

Pollyana Santana Guimarães

**A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA CONCESSÃO RODOVIÁRIA FEDERAL
BRASILEIRA**

Brasília
2017

Pollyana Santana Guimarães

**A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA CONCESSÃO RODOVIÁRIA FEDERAL
BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Centro
Universidade de Brasília – UniCEUB
como requisito parcial para a conclusão
do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Brasília
2017

Pollyana Santana Guimarães

**A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
RODOVIÁRIA FEDERAL BRASILEIRA**

TERMO DE APROVAÇÃO

Brasília, _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Paulo Henrique Franco Palhares, M. Sc.

Professor

Professor

RESUMO

O trabalho visa demonstrar a utilização de arbitragem em atos de gestão de contratos empresariais com foco em concessões rodoviárias federais. Foi dado destaque para legislação brasileira, princípios e formas de contratação da Administração Pública. Restringiu-se o caso às concessões rodoviárias federais ao apresentar informações de infraestrutura rodoviária brasileira em comparação com alguns países de semelhante dimensão territorial. A promulgação da Lei nº 13.448/2017, estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria em setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública, e também quais requisitos dos direitos patrimoniais disponíveis podem ser levados ao procedimento arbitral (reequilíbrio econômico-financeiro, e cálculo de indenizações e inadimplemento de obrigações contratuais). Pretendeu-se demonstrar a superioridade do método de arbitragem para solucionar e dirimir controvérsias no âmbito dos atos de gestão contratual das concessões de serviços públicos. O trabalho conclui que ao fomentar o uso de arbitragem em contratos de concessão rodoviária federal, mostra a importância do Poder Executivo em resolver controvérsias de contratos com otimização do tempo de resposta e beneficiar a população com mecanismos de maior qualidade técnica, ao ensejar as partes a não judicializar, e primar pela autocomposição.

Palavras-chave: Arbitragem. Concessão. Administração Pública.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 REGULAÇÃO NO SETOR RODOVIÁRIO	8
2.1 Serviço Público	8
2.2 Setor rodoviário brasileiro federal.....	14
2.3 Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	17
2.4 Concessão rodoviária federal no Brasil.....	19
2.5 Legislação sobre concessões	21
3 ARBITRAGEM E A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
3.1 Autocomposição	23
3.2 Arbitragem	25
3.3 Arbitragem na Administração Pública.....	27
4 ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES	30
4.1 Princípios nos contratos administrativos	30
4.2 Formas de contratação pela Administração Pública Federal Brasileira.....	34
4.3 Arbitragem no Setor Público.....	37
4.4 Utilização da arbitragem na concessão rodoviária federal.....	39
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é demonstrar ser benéfica a adoção de arbitragem à Administração Pública Federal em atos de gestão dos contratos empresariais, com foco em concessões rodoviárias federais, visto que o Governo Federal tem investido em novos projetos de estudo de concessões na ampliação da pavimentação e manutenção da malha rodoviária federal.

Em setembro de 1995 o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado elaborou a mudança administrativa proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ao criar a figura jurídico-administrativa das Agências Reguladoras como meio de regulação dos setores de serviços públicos. Desse modo, foi alterado profundamente o modelo de gestão da Administração ao passar de burocrático para gerencial.

Desde a publicação da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispõem sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, existe previsão legal da possibilidade de aplicação de arbitragem em contratos de concessões.

O gestor público passa a ter respaldo necessário para incluir essa possibilidade de solução célere em contratos com garantia legal no artigo 23-A, incluído pela Lei nº 11.196/2005 na Lei nº 8.987/1995.

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 nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.¹

A criação de Agências Reguladoras permitiu modernizar alguns setores da Economia em relação aos Serviços Públicos, especialmente em setores de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás.

¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.987/1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU, 14 fev. 1995.

Em 2001 com a criação da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) começaram as concessões rodoviárias. Atualmente, a legislação federal prevê uso de arbitragem como modo de resolver controvérsias.

Em 5 de junho de 2017 com a promulgação da Lei nº 13.448, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria em setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública, passou a vigorar de forma regulamentada pelo artigo 31 § 4º à aplicação pelo Setor Público de arbitragem ou outros mecanismos alternativos para solucionar controvérsias nas situações elencadas:

- (I) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- (II) cálculo de indenizações decorrente de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
- (III) inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Logo, vê-se que há previsão legal em adotar arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de solução de controvérsias em contratos administrativos de concessão para prestação de serviços públicos.

Faz-se necessária a disseminação do uso desse instrumento mais rápido para dirimir controvérsias e resolver divergências, principalmente, em casos de projetos que enfrentam morosidade do Poder Judiciário e que recebem muitas vezes sentenças ineficazes.

Diante disso, pretende-se demonstrar a superioridade do método de arbitragem em solucionar e dirimir controvérsias em âmbito de atos de gestão contratual de concessões de serviços públicos.

O presente trabalho se divide em três capítulos. O **Capítulo 2** (Regulação no Setor Rodoviário) aborda conceitos de serviço público e de concessão, além de descrever as características da ANTT; o **Capítulo 3** (Arbitragem) comenta conceitos de autocomposição e procedimento arbitral; o **Capítulo 4** (Arbitragem

no Setor Público) elenca formas nas quais a Administração Pública realiza contratações e como a arbitragem pode ser aplicada para dirimir controvérsias em atos de gestão.

Por fim, o trabalho concluirá fomentando adoção de arbitragem em contratos de concessão rodoviária federal, ao mostrar a importância do Poder Executivo em resolver controvérsias de contratos com otimização do tempo de resposta e beneficiar a população com mecanismo de maior qualidade técnica, ao ensejar as partes a não judicializar, e primar pelo processo de autocomposição.

2 REGULAÇÃO NO SETOR RODOVIÁRIO

Este capítulo versa sobre a necessidade de conceituar serviço público, concessão, agência reguladora e traçar o panorama sobre a legislação de arbitragem na concessão.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona que a Regulação “constitui-se como o conjunto de regras de condutas e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”².

2.1 Serviço Público

A Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988 não definiu o conceito para serviço público. Di Pietro conceituou com a definição abaixo:

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.³

Também considerou três elementos em sua conceituação: material (atividade de interesse coletivo), subjetivo (presença do Estado) e formal (procedimento de direito público). Esses elementos podem ser verificados no conceito formalizado por Bandeira de Mello, descrito abaixo:

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas frível, singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

³ _____, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

especiais -, instituto em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁴

O Artigo nº 175 da Constituição estabelece que incube ao Poder Público a prestação de serviços públicos diretamente, sob regime de concessão ou permissão, sempre precedido de licitação.

A Lei nº 9.074 de 7 de julho de 1995 no artigo 2º determina a vedação à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a execução de concessão e permissão de serviço público sem lei que lhes autorize.

A Constituição elenca quais serviços públicos podem ser prestados nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

O artigo 21 da Constituição apresenta como competências da União:

- (I) inciso X - manter serviço postal e correio aéreo nacional;
- (II) inciso XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, serviços de telecomunicações e;
- (III) inciso XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens, energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e portos marítimos, fluvial e lacustre.

O artigo 25 § 2º da Constituição faz constar que o serviço de gás canalizado é de responsabilidade dos Estados Federados.

O artigo 30 inciso V da Constituição dispõe que cabe à esfera municipal, a organização e prestação dos serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo de caráter essencial. Além desses, foi incluído o serviço funerário com a ADI 1221/2003.

