte da vontade das partes, que devem chegar a um acordo (via de regra por meio de convenção arbitral estabelecida no momento da celebração dos contratos) quanto a quais câmaras poderão ser utilizadas. Isso faz parte da natureza da arbitragem.

#### **Agências reguladoras x Câmaras arbitrais privadas**

77.Aduz o representante que as agências reguladoras são aptas a tratar de reequilíbrios contratuais, como nas hipóteses de prorrogação antecipada, o que não é o caso das câmaras arbitrais privadas devido a total ausência de um ambiente legalmente regulado com técnicos detentores de expertise na matéria. Defende, assim, que as arbitragens relativas aos contratos do setor portuário se restrinjam a câmaras públicas na Antaq ou AGU.

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

79. Ocorre que, conforme bem salientado pela Antaq em suas manifestações (peça XX), essa previsão do art. 20, inciso II, alínea b, trata de uma arbitragem administrativo regulatória, que estabeleceu a outorga de delegação normativa aos seus diretores para a implementação prática de diretrizes técnicas adotadas nas áreas de suas competências. Isso não se confunde com a arbitragem propriamente dita (comercial), que é aquela tratada pela Lei 9.307/1996 e pelo Decreto 10.025/2019.

80. A arbitragem referida no art. 20, inciso II, alínea b, da Lei 10.233/2001 se refere a um procedimento administrativo que pode ser aberto no âmbito da agência que culminará em um ato administrativo decisório, sob manto do poder normativo e disciplinador do ente regulador. É um processo administrativo em que a agência decide internamente um conflito entre agentes regulados. Não se confunde assim com a arbitragem institucional. Esse é o entendimento de Guerra (2016), que diz:

Aquilo que a doutrina brasileira classifica como função judicante, arbitragem regulatória ou arbitragem administrativa é, na verdade, um processo administrativo em que a agência decide um conflito entre agentes regulados. (...) A arbitragem regulatória nada mais é do que um ato administrativo. Ela não se confunde com a arbitragem comercial; esta exige prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro.

81. Portanto, hoje no Brasil encontram-se vigentes dois regimes jurídicos que possibilitam procedimentos de resolução de conflitos envolvendo a temática portuária: a arbitragem administrativo regulatória com fundamento no art. 20, inciso II, alínea a, da Lei 10.233/2001 (procedimento administrativo no âmbito da Antaq) e a arbitragem institucional com fundamento na Lei 9.307/1996. Assim, afirmar que a arbitragem no setor portuário deveria se restringir às arbitragens administrativo regulatórias ocorridas no âmbito da Antaq significa negar a vigência da própria Lei 9.307/1996 que autoriza a realização de arbitragens institucionais, inclusive em câmaras privadas.

82. Sobre o uso da arbitragem nos casos de conflito envolvendo reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, cabem algumas observações aos argumentos trazidos na representação (peça 1, p. 5 e 10). Isso porque o processo de renovação antecipada permanece inserido na competência reguladora. Apenas eventuais conflitos decorridos do reequilíbrio realizado é que poderão ser dirimidos na seara arbitral, inclusive com base no que estabelece o art. 2º, parágrafo único, inciso I, do Decreto 10.025/2019.

83. É importante destacar que um dos princípios que rege o processo de arbitragem é o da liberdade de escolha dos árbitros ou do órgão arbitral. A escolha dos árbitros que irão atuar no procedimento depende muito da vontade das partes. Isso se coaduna com o próprio espírito do instituto, de conceder às partes o máximo de liberdade na estipulação das regras procedimentais. A Lei 9.307/1996 recepcionou dito princípio processual. Veja-se:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

84. Conforme destaca Carmona (2009), a participação das partes no processo de escolha dos árbitros, respeitadas as restrições previstas em lei, revela a sua participação na administração da justiça.

85. Em respeito ao postulado em comento, o Decreto 10.025/2019 deixa margem de negociação às partes para a escolha da Câmara ao estabelecer, em seu art. 11, que o processo de escolha deve respeitar a Convenção de arbitragem, dentre as câmaras credenciadas. Assim, as partes devem seguir o que estiver estipulado na cláusula ou no compromisso arbitral, a fim de fornecer o máximo de liberdade às partes, resguardando um mínimo de garantia, em benefício do próprio instituto da arbitragem.

86.A previsão da norma contida no Decreto 10.025/2019, portanto, confere maior segurança jurídica ao ambiente de negócios de infraestrutura no Brasil, por definir critérios para a escolha do órgão arbitral. Negar a faculdade de se escolher câmaras arbitrais privadas, restringindo o uso das arbitragens pela administração pública no setor portuário apenas a câmaras instaladas no âmbito da AGU ou da Antaq, significa cercear o próprio processo natural da arbitragem nesse setor.

