

## O PROTAGONISMO DA ANTAQ NAS ARBITRAGENS SOBRE A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Natália Hallit Moyses

Procuradora-Chefe na Antaq e pós-graduada em Direito Processual Civil e Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito

Os contratos de arrendamento portuário, como contratos de longo prazo, são naturalmente incompletos. A impossibilidade de regular todos os aspectos da relação contratual, os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução”<sup>1</sup>.

A adoção do instituto da arbitragem se revela, segundo abalizada doutrina, como um mecanismo adequado para solução de litígios que possam surgir ou que já surgiram, ao longo da execução contratual, em razão da existência de assimetrias de informação que podem ser mais bem tratadas no ambiente arbitral em que a expertise dos árbitros é um importante instrumento para preencher as lacunas contratuais.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, este artigo percorrerá a evolução normativa da arbitragem no setor portuário, pontuando as suas características e analisando o papel da Antaq nas arbitragens sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário, a partir da Portaria nº. 530/2019-Minfra.

A arbitragem no setor de transportes veio acompanhada de intensa atividade normativa para disciplinar seu uso. No setor portuário, o art. 35, XI da Lei nº. 10.233, de 2001 já estabelecia como cláusula essencial dos 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”.

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 também foi prevista na Lei nº. 12.815, de 5 de junho de 2013 (art. 62, § 1º).

O Decreto nº. 8.465, editado em 8 de junho de 2015, visava regulamentar o art. 62, § 1º da Lei nº. 12.815, dispondo sobre as normas para a utilização da arbitragem no setor e as hipóteses que permitiam seu uso 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.

---

<sup>1</sup> GARCIA, F. A. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências*. In: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

Interessante notar que o Decreto nº. 8.465, de 2015 excluiu a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da abrangência das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão, arrendamento e autorização (art. 6º, § 2º, II). Apesar disso, era possível firmar um compromisso arbitral para submeter, pontual e casuisticamente, questões dessa natureza à via arbitral<sup>2</sup>.

O citado Decreto previa, ainda, que no caso de celebração de compromissos arbitrais, a administração pública deveria “avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa” (art. 9º, § 1º), trazendo alguns balizamentos para a avaliação do gestor público, que não foram replicados no Decreto nº. 10.025, de 2019.

No ano de 2016, com a edição da Medida Provisória nº 752, convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, foi reforçada a adoção da arbitragem nos contratos de concessões, além da definição legal do que poderia ser compreendido como direito patrimonial disponível.

De acordo com o inciso I, § 4º, do art. 31 da referida Lei, as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão, e ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes são consideradas direitos disponíveis.

Posteriormente à edição da citada Lei, foi publicado o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que disciplinou a arbitragem para todos os setores de infraestrutura de transportes, visando uniformizar o instituto, conferir segurança jurídica e transparência na atuação do gestor público e dos membros da Advocacia-Geral da União.

O regulamento abriga importantes contornos procedimentais, a exemplo das regras gerais do procedimento arbitral, de especificidades da convenção de arbitragem no setor, dos prazos do procedimento arbitral, dos custos da arbitragem e a necessidade de serem antecipados pelo concessionário, do credenciamento e escolha da câmara arbitral, da escolha dos árbitros e do precatório como forma de pagamento de obrigações pecuniárias, sem prejuízo de outras alternativas de cumprimento, caso haja acordo entre as partes.

O Tribunal de Contas da União (TCU) igualmente enfrentou a utilização do instituto da arbitragem pela administração pública, evoluindo vagarosamente de uma posição totalmente contrária, em 1995<sup>3</sup>, para admissão da utilização nos contratos de PPPs a partir de 2007<sup>4</sup>, e, de forma mais ampla, a partir de 2012<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> SCHMIDT, G. da R. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

<sup>3</sup> Decisão nº 188/95.

<sup>4</sup> Acórdão nº 1.330/2007

<sup>5</sup> Acórdão nº AC-157-3/12-P, que analisou a concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília; e Acórdão nº 2.145/2013, referente à Petrobrás.

Merece destaque o Acórdão nº. 3.160/2020-Plenário (TC 000.723/2020-7), no qual o TCU julgou improcedente representação formulada pelo Deputado Federal Eli Corrêa Filho<sup>6</sup>.

No julgamento restou assentado 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, desde que credenciada junto à Advocacia-Geral da União, especializada na questão”<sup>7</sup>.

O Ministro Relator consignou, ainda, 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, 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”<sup>8</sup>.

A previsão legal da arbitragem no setor portuário afastou qualquer dúvida quanto à possibilidade de sua utilização. A seguir, serão analisadas as características da arbitragem e o tratamento da matéria no setor portuário.

A delimitação da atuação do juízo arbitral, designada de arbitrabilidade, é entendida como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem, em razão das características subjetivas e objetivas da disputa. Por um lado, a arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão sobre “quem” pode se submeter à arbitragem enquanto, por outro lado, a arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre “o que” pode ser submetido ao processo arbitral<sup>9</sup>.

A submissão à arbitragem, por ter natureza consensual, é materializada por uma convenção, sendo possível a previsão de uma cláusula compromissória nos contratos, que é celebrada em abstrato, sem que as partes conheçam as características de eventual litígio.

No setor portuário, a cláusula compromissória foi inserida nas minutas de contratos de arrendamento portuário no ano de 2020, impondo às partes a obrigação de resolver por meio de arbitragem as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato, inclusive as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro<sup>10</sup>. Trata-se de previsão bastante recente nos contratos, motivo pelo qual sua utilização ainda não foi invocada.