Em relação aos serviços de saneamento básico (abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos,

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

drenagem e manejo de águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas), a Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007 estabeleceu diretrizes nacionais para saneamento básico e dispôs que titulares dos serviços poderão delegar a organização, regulação, fiscalização e prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005.

A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal. Estabeleceu requisitos para prestação de serviço adequado ao pleno atendimento de usuários nas normas pertinentes, e o que está estabelecido em contrato, conforme definido no artigo 6º §1º:

“serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Entende-se por regularidade em prestação de serviço o atendimento a usuários em horários pré-estabelecidos, sem atrasos ou interrupções, como define Pinto em artigo “Os princípios mais relevantes do Direito Administrativo”:

o serviço público deve ser prestado de acordo com as condições estabelecidas pelo Poder Público, como necessárias ao pleno atendimento das necessidades do usuário.⁵

Por continuidade, o serviço não deve sofrer interrupções frequentes, conforme descreve Carvalho Filho:

prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.⁶

A Lei nº 8.987/1995 em seu artigo 6º § 3 definiu situações que não se caracterizam por descontinuidade de serviço, como casos de emergência ou após aviso prévio, quando motivada por razões de ordem técnica ou segurança das

⁵ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do Direito Administrativo. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

instalações, e ainda, por inadimplência do usuário, considerando o interesse da coletividade.

Entende-se por eficiência que a prestação deva ser a mais proveitosa e com menor custo, com objetivo de adequar o serviço à demanda, princípio este do Direito Administrativo para todos os atos, como define Pinto:

impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos e profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, rechaçando-se de qualquer forma de atuação amadorística e ineficiente do Poder Público⁷

Por segurança na prestação do serviço público compreende-se, além da sensação de segurança pelos usuários, a não ocorrência de risco à sua saúde, bem como sua segurança pessoal propriamente dita.

Como enfatiza Pinto ao afirmar:

“revela-nos que o serviço público deva ser prestado com observância das regras básicas de segurança, não devendo representar riscos para o usuário”.⁸

Por atualidade, a própria lei já definiu no artigo 6º §2º como sendo “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”, corroborando com o conceito definido por Mello:

atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.⁹

Por generalidade, conhecido também como princípio da universalidade, é entendido que o serviço deva beneficiar o maior número de pessoas. Como definiu Carvalho Filho:

Os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, que deve beneficiar o maior número possível de indivíduos.

Mas é preciso também dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem prestados sem discriminação entre os beneficiários,

⁷ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do Direito Administrativo. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

⁸ PINTO, op. cit.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

quando tenham estas as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição.¹⁰

Por cortesia em sua prestação, refere-se à educação, urbanidade e bom trato com o usuário que desfrutará do serviço público, segundo avaliação de Pinto: “constitui direito do usuário e dever do fornecedor de propiciar um tratamento educado, prestativo e respeitoso ao usuário”.¹¹

E, por modicidade tarifária, as tarifas devem ter sustentabilidade econômica e financeira garantidas, como também serem as mais baixas possíveis para permitir acesso aos serviços pela população de baixa renda, conforme definido por Pinto:

As tarifas não devem impedir o acesso do usuário em potencial ao serviço, devendo ser levado em consideração, na sua fixação, o perfil social e econômico do usuário, o custo da prestação e a necessidade de aperfeiçoamento e remuneração do prestador.¹²

Existe determinação legal tanto no artigo 175 da Constituição Federal quanto no artigo 2º incisos I e II da Lei nº 8.987/1995, que toda concessão ou permissão para prestação de serviço público será precedida de licitação na modalidade concorrência para escolha de melhor proposta.

Outrossim, o artigo 174 da Constituição, estabelece que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento como agente normativo e regulador da atividade econômica sendo determinante para que o setor público indique para o setor privado a base de planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado.

Neste sentido, corrobora a mudança administrativa do Estado proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que,

¹⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

¹¹PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do Direito Administrativo. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

¹²PINTO, op. cit.

em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicitação, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.¹³

A intenção de criação de agências reguladoras foi incluída na Constituição pela Emenda Constitucional nº 8 de 15 de agosto de 1995, ao inserir o inciso XI no artigo 21 que estabeleceu como competência da União:

explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão, ou permissão, os serviços de telecomunicações, no termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.¹⁴

A Agência Reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi a primeira em ser criada.

Agências Reguladoras são autarquias com amplo grau de autonomia e com mandato fixo de seus dirigentes; algumas essencialmente regulatórias, outras atuam em áreas como fiscalização, normatização, e outras.

Atualmente, existem onze Agências Reguladoras na Administração Pública Federal:

- 1- Agência Nacional de Águas (ANA),
- 2- Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC),
- 3- Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL),
- 4- Agência Nacional do Cinema (ANCINE),
- 5- Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL),
- 6- Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP),
- 7- Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS),
- 8- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ),
- 9- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA),

¹³BRASIL. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2016.

¹⁴_____. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU, 05 out. 1988.

10- Agência Nacional de Mineração (ANM),

11- Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

O trabalho concentra a abordagem na ANTT, criada em 2001, pela Lei nº 10.233, responsável por implementar, regular ou supervisionar concessões rodoviárias e ferroviárias.

2.2 Setor rodoviário brasileiro federal

A malha rodoviária global é composta por rodovias federais, estaduais e municipais.

O Sistema Viário Nacional (SNV)¹⁵ indica que o Brasil possui malha rodoviária de aproximadamente 1.610.081 quilômetros, porém, apenas 221.820 quilômetros são estradas pavimentadas, ou seja, cerca de 12,2% do total.

O total da extensão da malha federal rodoviária é de 120.450 quilômetros, sendo 64.045 quilômetros pavimentados que representam 53,4% deste total, mas se comparado com o total global corresponde a estimadamente 29% do total global das estradas pavimentadas.

Segundo a Lei nº 12.379 de 06 de janeiro de 2011, as rodovias federais estão classificadas em radiais, longitudinais, transversais, diagonais e de ligação.

Radiais partem da Capital Federal rumo aos extremos do país, o primeiro algarismo da nomenclatura é zero, por exemplo: BR-020 que liga Brasília/DF à Fortaleza/CE.

Longitudinais atravessam o país na direção Norte-Sul, o primeiro algarismo é um, por exemplo: BR-101, iniciam no Rio Grande do Norte e terminam no Rio Grande do Sul.

Transversais cortam o país de Leste a Oeste, primeiro algarismo é dois.

¹⁵BRASIL, Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Transportes Terrestres. 2014. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/transporte-rodoviario.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

Diagonais podem apresentar dois modos de orientação Noroeste-Sudeste e Nordeste-Sudoeste, o primeiro algarismo é três.

Por fim as de ligação que são para qualquer direção, geralmente ligam rodovias federais, ou pelo menos uma rodovia federal, a uma cidade ou ponto importante e ainda às fronteiras internacionais, começam com algarismo quatro.

Existe falsa divulgação do país ser “rodoviarista”, na verdade o Brasil carece de infraestrutura de transportes como um todo, não apenas na área de rodovias, bem como ferrovia, portos, aeroportos e hidrovias.

No livro “O mito do rodoviarismo brasileiro”¹⁶, editado em 2007, pp.41-49, Geraldo Vianna compara a infraestrutura de vinte maiores economias do mundo aplicando o Índice de Mortara que compara simultaneamente a infraestrutura de países com a extensão territorial e a população.

A seguir tabela com dados comparativos entre extensão territorial, frota de veículos automotores, extensão rodoviária e percentual de pavimentação.