87.No caso da decisão entre uso de uma câmara arbitral pública ou privada, com ainda mais razão se afirma que a Administração deve ter a liberdade de poder avaliar tecnicamente qual o método adequado para si própria em determinados litígios. Assim, a opção pela arbitragem e a opção pelo regimento processual mais adequado às características particulares de certo conflito são decisões que se enquadram neste âmbito de análise. Há casos em que a complexidade envolvida seja tão grande que possa ser mais razoável deixar margem de liberdade para se escolher entre uma câmara pública ou uma privada, especializada na questão.

88.A própria AGU, nas informações encaminhadas à peça 14 destes autos, ressalta que o caso de Libra evidenciou, por sua complexidade e especificidades, que a adoção da arbitragem permitiu uma análise aprofundada de questões extremamente controvertidas, por árbitros com alta expertise na matéria, revelando-se uma opção vantajosa e consonante com o interesse público. Segundo o órgão, a forma como se desenvolve a produção de provas nesse tipo de procedimento, especialmente pericial, com a possibilidade de arguição direta dos peritos e de um debate extremamente aprofundado, também é um fator que beneficia a melhor resolução da controvérsia e o adequado esclarecimento ao julgador de questões altamente técnicas e complexas.

89.Assim, entende-se que não procede a alegação de que haveria dano ao interesse público ou à segurança jurídica em virtude de uma análise que seja realizada por uma câmara privada. A especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode ajudar a coibir comportamentos oportunistas praticados por contratados que se beneficiam da assimetria de informações da Administração.

#### **Uso de câmaras privadas, controle público e *accountability***

90.O representante esclarece ainda que há contratos em curso que previram arbitragens sem a participação das agências reguladoras, o que alijaria, em sua visão, o controle público (interno e externo). Entende que é necessária uma nova base legal e normativa que trate da questão.

91.A questão do controle público das arbitragens, em que são parte a administração pública, está em relação direta com o tema da *accountability* e transparência. Isso porque há novos agentes (privados) relacionando-se com o trato da coisa pública.

92.*Accountability* é a responsabilidade sujeita a prestação de contas, e que, no âmbito da responsabilização política, demanda a construção de mecanismos institucionais por meio dos quais os governantes são constrangidos a responder, ininterruptamente, por seus atos ou omissões perante os governados.

93.Para Carlos Alberto de Salles (2017), o problema da ameaça que a arbitragem põe aos mecanismos de *accountability* é respondido processualmente, isto é, com um desenho processual adequado que garanta a responsividade dos agentes envolvidos. De fato, a processualidade é ferramenta mestra na garantia de responsividade dos atos administrativos.

94.Para tanto, viu-se que houve positivação da regra da publicidade nas arbitragens com a administração pública mediante o art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996. A publicidade é um dos pontos de maior choque entre a tradição da arbitragem e o regime jurídico administrativo.

95.No Brasil, ao contrário do que se fez com a mediação (art. 2º da Lei 13.140/2015), o legislador brasileiro não previu o sigilo como princípio da arbitragem. Aqui, não se presume a confidencialidade da arbitragem, mesmo entre particulares, tanto que atos judiciais que discutam relação arbitral só tramitam em segredo de justiça se provada a existência pretérita da cláusula de confidencialidade.

96.Quando envolvido ente público, presume-se a publicidade, seja por se tratar de princípio constitucional (art. 37, *caput* e § 3º, inciso II, da Constituição Federal), seja por se tratar de norma

positivada na própria Lei 9.307/1996 que prevê que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

97. Conforme observado por Gustavo Justino de Oliveira (2010), a confidencialidade está mais relacionada à estruturação do procedimento arbitral pelas partes do que como condição essencial do instituto da arbitragem, de modo que a amplitude dada à publicidade no processo judicial deve ser ponderada quando transposta para a arbitragem.

98. Quanto à profundidade da publicidade do procedimento arbitral que envolve a administração pública, devem ser observadas as regras dispostas no art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996, que devem ser divulgadas a existência de arbitragem com a Administração Pública, identificando-se as partes e o objeto, bem como os principais atos da arbitragem, notadamente a convenção arbitral, o termo arbitral e a íntegra da sentença arbitral, em que já constará o relatório do desenrolar da arbitragem (art. 26, inciso I, da Lei 9.307/1996). Adicione-se, ainda, a divulgação das despesas que o erário teve com a arbitragem — aí incluídos honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais.

99. A *accountability* também pode ser tratada do ponto de vista horizontal, onde se destaca a participação do Ministério Público e Tribunal de Contas, que pode ter contato com esta matéria por ocasião da análise dos editais de licitação e dos contratos administrativos, seja de novas licitações ou nos casos das prorrogações de contratos já vigentes que eventualmente incluam convenção de arbitragem dentre as cláusulas a serem pactuadas.