---

<sup>6</sup> A representação versava sobre a “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”.

<sup>7</sup> Vide Acórdão nº. 3.160/2020-TCU-Plenário.

<sup>8</sup> Vide Acórdão nº. 3.160/2020-TCU-Plenário.

<sup>9</sup> FICHTNER, J.A; MANNHEIMER, S.N; MONTEIRO, A.L. Op. cit.

<sup>10</sup> Vide subcláusula 27.3.2 das minutas de contratos de arrendamento. Disponível em:

<https://web3.antaq.gov.br/sistemas/leilaointernetv2/PaginaPrincipal.aspx>. Acesso em 21/03/2022.

Na ausência de cláusula compromissória, as partes podem celebrar um compromisso arbitral, por meio do qual submetem um litígio existente à arbitragem.

O único compromisso arbitral firmado no setor portuário foi o do Grupo Libra em face da Codesp (atual SPA), no ano de 2017, ainda sob a égide do Decreto nº. 8.465, de 2015. A controvérsia versava sobre o reconhecimento de fatos que ensejariam reequilíbrio contratual em favor da então arrendatária e supostos descumprimentos contratuais por parte da Codesp.

A Antaq não integrou o procedimento, limitando-se a auxiliar a União/poder concedente, que participou da arbitragem em conjunto com a Administração Portuária.

A matéria foi retomada no ano de 2021, quando a arrendatária Ecoporto Santos S/A (Ecoporto) solicitou ao Ministério da Infraestrutura a celebração de compromisso arbitral para solucionar controvérsias relativas ao reequilíbrio econômico-financeiro do seu contrato de arrendamento no Porto Organizado de Santos.

Instada a se manifestar sobre eventual interesse em firmar o compromisso arbitral, a Antaq, como órgão técnico, regulatório e deliberativo, questionava se sua competência não teria se exaurido ao proferir a decisão administrativa definitiva sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Solicitou, portanto, a manifestação da Procuradoria Federal junto à Antaq (Procuradoria) sobre os contornos da análise a ser empreendida, nos termos do art. 6º, § 1º do Decreto nº. 10.025, de 2019, considerando o disposto na Portaria nº. 530/2019-Minfra.

A Procuradoria analisou a arbitrabilidade subjetiva do caso concreto sob o prisma da repartição de competências. É que no setor portuário, diferentemente dos demais setores de transporte, a própria União exerce as funções principais de poder concedente, sendo que as atribuições de regulação e de fiscalização dos contratos competem à Antaq (art. 16 da Lei nº 12.815, de 2013, e art. 27 da Lei nº 10.233, de 2001). Até o advento da Portaria nº. 530/2019-Minfra, entendia-se que caberia ao poder concedente decidir se determinado evento justificava ou não o reequilíbrio, competindo à Antaq apenas calcular o montante do desequilíbrio.

No entanto, partindo de uma releitura do papel fiscalizatório da agência, o art. 86 da Portaria nº. 530/2019-Minfra, estabeleceu que compete à Antaq decidir fundamentadamente sobre a pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento portuário apresentada por qualquer das partes e definir o montante do desequilíbrio contratual. Em outros termos, a função de fiscalizar o contrato, exercida pela agência, deve se aplicar para ambas as partes<sup>11</sup>.

Quando devido, o reequilíbrio é uma obrigação do poder concedente. Então, em seu papel fiscalizador, cabe à Antaq atuar para que essa obrigação seja cumprida, o que passa por decidir se o arrendatário ou o poder concedente têm ou não direito a reequilíbrio e, em caso afirmativo, calcular o respectivo montante.

---

<sup>11</sup> FERNANDES, F. N; MOYSES, N. H; ÁVILA, N. R.A. *As concessões federais de infraestrutura portuária. Análise jurídica das medidas adotadas para o enfrentamento da pandemia – Parte I*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/infra/as-concessoes-federais-de-infraestrutura-portuaria-06112020>. Acesso em 21/03/2022.

Caberá ao poder concedente apenas avaliar o mérito da forma de reequilíbrio que melhor atenda ao interesse público, promovendo as alterações contratuais, mas observando o montante de desequilíbrio calculado pela agência.

A Procuradoria, então, concluiu que arbitrabilidade subjetiva recairia sobre a Antaq, uma vez que poderia ter sua decisão administrativa sobre a pretensão de reequilíbrio econômico-financeiro revista e, também, sobre a União/Ministério da Infraestrutura, que sofreria as consequências de uma decisão da agência eventualmente revista, com reflexos não apenas financeiros, mas, também, na política pública do setor<sup>12</sup>.

Compete à Antaq, portanto, nas solicitações de compromisso arbitral que envolvam controvérsia sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário, se manifestar sobre as vantagens e desvantagens da arbitragem, nos limites de sua competência.

Conforme exposto, o instituto da arbitragem revela-se como um importante mecanismo de solução de controvérsias nos contratos de arrendamento portuário, que são naturalmente incompletos e, por essa razão, demandam uma tecnologia contratual capaz de resolver os conflitos que surgirão ao longo de sua execução.

A previsão de cláusulas compromissórias nos contratos de arrendamento portuário é recente e sua utilização ainda não foi invocada.

No caso dos compromissos arbitrais que versem sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário, a Antaq, em razão da releitura do seu papel fiscalizador na Portaria nº. 530/2019-Minfra, deverá avaliar, no limite de suas competências, as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto, assumindo um protagonismo nos procedimentos dessa natureza.

---

<sup>12</sup> O terminal ocupado pela arrendatária integra a área denominada STS10, objeto da Audiência Pública nº. 06/2021-Antaq.