Quadro 1 - Comparação entre a extensão territorial, a frota de veículos, a extensão rodoviária e o percentual de pavimentação dos 10 maiores países em área

País	Extensão Territorial (km²)	Frota de veículos automotores (unidades)	Extensão rodoviária (km)	Percentual de pavimentação (%)
Rússia	16.380.980	25.393.700	871.000	84,7
China	9.327.430	19.518.211	1.870.661	81,0
Estados Unidos de América	9.158.960	237.242.616	6.433.272	64,5
Canadá	9.093.510	18.423.745	1.408.900	39,9

¹⁶VIANNA, Geraldo. O mito do rodoviarismo brasileiros. Disponível em: <<http://www.nextrans.com.br/wp-content/uploads/2014/12/O-Mito-do-Rodoviarismo-Brasileiro.pdf>> Acesso em: 17 out.2017.

Brasil	8.514.876	31.231.043	1.610.081	12,2
Austrália	7.682.300	12.795.00	810.641	41,6
Índia	2.973.190	12.834.000	3.383.344	47,4
México	1.908.690	21.871.190	235.670	49,5
Turquia	769.630	7.779.393	426.906	41,6
França	550.100	36.039.000	951.220	100,0

Fonte: IRF, 2006; IBGE, 2007; ANTT, 2005; apud Vianna, Geraldo, 2007. Adaptação do autor.

Neste quadro é possível comparar países com dimensão territorial próxima a do Brasil como Canadá, Estados Unidos e China e perceber que possuem, em relação à pavimentação, percentual bem superior ao do Brasil com seus modestos 12,2%, enquanto Canadá tem 39,9%, Estados Unidos de América 64,5 % e China com 81%.

Outro ponto do quadro é a constatação da quantidade de veículos automotores em que o Brasil se destaca como detentor de frota superior àquelas apresentadas pela China e pelo Canadá.

O maior desequilíbrio reside na impressionante quantidade atribuída aos Estados Unidos da América com 237.242.616 unidades correspondentes a 66 vezes a quantidade da França, segundo colocado da lista, com 36.039.000 unidades. Surpreendentemente, o Brasil alcança a terceira colocação do pódio com suas 31.231.043 unidades. Este ponto mereceria particular atenção, por si só seria mais que suficiente para ocupar monografia inteira dedicada a ele, mas foge ao proposto neste trabalho.

Ao analisar o parâmetro do percentual de pavimentação, pode-se verificar que o Brasil tem imensa necessidade de pavimentar sua malha rodoviária além da necessidade de ampliação para melhor integrar todo o território nacional.

2.3 Agência Nacional de Transportes Terrestres

Como citado anteriormente, a ANTT é uma das agências reguladoras de serviços públicos. Criada pela Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001 como entidade integrante da administração federal indireta, está submetida ao regime autárquico especial, vinculada ao Ministério dos Transportes com independência administrativa, autonomia financeira e funcional, além de mandato fixo para seus dirigentes (artigo 21, § 2º). Possui sede e foro no Distrito Federal com unidades administrativas regionais (artigo 21, § 1º), sua esfera de atuação concentra-se em exploração de transporte ferroviário e rodoviário (artigo 22).

O Professor Marçal JUSTEN FILHO conceituou a ANTT em seu livro “O direito das agências reguladoras independentes” como:

Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência pra regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em casa da Administração direta.¹⁷

A independência administrativa e funcional da agência reguladora tem como característica importante a independência do dirigente, conforme afirmado na obra *Agências Reguladoras* de MOTTA:

O processo de investidura do dirigente da agência deve, nos moldes preconizados pela melhor doutrina estrangeira, dar-se através de ato administrativo complexo. O candidato deve ser indicado pelo Presidente da República, no caso das agências federais, e ter seu nome aprovado por algum órgão do Parlamento, sendo que, na tradição parlamentar brasileira, tal papel vem sendo desempenhado pelo Senado da República.¹⁸

Outra característica para a agência ter independência administrativa e funcional é estabilidade do mandato durante um período fixo, período de quarentena de seu dirigente após o término, conforme acrescenta MOTTA:

O destino deste mesmo dirigente, após o término do seu mandato. Legislações estrangeiras vêm criando a figura da quarentena, ou seja, o estabelecimento de um período temporal, mais ou menos longo, no qual o exdirigente fica proibido do exercício de qualquer função profissional, dentro da área de atuação do órgão ou ente

¹⁷JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

¹⁸MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

público que dirigia, em troca da manutenção de seus vencimentos por todo o período de proibição do exercício profissional em áreas onde seus conhecimentos, pelo exercício do cargo, poderiam dar ao empregador vantagens desleais em relação à concorrência e ao mercado.¹⁹

Conforme artigo 20 da Lei 10.233/2.001, são objetivos das agências nacionais de regulação, entre outros, implementar políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes e regular ou supervisionar atividades de prestação de serviços e exploração da infraestrutura de transportes terrestres exercidas por terceiros. Tal como afirmou Silva:

A atividade regulatória da ANTT deve ser desempenhada com os objetivos declarados de: garantir movimentações de pessoas e bens com qualidade e eficiência e harmonizar os interesses dos agentes econômicos e dos usuários.

A ANTT foi criada dentro da moderna concepção de órgão regulador independente e de intervenção indireta do Estado no desempenho de atividades essenciais à sociedade.²⁰

Para atuar no mercado a ANTT pode elaborar os seguintes ordenamentos jurídicos, que são atos típicos de agências reguladoras, classificados em três categorias: atos de regulação normativa, atos de regulação executiva e atos de regulação judicante, definidos em SILVA:

Atos de regulação normativa cuida de explicitar os comandos técnicos voltados para o cumprimento dos direitos e deveres da legislação específica.

Atos de regulação executiva se enquadram as autorizações e o ingresso de um agente econômico num determinado segmento regulado, os atos de fiscalização, de fixação de tarifas e de interpretação regulatória.

Atos de regulação judicante compreende os atos desenvolvidos pelas agências para solucionar conflitos, utilizando a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativa, distinta da arbitragem comercial.²¹

O ato de regulação judicante pela autoridade competente, classificado como ato de gestão, visa dirimir a controvérsia. Caso não se obtenha sucesso com essa

¹⁹MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *op. cit.*

²⁰SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²¹SILVA, Fernando Quadros da. *Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

autocomposição, existe possibilidade de iniciar arbitragem com órgão externo e qualificado no mercado, desde que esta cláusula arbitral esteja prevista em contrato.

2.4 Concessão rodoviária federal no Brasil

A concessão rodoviária federal iniciou em 1994, realizada pelo Ministério dos Transportes em cinco trechos com extensão total de 858,6 km de rodovias federais. Nos estudos para identificar segmentos técnicos e economicamente viáveis, foram analisados 18.059,1 km dos quais 11.191,1 km foram considerados viáveis para concessão e 6.868 km viáveis somente para serviços de manutenção. Entre 1997 e 1998 foram incluídos novos trechos das rodovias BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-376/PR e BR-101/SC.

A ANTT é o órgão responsável por todo planejamento de concessões do setor rodoviário federal, conforme descrito nos artigos 24 e 26 da referida lei, administra 21 concessões de rodovias, equivalente a 9.969,6 km, sendo quatro concessões contratadas pelo Ministério dos Transportes, entre 1994 e 1997, oito referentes à segunda etapa – fase I (2008) e II (2009), uma referente à terceira etapa – fase II (2013), seis que são partes integrantes do Programa de Investimentos em Logística, pertencente à terceira etapa – fase III (2013 e 2014) e a nova concessão da Ponte Rio-Niterói em 2015²².