100. Na fase pós-arbitral, finalmente, é possível também vislumbrar a figura do Tribunal de Contas no acompanhamento do cumprimento da sentença arbitral, verificando, por exemplo, se a sentença favorável ou não à Administração foi fundamentada em padrões mínimos de razoabilidade e se o cumprimento da sentença condenatória de obrigação de fazer ocorre de modo compatível com as disponibilidades e limites orçamentários.

101. Considerando, portanto, que há respeito à *accountability* em função da regra de publicidade geral, bem como pela possibilidade de *accountability* horizontal que possibilita o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União e demais órgãos de controle nas devidas fases de licitação, contratação e alteração contratual, não há que se falar em alijamento do controle público no processo arbitral.

#### **Eventual existência de sentenças arbitrais descoladas da realidade e sem lastro legal afetam a credibilidade do mercado**

102. Alega o representante que sentenças arbitrais descoladas da realidade e sem lastro legal afetam a credibilidade do mercado. Todavia, não foram trazidos elementos que demonstrem o descolamento ou ausência de lastro legal em nenhuma arbitragem no setor portuário.

103. A AGU, inclusive, trouxe informações de que no caso da arbitragem de Libra evidenciou-se, por sua complexidade e especificidades, que a adoção da arbitragem permitiu uma análise aprofundada de questões extremamente controversas, por árbitros com alta expertise na matéria, revelando-se uma opção vantajosa e consonante com o interesse público.

104. Destaca a AGU que a possibilidade de arguição direta dos peritos conduz a um debate aprofundado, que é um fator que beneficia a melhor resolução da controvérsia e o adequado esclarecimento ao julgador de questões técnicas e complexas. Ainda no caso de Libra, a AGU expõe que a disponibilidade do árbitro na análise do caso, comparado ao juiz que possui um número infinitamente maior de casos sob sua responsabilidade, também se mostrou um fator preponderante para a qualidade das decisões.

#### **Eventual omissão do Decreto 10.025/2019 quanto a regime de transição para processos de arbitragem em trâmite**

105. O representante questiona a falta de previsão de um regime de transição para os contratos firmados anteriormente à entrada em vigor do Decreto 10.025/2019. Aduz que o art. 16 e Parágrafo Único do referido decreto, que preveem, como regra, a não aplicação das novas normas sobre arbitragem aos procedimentos que tenham sido objeto de convenção de arbitragem firmada

anteriormente à data de entrada em vigor do decreto e, excepcionalmente, sua aplicação em caso de acordo entre as partes infringem os arts. 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

106. Nesse ponto, convém destacar a previsão contida na LINDB:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

107. O art. 23 da LINDB trata dos casos nos quais decisão, seja de órgão da administração, do controle ou judicial, dá nova interpretação ou orientação sobre norma de “conteúdo indeterminado”. A norma da LINDB busca dar maior segurança jurídica àqueles que foram afetados por ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa embasados em interpretação ou orientação que era adotada por tais órgãos de controle. Demanda, assim, que a alteração hermenêutica considere um regime de transição, de modo a evitar desproporcional prejuízo a tais sujeitos.

108. Trata-se de dispositivo que, em atenção ao princípio da juridicidade (ou legalidade em sentido amplo), permite que situações anteriormente aceitas pelos órgãos de controle, e que passaram a ser reputadas como antijurídicas pelos mesmos, sejam regularizadas através de regime de transição que permita ao administrado ter as condições e o tempo necessários para adequar-se à nova interpretação ou orientação.

109. Esse não é o caso do novo Decreto 10.025/2019, uma vez que não se trata de nova interpretação feita por órgão de controle, administrativo ou judicial, e o conceito de arbitragem em câmaras privadas não configura um conteúdo indeterminado.

110. É preciso atentar para o fato de que anteriormente à entrada em vigor do novo Decreto 10.025/2019 o uso de câmaras privadas de arbitragem não estava vedado pelo ordenamento jurídico. O que ocorre é que nem a Lei 9.307/1996 nem a Lei 8.987/1995 tampouco a Lei 12.815/2013 e nem o Decreto da arbitragem no setor portuário (Decreto 8.465/2015) exigiam o credenciamento prévio da câmara arbitral junto à AGU. Todavia, não se limitava o uso da arbitragem a uma câmara pública. Apenas não se fazia a distinção.

111. Na verdade, conforme será visto adiante, a escolha da câmara arbitral deve respeitar a vontade das partes, devendo a escolha ser orientada pela convenção de arbitragem.

112. Com efeito, o art. 3º, inciso VI, do Decreto 10.025/2019 prevê que a arbitragem possa ser realizada em câmara arbitral previamente credenciada pela AGU. O art. 10 do decreto prevê os requisitos a serem cumpridos para o credenciamento da Câmara junto à AGU. Assim, o conceito de câmara privada não é um conteúdo indeterminado.

113. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, veda a retroatividade da lei para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ora, permitir a irretroatividade da lei, mas a retroatividade de interpretação da lei, seria um contrassenso e iria de encontro ao desiderato constitucional de proteção da segurança jurídica.