Nos dias de hoje, existem oito projetos de outorga de rodovias federais no âmbito do Programa de Parcerias em Investimentos – PPI. Os trechos concentram-se nos Estados de Goiás, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e os projetos encontram-se em fase de consulta pública com editais das Audiências Públicas nº 001/2017 e 005/2017²³, conforme disponível no sítio da ANTT²⁴.

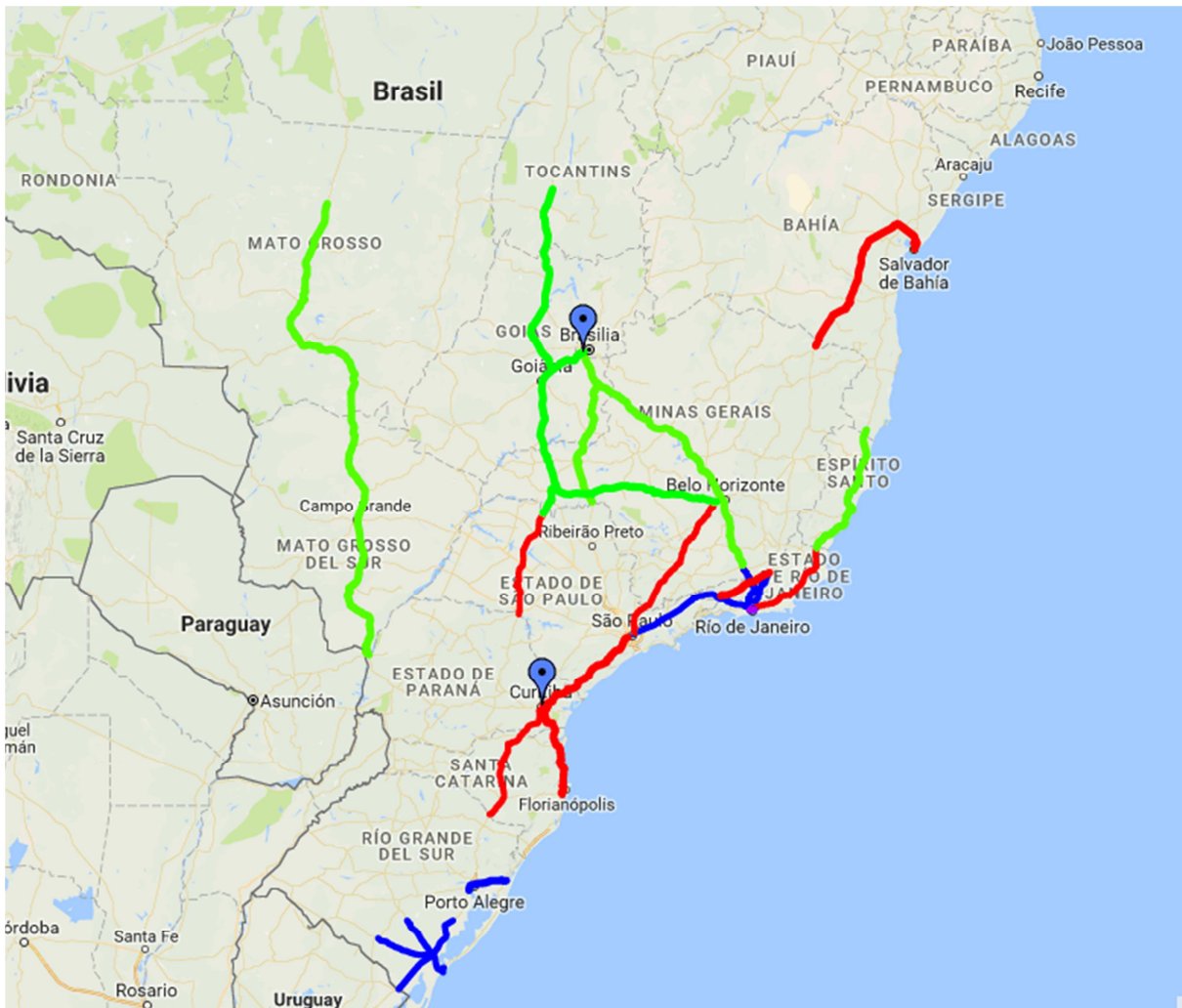
²²BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Rodovias. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/rodovias/index.html>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

²³_____. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Concessões Rodoviárias. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: 17 out. 2017.

²⁴_____. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Novos Projetos. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras.html> Acesso em: 18 out. 2017.

A extensão da malha federal rodoviária é de 120.450 km. Apenas 65.328 km pavimentados²⁵, desses, 9.969 km concedidos²⁶, adiante está o mapa das Concessões Rodoviárias Federal.

Figura 1 - Mapa das Concessões Rodoviárias Federal



Fonte: Brasil, ANTT, 2017.

²⁵ BRASIL, Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Plano Nacional de Viação (PNV) e Sistema Nacional de Viação (SNV). Disponível em: <<https://www.dnit.gov.br/sistema-nacional-de-viacao/sistema-nacional-de-viacao>>. Acesso em: 08 set. 2016.

²⁶ _____, Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Mapa de Todas as Concessões. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4978/Historico.html>>. Acesso em: 08 set. 2016.

2.5 Legislação sobre concessões

O regime de concessão é opção do Poder Público para delegação da prestação do serviço, conforme disposto no artigo 175 da Constituição Federal, é alternativa para ampliação e melhoria da malha rodoviária federal no Brasil.

Segundo Mello, o conceito de concessão de serviço público se define como:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.²⁷

No que diz respeito ao objeto da concessão, Di Pietro conceitua cinco modalidades de regime jurídico: concessão de serviço público, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público.

Existem basicamente duas leis objeto das concessões. A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços, previsto no artigo 175 da Constituição Federal,²⁸ e a Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública²⁹.

A Lei nº 8.987/1995 foi um marco para as concessões, tratou-se da primeira lei a incluir remuneração básica decorrente da exploração de serviço prestado como parâmetro de remuneração.

Mais adiante, a Lei 11.079/2004 inovou no ordenamento jurídico com a possibilidade das concessões em duas modalidades: patrocinada e administrativa, conforme previsto no artigo segundo.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <> Acesso em: 18 out. 2017.

²⁹ _____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-parceria no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em: 18 out. 2017.

Para Di Pietro os conceitos são:

Concessão patrocinada: constitui modalidade de concessão de serviço público como forma de parceria público-privada; nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado);

Concessão administrativa: tem por objetivo a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado.³⁰

Existem duas previsões legais, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei. 11.079/2004, para modalidades de concessão de obra pública e concessão de uso de bem público.

No caso da concessão rodoviária federal, todas concessões realizadas foram disciplinadas com base na Lei nº 8.987/1995.

³⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3 ARBITRAGEM E A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arbitragem é um instituto internacional cujo início encontra-se na Antiguidade, antes mesmo da ideia de Estado para resolver conflitos da sociedade.

Com a formação dos Estados surgiu a divisão de Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), com isso, a resolução de conflitos sociais passou a ser realizada pelo Poder Judiciário.

No Brasil o instituto foi previsto pela primeira vez pelo artigo 160 da Constituição do Império em 1824, conforme descrito abaixo:

Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes³¹.

Atualmente, a principal característica da arbitragem privada é o sigilo. Na Administração Pública, a principal característica é o princípio da publicidade, constante na Constituição Federal.

Neste capítulo serão descritos os temas de autocomposição, arbitragem e arbitragem na Administração Pública.

3.1 Autocomposição

Autocomposição é conceituado por Cintra como:

“instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais que a própria sentença, pois lida com o conflito sociológico e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo”³²

O uso de cada modalidade depende do tipo de conflito ou controvérsia existente na situação.

“A conciliação (para questões de menor complexidade) ou a arbitragem (que pode ser aplicada em questões complexas ou que exijam conhecimento técnico especializados)”³³.

³¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2013.

³³ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. Soluções alternativas de controvérsias no setor público. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

Haroldo Verçosa divulga arbitragem como instrumento para solução privada de controvérsias em seu trabalho “Os “Segredos” da Arbitragem”, e comenta:

A arbitragem em si não é uma especialidade jurídica. Ela é um instrumento simplificado para fazer valer o direito material construído pelas partes mediante contratos, inclusive o de sociedade, e esse direito, sim, verdadeiramente é o objeto da proteção legal, tanto no Judiciário como pela arbitragem³⁴.

Entende-se como Direito Patrimonial disponível “aqueles relativos a bens integrantes do patrimônio e que possam ser objeto de disposição, o que significa alienação, venda, entrega como garantia, doação”³⁵.

Nesse sentido, no livro “Soluções alternativas de controvérsias no setor público”, de Falcão, Guerra e Almeida, afirma que:

Por conseguinte, se o teor da Lei nº 9.307, de 1996, direitos patrimoniais disponíveis são arbitráveis e os interesses patrimoniais da Administração são disponíveis, com clareza mediana conclui-se que a Administração Pública pode dispor desta forma de solução de controvérsia também na aceção da arbitrabilidade objetiva.³⁶

Em Direito Administrativo comparado, essa mudança de perfil do Estado também é encontrada em países da Europa, em décadas anteriores, ao realizado no Brasil. A forma de contratação com parceria da iniciativa privada trouxe mudanças e avanços na infraestrutura, como descrito em trabalho de Lemes: “Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva, Confidencialidade ou Publicidade Processual?”:

no direito administrativo comparado, tais como as verificadas na França, Espanha, Itália, Portugal et. Nesses países, graças a estas novas formas de contratação, foi possível a realização de grandes obras, tais como a construção de estradas, ampliações portuárias, serviços de saneamento básico, etc., em que o parceiro privado efetua altos investimentos, recuperando-os posteriormente, com a exploração dos serviços prestados aos usuários. Esses contratos passaram a estabelecer novos conceitos jurídicos representados nos direitos e obrigações das partes, neles inseridas os institutos jurídicos da arbitragem, da mediação e da conciliação.³⁷

³⁴VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os “Segredos” da Arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

³⁵VERÇOSA, op. cit.

³⁶FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. Soluções alternativas de controvérsias no setor público. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

³⁷LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva – confidencialidade ou publicidade processual? Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, v. 6. n. 21, pp. 387-407, jul./set. 2003.

A via arbitral em contratos administrativos relativos à concessão para prestação de serviços públicos passa a reger as relações que envolvem o Poder Público, em detrimento de regras estatais de jurisdição.

3.2 Arbitragem

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) versa tanto sobre questões de direito quanto de equidade, a critério das partes, desde que seja no tocante a direitos patrimoniais disponíveis. As partes poderão escolher livremente regras de direito que serão aplicadas, ou, escolher princípios gerais de direito; usos e costumes; ou regras internacionais de comércio, conforme disposto nos artigos 1º e 2º da referida lei.

Em relação ao procedimento, também poderá ser estabelecido pelas partes, ou poderá adotar regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

A Convenção de Arbitragem deve estar estabelecida em contrato entre as partes como cláusula compromissória (característica do litígio futuro e incerto) ou compromisso arbitral (após surgido o litígio, concreto e atual), conforme preleciona Giovanni Ettore Nanni, em seu trabalho *Direito Civil e Arbitragem*:

A convenção de arbitragem, que é o pacto pelo qual as partes decidem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, por intermédio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.³⁸

João Miguel Galhardo Coelho em sua obra *Arbitragem*, conceitua cláusula compromissória e compromisso arbitral como:

A cláusula compromissória é definida como a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato; deve ser estipulado por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Todavia, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, pelo que a nulidade deste não implica forçosamente a invalidade daquela.

O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial (caso em que será celebrado por termo nos autos,

³⁸NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda) ou extrajudicial (outorgado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público).³⁹

As cláusulas compromissórias podem ser vazias ou cheias, Carlos Alberto Carmona define no livro *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/1996*:

As cláusulas compromissórias vazias são aquelas que se limitam a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem.

As cláusulas compromissórias cheias são as que determinam, desde logo, todos dos elementos essenciais para a instituição da arbitragem, tais como, o modo de indicação dos árbitros, o lugar em que será proferida a sentença, a lei que rege, podendo se reportar às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada.⁴⁰

Os órgãos arbitrais institucionais tem regras procedimentais próprias e fornecem modelos padrões de cláusulas compromissórias.

Tanto no processo arbitral quanto no judicial são respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento, conforme artigo 21 § 2º da Lei de Arbitragem, e pelo artigo 13 da Lei de Arbitragem, qualquer pessoa capaz pode ser árbitro, desde que tenha a confiança das partes. Esse árbitro nomeado será o juiz de fato e de direito da controvérsia (artigo 18, Lei de Arbitragem).

A sentença arbitral produz eficácia entre as partes e seus sucessores logo que proferida, bem como tem os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, artigo 31 da Lei de Arbitragem, não estão sujeitas à homologação do Poder Judiciário. Entretanto, cabe requerimento de correção de erro material ou pedido de esclarecimento, ou de obscuridade, ou contradição, ou suprimimento de omissão. Durante esse período a sentença proferida ficará suspensa.

Os requisitos obrigatórios da sentença estão estabelecidos no artigo 26 da Lei de Arbitragem, são o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo, a data e o lugar em que foi proferida. O relatório deve conter nomes das partes e histórico

³⁹COELHO, João Miguel Gallhardo. *Arbitragem*. Coimbra: Livraria Almedina – Coimbra, 2000.

⁴⁰CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

sobre a controvérsia em questão. O dispositivo deve conter quais questões foram submetidas aos árbitros e qual a forma da sua decisão.

Caso a sentença arbitral desobedecer quaisquer imposições dos requisitos obrigatórios será considerada nula, baseada no artigo 32 da Lei de Arbitragem.

A sentença não ficará sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (artigo 18, Lei de Arbitragem) e assim, como as partes acordarem, deve ser cumprida.

3.3 Arbitragem na Administração Pública

A Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307/1996, no parágrafo 3º do artigo 2º menciona: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. A Administração Pública deverá respeitar os princípios constitucionais disposto no artigo 37, caput, da Constituição Federal, que são “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Com previsão legal da possibilidade em implantar arbitragem em contratos de concessões, o gestor público tem respaldo necessário para incluir essa possibilidade de solução célere em contratos com garantia legislativa. Nesse sentido, Falcão, Guerra e Almeida comentam:

“se considerarmos a discussão doutrinária e jurisprudência que já se travou sobre o tema da arbitrabilidade nos contratos administrativos, a previsão expressa da arbitragem pacífica a questão aos olhos dos investidores, os quais, certamente, possuem predileção por esse método de solução de controvérsias.”⁴¹

A principal diferença ou divergência existente entre arbitragem privada e arbitragem que envolve a Administração Pública é o princípio da publicidade.