114. Assim, ainda que um contrato de arrendamento ou de concessão portuária firmado anteriormente à edição do novo Decreto 10.025/2019 não contivesse a cláusula compromissória

autorizando o uso da arbitragem ou dita cláusula não mencionasse expressamente as regras do novo decreto, ainda assim não há que se falar em irretroatividade da nova norma. Isso porque, como visto acima, o Decreto, em seu art. 16, determina que sua aplicação deva respeitar sempre a vontade das partes em comum acordo.

115. Por sua vez, o parágrafo único do art. 24 da LINDB conceitua “orientações gerais da época”, que abrangem interpretações contidas: (i) em atos públicos de caráter geral, como súmulas, enunciados administrativos e posicionamentos administrativos de órgãos de controle; (ii) em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária; e, ainda, (iii) em práticas reiteradas e de amplo conhecimento público por parte da Administração Pública.

116. Não se verifica como ditos dispositivos se aplicam ao caso de se poder levar a arbitragem para Câmaras Privadas, uma vez que não se trata de um ato de órgão de controle nem de jurisprudência administrativa ou judicial ou tampouco de um costume da administração pública. Trata-se sim de uma regulamentação normativa para uma previsão já contida em lei.

117. Acrescente-se que a nova redação da LINDB é favorável à edição de regulamentos, conforme se observa da leitura do seu art. 30. Veja-se:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

118. Por isso, verifica-se que as previsões do Decreto 10.025/2019 apenas regulamentaram a possibilidade de uso da arbitragem, conferindo ainda mais segurança jurídica ao uso do instituto, em linha com as exigências da LINDB.

#### **Fixação de regime jurídico**

119. Por fim, o representante requereu ao TCU que fixe o regime jurídico aplicável adequado para a solução das ilegalidades comentadas, dispondo inclusive quais as entidades competentes para o seu arbitramento.

120. Como visto acima, não houve nenhuma ilegalidade verificada em relação ao uso de câmaras arbitrais privadas, não tendo sido sequer trazido à tona elementos concretos e materiais que suportem a impossibilidade de previsão da inclusão de tais entidades no rol de câmaras credenciáveis no âmbito da AGU.

121. A Constituição Federal confere respaldo jurídico constitucional ao uso das câmaras privadas de arbitragem, assegurando o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões. A resolução de controvérsias de modo adequado e célere, de modo a assegurar o acesso à Justiça, a duração razoável do processo e o respeito pleno ao devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal) atendem, assim, aos primados de economicidade e eficiência administrativa (art. 37, da Constituição Federal), em um contexto de crescente modernização e reforma do Estado e mudanças de paradigmas no Direito Administrativo.

122. Ainda no contexto das normas que conferem amparo ao uso da arbitragem, foi visto que a imparcialidade e o livre convencimento dos árbitros são garantidos pelo art. 21, § 2º da Lei 9.307/1996, sem os quais uma sentença arbitral pode vir a ser anulada *a posteriori* pelo Poder Judiciário. No âmbito dos contratos de concessão, a Lei 8.987/1995, em seu art. 23-A, autoriza o uso da arbitragem sem que se faça qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral, não importando ao legislador se a mesma deva ser uma instituição pública ou privada.

123. Especificamente no âmbito do setor portuário, a Lei 12.815/2013 já havia previsto a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq. Já o art. 35, inciso XI, da Lei 10.233/2001, estabelece como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da Antaq a previsão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem”. Desse modo,

verifica-se que nem a Lei da Antaq e nem a Lei dos Portos limitam a utilização de câmaras privadas em arbitragens envolvendo assuntos sob a competência da agência.

124. A Lei 13.448/2016 estabeleceu a possibilidade de se efetuar um cadastramento prévio de algumas câmaras de arbitragem, consoante previsão do seu art. 31, § 5º. O Decreto 10.025/2019 regulamentou a questão ao prever no seu art. 3º, inciso VI que a arbitragem observará a regra segundo a qual uma câmara arbitral previamente credenciada pela AGU deverá ser escolhida para compor o litígio. Em seu art. 10, o decreto prevê que o credenciamento dependerá do atendimento de requisitos mínimos como estar em funcionamento regular há, no mínimo, três anos (inciso I), ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais (inciso II) e possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa (inciso III).

125. Assim sendo, o regime jurídico para o uso da arbitragem no setor portuário já está fixado pelas normas legais e infralegais acima mencionadas, não cabendo ao TCU intervir, seja nos casos de contratos novos, que já nasceram com convenções de arbitragem previstas, permitindo o uso das câmaras arbitrais nos limites da legislação vigente, ou mesmo nos casos de contratos antigos, que poderão ser aditivados para inclusão de cláusulas que permitam o uso de arbitragem para resolução de conflitos nos limites da lei.

126. Por todo o exposto, será proposto, **no mérito, considerar improcedente a presente Representação.**

### CONCLUSÃO

127. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º da Resolução TCU 259/2014.

128. A presente instrução analisou o mérito da representação endereçada por parte do Deputado Federal Eli Corrêa Filho, acerca da legalidade e legitimidade das cláusulas de contratos administrativos que disponham sobre a possibilidade de arbitragens em câmaras privadas, quando relativas a temas cuja competência de exame pertence às Agências Reguladoras, especialmente quando atinentes ao setor portuário, após a oitiva dos principais órgãos públicos responsáveis pelo setor portuário, o Ministério da Infraestrutura, a Antaq e também da AGU.

129. Foi demonstrado que a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura no Brasil, bem como que as normas insculpidas pelo Decreto 10.025/2019, inclusive as que dispõem acerca da utilização de câmaras arbitrais através de prévio cadastramento junto à AGU, apenas regulamentam as disposições legais veiculadas pela (i) Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem); (ii) Lei 8.987/1995, que autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão; e (iii) Lei 12.815/2013, que permite o uso da arbitragem na solução de conflitos no setor portuário.

130. Verificou-se que a Lei 9.307/1996 admite que a administração pública indireta, conceito no qual se inclui uma agência reguladora, solucione questões relacionadas nos contratos por ela celebrados para a arbitragem, cujo procedimento deve respeitar os ditames legais vigentes no país, iniciando-se pela Constituição Federal, que oferta uma ampla gama de garantias como o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões que conferem validade e legitimidade a uma decisão arbitral proferida por uma câmara privada.

131. Some-se a isso o fato de que o legislador constitucional preconiza a resolução de controvérsias de modo adequado e célere, de modo a assegurar o acesso à Justiça, a duração razoável do processo e o respeito pleno ao devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal) e ainda os primados de economicidade e eficiência administrativa (art. 37, da Constituição Federal), em um contexto de crescente modernização e reforma do Estado e mudanças de paradigmas no Direito Administrativo.

132. Também a Lei 8.987/1995 autoriza o uso da arbitragem sem que se faça qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral, não importando ao legislador se a mesma deva ser uma



instituição pública ou privada. Especificamente no âmbito do setor portuário, a Lei 12.815/2013 já havia previsto a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq. Já o art. 35, inciso XI, da Lei 10.233/2001, estabelece como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da Antaq, a previsão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem”. Nem a Lei da Antaq e nem a Lei dos Portos limitam a utilização de câmaras privadas em arbitragens envolvendo assuntos sob a competência da agência.

133. Hoje no Brasil encontram-se vigentes dois regimes jurídicos que possibilitam procedimentos de resolução de conflitos envolvendo a temática portuária: a arbitragem administrativo- regulatória com fundamento no art. 20, inciso II, alínea a, da Lei 10.233/2001 (procedimento administrativo no âmbito da Antaq) e a arbitragem institucional com fundamento na Lei 9.307/1996. Assim, afirmar que a arbitragem no setor portuário deveria se restringir às arbitragens administrativo regulatórias ocorridas no âmbito da Antaq significa negar a vigência da própria Lei 9.307/1996 e da Lei 12.815/2013, que autorizam a realização de arbitragens institucionais, inclusive em câmaras privadas.

134. É importante destacar que um dos princípios que rege o processo de arbitragem é o da liberdade de escolha dos árbitros ou do órgão arbitral. A escolha dos árbitros que irão atuar no procedimento está condicionada ao entendimento entre as partes. Isso se coaduna com o próprio espírito do instituto, de conceder às partes o máximo de liberdade na estipulação das regras procedimentais.

135. Cabe destacar que o novo Decreto 10.025/2019 não inovou quanto ao tipo de câmara que pode ser utilizada para a arbitragem, apenas exigindo o credenciamento junto à AGU, o que confere maior segurança e transparência ao processo, uma vez que a advocacia pública pode analisar histórico, especialização, documentação das câmaras, orientando os agentes públicos na implementação do instituto. A escolha das câmaras arbitrais deve fazer parte da vontade das partes, que devem chegar a um acordo quanto a quais câmaras poderão ser utilizadas, o que é inerente à natureza da arbitragem.

136. Ao final, demonstrou-se que o regime jurídico para o uso da arbitragem no setor portuário já está fixado pelas normas legais e infralegais acima mencionadas, não cabendo ao TCU intervir, seja nos casos de contratos novos, que já nasceram com convenções de arbitragem previstas, permitindo o uso das câmaras arbitrais nos limites da legislação vigente, ou mesmo nos casos de contratos antigos, que poderão ser aditivados para inclusão de cláusulas que permitam o uso de arbitragem para resolução de conflitos nos limites da lei.