Nesse sentido, deveria existir um sistema de duplo grau de sigilo, com sigilo procedimental e sigilo material da arbitragem, semelhante ao sigilo judicial. Isso não ocorre na Administração Pública, pois existem problemas específicos como a participação do Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, a exceção de

⁴¹FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael; Soluções alternativas de controvérsias no setor público. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

casos de setores estratégicos da Economia, como por exemplo: Segurança Nacional.

Jonathan Barros Vita, em seu artigo “Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra”⁴² aborda a vantagem competitiva da arbitragem no meio empresarial em relação à jurisdição, especificamente, pois exclui exposição a riscos de publicidade negativa e pode servir para preservação de imagem da empresa, somado ao fato da celeridade, da capacidade de emissão de decisões técnicas, especializadas, e da relação custo-benefício. O sigilo, nesse caso, é princípio basilar e implícito de procedimentos arbitrais empresariais.

Quanto a Administração Pública, há necessidade de distinguir atos de gestão dos atos de império, ao caracterizar apenas atos de gestão como direitos patrimoniais disponíveis nas concessões.

Importante mencionar que em sistemas de processos judiciais, o sigilo é exceção, e, em procedimentos arbitrais, a publicidade é exceção. Dessa forma precisa ser trabalhada a imagem da arbitragem na Administração Pública, principalmente em atos de gestão que é a base dos contratos administrativos realizados pelas agências reguladoras federais, uma vez que a arbitragem é mais adaptada às controvérsias técnicas.

Além disso, quando há uma controvérsia técnica, o processo judiciário necessita de um perito especialista na ciência. Esse laudo não é vinculativo para resolver a questão. E essa perícia pode ter a necessidade de realizar levantamentos de campo ou outros ensaios necessário à resolver o caso.

Assim, com a utilização da arbitragem, a argumentação é realizada pelas partes e levada ao grupo de árbitros que entendem sobre a controvérsia e estudará o caso tecnicamente, questionando e colocando um ponto de vista de quem entende do assunto.

⁴²VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Mota; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Coord). Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 49-67.

Quando esse laudo é realizado pelo especialista e depois incluído no processo judicial, poderá ou não ser interpretado da forma a resolver a controvérsia técnica.

Nesse sentido, o laudo arbitral realizado pelo árbitro tem a função de resolver a controvérsia técnica explicando os pontos com a melhor técnica possível da economia, engenharia ou geologia.

4 ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES

A possibilidade da aplicação de arbitragem em contratos administrativos gerou muita controvérsia, mas, arrefeceu depois da reforma da Lei nº 8.987/1995, que dispõe o regime de concessão ter incluído o artigo 23-A com a Lei nº 11.196/2005 e positivar o uso da autocomposição em contratos de concessão, como descrito no artigo abaixo:

“O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrente ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”⁴³

Nesse capítulo, serão descritos princípios de contratos administrativos, bem como as formas de contratação e, mais especificamente, adoção de arbitragem em concessões rodoviárias federais.

4.1 Princípios nos contratos administrativos

A Administração Pública realiza três negócios jurídicos, acordos (quando os interesses são convergentes), contratos de direito privado (com regras de direito privado) e contratos administrativos, regido pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que instituiu normas para licitações e contratos.

As cláusulas de contratos administrativos são exorbitantes, pois tem função de conferir privilégios à Administração Pública, nesse caso o interesse público predomina sobre o particular. Por serem ligadas a interesses primários são insuscetíveis de serem transacionadas.

Baseado no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/1993, contrato é:

todo e qualquer ajuste entre órgão ou entidade da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a

⁴³BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.987/1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOU, 14 fev. 1995.

formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁴⁴

Segundo Mello, contrato administrativo conceitua-se como:

um tipo de avença travada entre a administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁴⁵

O parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 estabeleceu que o contrato deve ser claro e preciso nas condições para a execução, e as cláusulas devem definir direitos, obrigações e responsabilidades das partes, mesmo os casos de dispensa (artigo 24) ou de inexigibilidade (artigo 25) da licitação, devem atender nos termos do ato que autorizou a respectiva proposta (parágrafo segundo, artigo 54).

Conforme define no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993:

“A licitação destina-se a garantir a observação do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes estão correlatos”⁴⁶

As cláusulas indispensáveis de todo contrato da Administração Pública estão descritas no artigo 55 da Lei nº 8.666/1993.

A licitação deve atender também aos princípios básicos da Administração Pública constante no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (“legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”), e também aos princípios incluídos no artigo 3º da Lei nº 8666/1993 (“princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”).

⁴⁴BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU, 22 jun. 1993.

⁴⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁴⁶BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU, 22 jun. 1993.

É preciso estar em “conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo”.

A isonomia, como princípio constitucional, conforme artigo 5º, estabelece igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, como destaca Di Pietro:

constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.⁴⁷

Dessa forma, garante a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública com melhor preço ou melhor condição para celebração e realização do contrato.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável, incluído pela Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010, fomenta que a Administração Pública incentive, por meio das empresas selecionadas, a defesa e conservação do meio ambiente.

Entende-se por legalidade, a obrigação da Administração Pública estar subordinada ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e aos princípios constitucionais, sobre isso Carvalho Filho escreveu:

talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que ser cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta de objetivos.⁴⁸

Por impessoalidade, deve-se não levar em conta critérios pessoais nem de agente público e nem de administrador. Relaciona-se com a condição pessoal de promoção dos atos administrativos, bem definido em Mello:

encarece a proscrição de quaisquer favoritismo ou discriminações impertinente, sublinhando o do dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.⁴⁹

⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.

⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Por moralidade, tem-se a análise do mérito da ação administrativa, verificando a pertinência do interesse público bem como o padrão de comportamento que a Administração Pública deve adotar. Di Pietro faz ligação entre moralidade e probidade conforme descrito a seguir:

à moralidade e à probidade, provavelmente por que a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem.⁵⁰

Por publicidade ressalta-se a obrigatoriedade da divulgação de atos do Governo. Por exemplo, esse princípio está como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal onde afirma que:

“todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Carvalho Filho faz ligação entre o princípio da publicidade com eficiência com vantagem da Administração Pública para a seleção da melhor proposta:

Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.⁵¹

A probidade administrativa, como conceito literal da palavra, significa honestidade no modo de proceder. Em Direito Administrativo existe positivado a questão da improbidade com sanções para agentes que desta forma a realizam.

Vinculação ao instrumento convocatório, conforme previsto no § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993, deve ser precedido de licitação, “obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame”⁵².

⁵⁰DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.

⁵²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Por julgamento objetivo, conforme estabelecido no artigo 45 da Lei nº 8.666/1993, entende-se a necessidade de critérios previamente estabelecidos no ato convocatório para possibilitar aferição dos licitantes.

“Consiste em que os critérios e fatores seletivos previsto no edital devem ser adotados para o julgamento, evitando-se, qualquer surpresa para os participantes da competição”⁵³.

Esses contratos devem, conforme preconiza o (§ 1º do artigo 54 da Lei nº 8.666/1993:

“estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam”

Adicionalmente, como formalidade, o contrato administrativo deve ser escrito, sendo “nulo e de nenhum efeito o contrato verbal”, parágrafo único do Artigo 60, e obrigatório em casos de concorrência (artigo 62 da Lei nº 8.666/1993).

Outros requisitos formais são nomes das partes, finalidade, ato que autorizou a lavratura, número do processo de licitação e cláusulas contratuais, conforme artigo 61 da Lei nº 8.666/1993.