137. Assim, diante dos fatos apurados, concluiu-se pela improcedência da presente representação, razão pela qual se propõe o seu arquivamento.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

138. Diante do exposto, propõe-se submeter os autos à consideração superior, a fim de:

- a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la improcedente;
- b) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido ao representante, à Antaq e ao Ministério da Infraestrutura, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico [www.tcu.gov.br/acordaos](http://www.tcu.gov.br/acordaos) e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem qualquer custo; e
- c) arquivar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal.

É o relatório.



## VOTO

Em exame, representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho acerca de possíveis irregularidades na utilização da arbitragem em câmaras privadas no setor portuário.

2. Para o representante, sentenças proferidas em tais câmaras podem estar em desconformidade com a realidade portuária, por não ser considerada a diversidade de situações existente no setor, ante a ausência, no processo, do Ministério da Infraestrutura (MInfra), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e/ou da Empresa de Planejamento e Logística (EPL). Isso, segundo entende, geraria insegurança jurídica tanto na contratação quanto na revisão dos contratos de arrendamento vigentes, com prejuízos para a execução tempestiva de investimentos.

3. Desta forma, requereu a suspensão imediata: (a) de cláusulas contratuais que disponham sobre arbitragens em câmaras privadas, especialmente aquelas inseridas em temas que orbitam na competência da Antaq; (b) dos processos de arbitragem atualmente em curso em que a União participe; e (c) da eficácia de eventuais sentenças arbitrais já efetivadas. Solicita, por fim, que este Tribunal fixe o regime jurídico adequado para a questão, inclusive quanto às entidades competentes para o arbitramento.

4. A SecexPortoFerrovia propôs que a presente representação seja conhecida, tendo em vista que, além da legitimidade do representante, da inserção da matéria na competência deste Tribunal e do acompanhamento de suficientes indícios concernentes à ilegalidade, está presente a motivação legal para o exame de eventuais danos ao interesse público decorrentes de cláusulas de arbitragem em contratos de infraestrutura, cujas decisões arbitrais, especificamente no setor portuário, podem se referir a bilhões de reais, a depender da questão envolvida.

5. Quanto à cautelar pleiteada, a referida unidade técnica, apesar de posicionar-se pela presença da fumaça do bom direito, considerando a relevância da arbitragem para a execução das políticas públicas de transporte, entendeu não restar comprovado o perigo da demora, de modo que propôs o indeferimento do pedido e a realização de diligência aos principais órgãos públicos responsáveis pelo setor portuário (Ministério da Infraestrutura e Antaq) com vistas à obtenção de informações importantes para sanear a matéria.

6. Após o recebimento das informações requeridas e análise das questões pertinentes à matéria, a SecexPortoFerrovia, no tocante ao mérito, sugeriu a improcedência da representação, pelas razões contidas na instrução à peça 23, transcrita no relatório que antecede este voto, das quais destaco a seguir as que considero de maior relevo.

## II

7. Preliminarmente, a presente representação deve ser conhecida, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos. Quanto ao mérito, incluindo o posicionamento quanto à cautelar pleiteada, acolho o desfecho proposto pela unidade técnica e adoto os fundamentos de sua análise como minhas razões de decidir.

8. Registro que, apesar de a proposta de encaminhamento da unidade técnica permitir a apreciação deste processo por relação, considerarei importante trazê-lo a este Colegiado, de forma unitária, pela relevância da matéria.

9. Como bem definiu a unidade técnica, a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura. O instituto é apto a enfrentar o problema da excessiva judicialização dos contratos de concessão, sendo um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, no qual as partes, por meio de um árbitro por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstendo-se de submeter o assunto ao Poder Judiciário.

10. Releva frisar que a arbitragem de que ora se ocupa não se confunde com a arbitragem regulatória, desempenhada por algumas agências reguladoras para compor conflitos administrativos envolvendo o mercado regulado, que se consubstancia em um procedimento materializado, ao final, por ato administrativo decisório, que sempre poderá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário. No setor portuário, o art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001 c/c o art. 3º, incisos III, IV e VIII do Decreto 8.033/2013 e o art. 2º, inciso II, alínea “c”, do Decreto 4.122/2002 estabelecem a competência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) para arbitrar os conflitos de interesses entre os agentes que nele atuam (arbitragem administrativo-regulatória).

11. Assim, a discussão aqui posta ocorre no âmbito da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996, reformada pela Lei 13.129/2015) e do Decreto 10.025/2019.

12. De modo sucinto, a Lei 9.307/1996 confere ao Ministério da Infraestrutura (poder concedente) a competência para autorizar a arbitragem. A Lei 8.987/1995 autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão. A Lei 10.233/2001, alterada pela Lei 12.815/2013, atribui à Antaq a competência para firmar cláusulas em contratos de concessão que disponham sobre regras de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a arbitragem. E o Decreto 10.025/2019 regulamentou o credenciamento de câmaras arbitrais para dirimir controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores tratados pela Lei 13.448/2017, que inclui o setor portuário.