4.2 Formas de contratação pela Administração Pública Federal Brasileira

A Constituição Federal de 1988 institui no artigo 37, inciso XXI, que os contratos devem ser precedidos de licitação para assegurar igualdade de condições a todos concorrentes e para a Administração escolher a melhor proposta.

Di Pietro conceitua licitação como:

processo administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem à condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formular propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁵⁴

A forma tradicional de contratação realizada pela Administração Pública foi instituída pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que estabeleceu normas gerais

⁵³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.

⁵⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

para contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações.

A mesma lei prevê possibilidades da não realização de licitação e cita casos de dispensa, conforme descrito nos artigos 24 e 25, quando houver inexigibilidade ou inviabilidade de competição.

Está previsto cinco modalidades pelo artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. No parágrafo 8º está vedado criação de outras modalidades ou combinação delas.

Segundo Medauar, concorrência:

“é a modalidade que possibilita a participação de quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem possuir os requisitos de qualificação exigidos no edital”

Já tomada de preços:

“é a modalidade de que participam interessado previamente cadastrado ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior do recebimento das propostas, observadas a necessária qualificação”

E o convite:

“é a modalidade de que participam interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa”.⁵⁵

As características do concurso e do leilão são distintas, segundo Carvalho Filho concurso é “a modalidade de licitação que visa à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, a administração não pretende contratar ninguém, quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual”, já leilão possui três objetivos distintos:

“vender bens móveis inservíveis, vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienar imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento”⁵⁶.

Outras formas foram admitidas com passar do tempo, por exemplo: pregão instituído pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 para aquisição de bens e serviços comuns, como definido por Di Pietro:

⁵⁵MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.

Modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de proposta e lances em sessão pública. Pode ser realizado por meio da utilização de recurso de tecnologia da informação.⁵⁷

Em 04 de agosto de 2011 foi editada a Lei nº 12.462 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, em princípio, para ser aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol e Copa do Mundo Fifa 2014, para obras de infraestrutura, contratação de serviços para aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos Mundiais.

Em 2012, 2015 e 2016 foi ampliado para ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecimentos penais, socioeducativos, segurança pública, mobilidade urbana e entidades ligadas à ciência, tecnologia e inovação.

Outra forma estabelecida pelo Decreto nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013 foi a que regulamentou o Sistema de Registro de Preços para contratações de serviços e aquisição de bens para adotarem caso houvesse necessidade de contratações frequentes, aquisição de bens com previsão de entregas parceladas, ou atender mais de um Órgão, Entidade ou Programas de Governo, e, quando pela natureza do objeto, não fosse possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 que dispõe sobre regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos por particulares com ato justificando a conveniência da outorga caracterizando seu objeto, área e prazo de vigência. Essa concessão poderá ser precedida ou não de execução de obra pública.

A Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada em âmbito da Administração

⁵⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Pública definido no artigo 2º como “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Medauar comentou a respeito:

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obra pública de que trata a Lei. 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalações de bens.⁵⁸

De todas as formas de contratação apresentadas acima, existe previsão legal da aplicação de arbitragem tanto pelo artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995 - Lei de Concessões, quanto pelo artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/2004 - Lei da Parceria Público-Privada.

4.3 Arbitragem no Setor Público

O tema da aplicação de arbitragem em Administração Pública é bastante controverso. Existem autores em contra, como Celso Antônio Bandeira de Mello, e a favor, dentre estes estão: Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Luciano Benetti Timm cuja defesa segue abaixo:

É mais do que tempo de o Estado descer do seu pedestal e virar um colaborador do seu contratante, gerando ganhos para ambas as partes, maior eficiência à sociedade. (...) Supõe-se que essa atitude colaborativa seja a que trará maiores incentivos ao investimento privado, sem com isso gerar qualquer prejuízo ao interesse público (...).⁵⁹

Por sua vez, Selma M. Ferreira Lemes defendeu ao acrescentar “Em especial nos contratos de concessão de serviços públicos, que seriam consideradas como de direitos patrimoniais”⁶⁰.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁹ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45

⁶⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual?. Publicado na RDM 134:148/163, abr./jun., 2004.

Depois da inclusão do artigo 23-A por meio da Lei nº 11.196/2005 na Lei nº 8.987/1995, positivou e deu segurança jurídica ao gestor público. Já havia “o uso da arbitragem pela Administração, inclusive invocando alguns diplomas que previam, a Lei nº9.472/1997 (telecomunicações), a Lei nº 9478/1997 (petróleo) e a Lei nº 10.433/2002 (mercado atacadista de energia elétrica)”⁶¹.

Di Pietro observa que:

“é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão, em relação aos serviços comerciais e industriais do Estado, nos atos negociais, em que a administração se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas, nos contratos de direito privado”⁶².

Acrescenta ainda que:

os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas próprias de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, como compra e venda, locação, permuta et. Os conflitos surgidos podem ser decididos pela via arbitral.⁶³

Pode-se falar também da questão de interesse público primário e secundário explicado por Diogo de Figueira Moreira Neto em artigo de 1997 sobre “Arbitragem nos Contratos Administrativos”, que conceitua:

Interesse público primário está relacionado com a sua relevância, considerando a segurança e o bem-estar da sociedade, sendo o ordenamento jurídico os destaca, os define e compete ao Estado satisfazê-lo sob regime próprio. Esse interesse estão fora do mercado, submetendo-se ao princípio da indisponibilidade.

O interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental referendo-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis.⁶⁴

Com a alteração realizada pela Lei nº 13.129 de 2015 alterou-se a Lei de Arbitragem no parágrafo primeiro do artigo 1º, conformou essa orientação com a

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 13 jun. 2017.

⁶³ _____, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 13 jun. 2017.

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set, 1997.

seguinte redação “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais”.

4.4 Utilização da arbitragem na concessão rodoviária federal

A arbitragem por causa da natureza econômica da regulação e da abertura do mercado foi muito adotada em contratos de concessões de Telecomunicações e de Petróleo e Gás a partir de 1997 e em concessões de Energia Elétrica desde 2002.

As três agências reguladoras (ANATEL, ANP e ANEEL) possuem quadro com advogados especialistas na área técnica.

E no caso da ANP, a arbitragem realizada é internacional, devido a característica do mercado e por haver conciliação pré-arbitral.

Recentemente, aconteceram reuniões de mediação entre ANATEL e Grupo Oi sobre créditos devidos pela operadora em multas aplicadas pelo órgão regulador com participação do Tribunal de Contas da União (TCU).

Bruno Rosa em sua matéria “Sem Sinal” publicada no periódico O Globo de domingo 22 de outubro de 2017, caderno Economia página 33, escreveu no terceiro parágrafo:

“Para isso, a AGU está liderando conversas entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Justiça e possíveis investidores para buscar uma solução conjunta entre credores e Conselho de Administração”

A ANTT ainda não realizou nenhuma arbitragem em contratos de concessões, pois o setor é divergente em relação ao uso desse instituto e faltam artigos ou jurisprudência a respeito do assunto.

O Poder Executivo Federal por meio da Medida Provisória nº 752 de 24 de novembro de 2016, convertida na Lei nº 13.448, em 05 de junho de 2017, estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria em setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, onde delimitou o escopo apenas aos empreendimentos no Programa de Parceria de Investimentos (PPI), artigo segundo.