### III

13. A SecexPortoFerrovia entendeu que não cabe ao TCU fixar regime jurídico para a utilização da arbitragem, mesmo em câmaras privadas, como solicitou o representante, por já existir todo um aparato legal que confere possibilidade jurídica para sua utilização como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos e, especificamente, nos contratos de concessão ou de arrendamentos portuários.

14. Nessa seara, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), dispõe que devem constar dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, obrigatoriamente, as “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (art. 35, inciso XI). Tal norma prevê a possibilidade de uso da arbitragem sem distinção entre câmaras públicas ou privadas.

15. Também a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, autoriza o uso da arbitragem sem fazer qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral. A norma apenas exige que a arbitragem ocorra no Brasil, em língua portuguesa e siga os trâmites instrumentais previstos na Lei 9.307/1996. Da mesma forma, a Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos) prevê a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

16. Como se depreende, nem a Lei da Antaq nem a Lei dos Portos limitaram a utilização de câmaras privadas em arbitragens. Também não o fizeram os decretos que tratam da matéria (Decreto 8.465/2015 e seu sucessor, Decreto 10.025/2019). Tais normativos apenas dispuseram sobre as condições de aptidão para as entidades que podem servir de órgão de julgamento arbitral.

17. O Decreto 8.465/2015 dispunha que a instituição arbitral escolhida deveria ter sede no Brasil, estar regularmente constituída há pelo menos três anos, estar em regular funcionamento como instituição arbitral e ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

18. Por sua vez, o Decreto 10.025/2019 em nada inovou quanto ao tipo de câmara que pode ser utilizada para a arbitragem, apenas exigiu o seu credenciamento junto à AGU. Em seu art. 10, esse último decreto prevê que o credenciamento dependerá do atendimento de requisitos mínimos, como estar em funcionamento regular há, no mínimo, três anos (inciso I), ter reconhecidas idoneidade,

competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais (inciso II) e possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa (inciso III).

19. Ressaltou a unidade técnica que, considerando que nem a Lei da Arbitragem nem outro diploma legal específico fazem vedação ao uso de câmaras arbitrais privadas, a normatização feita pelo Decreto 10.025/2019, abrindo a possibilidade de utilização de câmara arbitral desde que cadastrada na AGU, está albergada pelo poder regulamentar de que goza a Presidência da República, consoante a previsão do art. 84, inciso IV da Constituição Federal.

20. Ademais, é da natureza do processo de arbitragem que a escolha dos árbitros ou das câmaras arbitrais seja feita por vontade acordada das partes. Isso porque um dos princípios que rege o aludido processo é o de concessão às partes do máximo de liberdade na estipulação das regras procedimentais. Como dispôs o § 3º do art. 13 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996): “As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada”.

21. Nesse contexto, pertinente a ponderação feita pela SeinfraPortoFerrovia no sentido de que a Administração deve ter a liberdade de poder avaliar tecnicamente qual o método adequado para determinados litígios, pois há casos em que a complexidade envolvida é tão grande que é razoável deixar margem de liberdade para se escolher entre uma câmara pública ou uma privada, especializada na questão.

22. Ressalto que a seleção indistinta de umas das câmaras credenciadas, públicas ou privadas, sempre por acordo entre as partes envolvidas, atende ao princípio da consensualidade e da imparcialidade, próprios do instituto da arbitragem.

23. Como asseverou Flávio Amaral Garcia, procurador do estado do Rio de Janeiro e professor da Fundação Getúlio Vargas<sup>1</sup>, na escolha da câmara arbitral, há que se “levar em consideração, dentre outros fatores, a tradição e respeitabilidade da Câmara Arbitral, a sua especialização, a lista dos árbitros disponíveis, a qualidade do seu regulamento, os custos do processo, a localização da sede e outros critérios ou parâmetros que venham a ser fixados nos respectivos atos normativos”. Arremata o autor que a escolha seria fundamentalmente consensual: “Consensualidade pressupõe discricionariedade. Discricionariedade pressupõe razoabilidade, transparência e motivação. Não devemos temer estas ideias, mas conformá-las com equilíbrio e moderação”.

24. Ademais, como bem colocou Danilo Ribeiro Miranda Martins, procurador federal da AGU/árbitro e mediador extrajudicial, e Ronaldo Guimarães Gallo, advogado público federal e membro efetivo da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/SP, em artigo publicado no site [jota.info](http://jota.info)<sup>2</sup>, “os principais responsáveis pelo desenvolvimento da arbitragem são os próprios árbitros escolhidos pelas partes, e não a Câmara”. Prosseguem asseverando que as atividades desenvolvidas por essas possuem caráter bastante assemelhado a de uma secretaria (protocolo, guarda de documentos e auxílio operacional) e que “não são significativas as diferenças na administração de procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública com relação aos demais”. Assim, é fundamental que seja averiguada a “composição da lista referencial de árbitros credenciados junto às câmaras, de onde provavelmente sairão os árbitros responsáveis pela condução do procedimento e elaboração da sentença arbitral, que realmente devem deter conhecimento especializado”.

25. Desta forma, obviamente sem desprezar os demais atributos elencados por Garcia, a lista referencial de árbitros é o mais importante critério para se avaliar a competência da câmara na

<sup>1</sup> (<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>) – acesso em 23/11/2020

<sup>2</sup> <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/analise-das-regras-de-credenciamento-de-camaras-arbitrais-perante-a-administracao-02092019> - acesso em 23/11/2020

condução de procedimentos arbitrais, independentemente de serem públicas ou privadas.

26. Conforme asseverado pela unidade técnica, não procede a alegação do representante de que a resolução arbitral em câmara privada poderia resultar em dano ao interesse público ou à segurança jurídica. Para o órgão instrutivo, ao contrário dessa tese, a especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode ajudar a coibir comportamentos oportunistas praticados por contratados que se beneficiam da assimetria de informações da Administração.

27. Também frisou que tanto na arbitragem pública quanto na privada aplicam-se plenamente todos os consectários da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), como a ampla defesa e o contraditório processual, a igualdade das partes, a motivação e fundamentação de todas as decisões, a imparcialidade e o livre convencimento dos árbitros (art. 21, § 2º da Lei 9.307/1996), sem os quais uma sentença arbitral pode vir a ser anulada *a posteriori* pelo Poder Judiciário. Assim, em ambos, fica garantida a juridicidade de suas decisões, preservando-se o interesse público e a segurança jurídica.

28. Aspecto importante a realçar é que, quando está envolvido ente público, por princípio constitucional e por estar positivado na Lei de Arbitragem, o processo arbitral, como regra geral, sempre deverá respeitar o princípio da publicidade, com respeito à transparência. Nessa seara, o sigilo não foi previsto como princípio da arbitragem, em contraposição à tradição do instituto.

29. Desse modo, deve ser divulgada a existência de arbitragem com a Administração Pública, com a identificação das partes, do objeto, dos principais atos (convenção arbitral, termo arbitral, a íntegra da sentença arbitral e o relatório do desenrolar da arbitragem) e das despesas que o erário teve com o processo (honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais).

30. Tal singular característica, aliada à participação de equipes especializadas nas questões tratadas nas câmaras arbitrais (sejam públicas ou privadas), à participação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, proporcionam garantia à *accountability* e afastam a alegação do representante de alijamento do controle público no processo arbitral.

## V

31. Como discutido, o instituto da arbitragem tem por princípio a concessão às partes do máximo de liberdade na estipulação das regras procedimentais, o que torna a escolha de uma das câmaras credenciadas junto à AGU, qualquer que seja sua natureza, uma decisão conjunta das partes, com o atendimento do princípio da consensualidade e da imparcialidade, próprios da natureza do instituto.

32. Ponto a reforçar é o fato de que a especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode compensar a assimetria de informações existente entre as partes. Ademais, para quaisquer câmaras arbitrais envolvidas, os consectários da garantia constitucional do devido processo legal estão garantidos, sendo, inclusive, sua transgressão, a única hipótese de ser, a decisão dali decorrente, anulada *a posteriori* pelo Poder Judiciário. E, por fim, não há obstáculos à garantia ao controle público, uma vez obrigatória a publicação de todos os fatos atinentes a eventuais arbitragens com envolvimento de ente público, independente da natureza da câmara utilizada, o que vem ao encontro ao princípio da publicidade.

33. Neste contexto, considerando a inexistência de ilegalidade em relação ao uso de câmaras arbitrais privadas, e também considerando que não se sobressaíram elementos concretos e materiais que suportem a impossibilidade de previsão da inclusão de tais entidades no rol de câmaras credenciáveis no âmbito da AGU, mostra-se pertinente a proposta da unidade técnica no sentido da improcedência desta representação.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de acórdão que ora trago ao exame



deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de novembro de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 3160/2020 – TCU – Plenário

1. Processo TC 000.723/2020-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessado: Deputado Federal Eli Corrêa Filho.
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: não há.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho acerca de possíveis irregularidades na utilização da arbitragem em câmaras privadas no setor portuário;

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

9.1. conhecer, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, a representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho, para indeferir a medida cautelar pleiteada e, no mérito, considerá-la improcedente; e

9.2. encaminhar cópia desta deliberação ao representante, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e ao Ministério da Infraestrutura.

## 10. Ata nº 45/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 25/11/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3160-45/20-P.

## 13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
JOSÉ MUCIO MONTEIRO  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
VITAL DO RÊGO  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Procuradora-Geral