A Lei nº 13.448/2017 incluiu no artigo 31, novamente, a possibilidade de incluir arbitragem para controvérsias em contratos após decisão definitiva da

autoridade competente, e, definiu quais são os três critérios de controvérsias referente aos direitos patrimoniais disponíveis em setores de rodovias que podem ser arbitrados:

- (I) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos,
- (II) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou transferência do contrato de concessão, e
- (III) inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Existem dois pontos controversos nessa lei. O primeiro sobre credenciamento de câmaras arbitrais regulamentado por ato do Poder Executivo (artigo 31, § 5º). Em relação ao credenciamento, há indefinição quais seriam os critérios da câmara: se experiência, duração do procedimento ou idoneidade. O segundo ponto é sobre pagamento de custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, antecipado pelo parceiro privado (artigo 31, § 2º), até o momento, não existem precedentes sobre isso em arbitragens internacionais realizadas entre Setores Privados e Governos.

Apesar da nova lei explicitar os três requisitos do direito patrimonial disponível, persistem dúvidas, falta segurança necessária para o Gestor Público garantir a prática de arbitragem plenamente em setor de concessões rodoviárias.

Além do mais, as principais câmaras arbitrais brasileiras não divulgam relatórios sobre processos arbitrais instaurados, nem em relação aos temas de controvérsias de engenharia envolvendo Administração Pública.

As agências reguladoras ANP, ANEEL e ANATEL adotaram esse mecanismo de resolução. No caso da ANP, as câmaras são internacionais em função do tema ser Petróleo e Gás.

Todos anos, o Conselho Nacional de Justiça divulga a estatística do Poder Judiciário, esse ano foi a 13ª edição do Relatório Justiça em Números 2017, ano-base 2016. Em relação à Justiça Federal, competência para dirimir conflitos da União em um dos polos, são 3.677.891 casos novos não criminal dos quais 2.941.201 julgados, 3.287.851 baixados e 9.829.176 de casos pendentes.

No tocante ao tempo do processo de conhecimento do primeiro grau na Justiça Federal, a duração é de três anos e quatro meses (em média) mais dois anos e sete meses na instância de 2º grau, sem contar o tempo do processo, em fase de recursos, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Com isso, é possível verificar o benefício da pertinência de usar arbitragem para dirimir controvérsias técnicas do setor de concessões rodoviárias.

Caso a controvérsia fosse realizada por meio de procedimento arbitral, em tese, como estabelece o artigo 23 da Lei nº 9.307/1996, se as partes não estipularem prazo, o prazo da sentença arbitral será de seis meses contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi demonstrar que usar arbitragem em atos de gestão de contratos empresariais, no caso, em concessões rodoviárias federais, é benéfico à Administração Pública Federal.

Mesmo em momentos de crise, o Governo Federal continua a investir em novos projetos de estudos para concessões rodoviárias referentes a ampliação da pavimentação e manutenção da malha rodoviária federal. Conforme disponível no sítio da ANTT são oito projetos de outorgas do PPI nos Estados de Goiás, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Para garantir a segurança jurídica necessária para o investidor saber que a controvérsia não vai ficar à discricionariedade de tempo da solução do mérito pelo Poder Judiciário, precisa haver garantia de meios de solução de controvérsias técnicas.

A arbitragem é uma das alternativas para solução de controvérsias em contratos de empreendimentos complexos no mundo.

No Brasil, existe divergência de aplicação de arbitragem, principalmente a respeito de contratos administrativos. Para isso, há necessidade de diferenciar atos de gestão dos atos de império.

Infelizmente, faltam estatísticas das principais câmaras arbitrais brasileiras em relação a quantos processos arbitrais foram instaurados, nem em relação aos temas de controvérsias de engenharia, e aqueles que envolvem a Administração Pública, apesar disso, as agências reguladoras a ANP, a ANEEL e a ANATEL estão a recorrer a esse mecanismo de resolução.

Em relação à Justiça Federal, competência para dirimir conflitos da União em um dos polos, são 3.677.891 de casos novos não criminal sendo 2.941.201 julgados, 3.287.851 baixados e 9.829.176 pendentes. Os dados são da última estatística divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, a 13ª edição do Relatório Justiça em Números 2017, ano-base 2016.

Caso a controvérsia fosse realizada por meio de procedimento arbitral, em tese, como estabelece o artigo 23 da Lei nº 9.307/1996, se as partes não estipularem prazo, o prazo da sentença arbitral é de seis meses contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Desde 1996, a possibilidade em adotar arbitragem começou a ser praticada como forma célere no meio empresarial com a consolidação das câmaras para controvérsia técnica.

Em 2005, com a inclusão do artigo 23-A pela Lei nº 11.196, na Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão, incluiu-se a previsão do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem.

Foi realizada em 2015 alteração com inclusão do parágrafo primeiro no artigo 1º da Lei de Arbitragem, que possibilitou praticar arbitragem em Administração Pública direta e indireta para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Ainda não havia definição ou requisitos que pudessem se valer de arbitragem, só em 2017 com a promulgação da Lei nº 13.448, artigo 31 parágrafo 4º, onde estão três possibilidades de usar arbitragem em controvérsias sobre direito administrativo:

- (I) recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos,
- (II) cálculo das indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão,
- (III) inadimplemento de obrigações contratuais.

Com a promulgação da Lei nº 13.448/2017, espera-se segurança jurídica nas três possibilidades de aplicação de arbitragem em relicitação de contratos de parceria em setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Longo é o caminho a trilhar, mas casos de sucesso divulgados de arbitragem envolvendo grandes empreendimentos de Engenharia, como duplicação do Canal do Panamá e do Eurotúnel, entusiasmam a possibilidade de ampliar a infraestrutura do Brasil com mecanismo seguro e célere de resolução técnica de controvérsias.

O trabalho mostrou a importância das partes em não judicializar atos de gestão das concessões rodoviárias, prevalecendo a possibilidade de arbitragem para controvérsias técnicas beneficiando a população brasileira e mostrando a importância da autocomposição no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>

Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>

Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Lei nº 8.987/1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>

Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Ministério dos Transportes, Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Sistema Nacional de Viação.

Disponível em:

<<https://www.dnit.gov.br/sistema-nacional-de-viacao/sistema-nacional-de-viacao>>.

Acesso em: 08 set 2016.

_____. Presidência da República. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995.

Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>

Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-parceria no âmbito da administração pública.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>

Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Rodovias.

Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/rodovias/index.html>>.

Acesso em: 09 jun. 2017.

_____. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Concessões Rodoviárias.

Disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviarias.html>

Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Novos Projetos.

Disponível em: <http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviarias.html>

Acesso em: 18 out. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: PC Editorial Ltda, 2013.

COELHO, João Miguel Gallhardo. **Arbitragem**. Coimbra: Livraria Almedina – Coimbra, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números, 2017, ano-base2016.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>

Acesso em: 17 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.**

Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>

Acesso 13 jun. 2017

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Soluções alternativas de controvérsias no setor público.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6. N. 21, p. 387-407, jul./set. 2003.

_____, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual?** Publicado na RDM 134:148/163, abr./jun., 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, 218/84, jul./set, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Os princípios mais relevantes do direito administrativo. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 42, 2008.

SILVA, Fernando Quadros ... [et al.] **Agências reguladoras no direito brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Os “Segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco)**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

VITA, Jonathan Barros. Arbitragem e sigilo: análise estrutural e consequências jurídicas de sua quebra. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Mota; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. (Coord.) **Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 49-67.

TIMM, Lucinao Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45

TOMAZETTE, Marlon. A arbitragem e as sociedades de economia mista. **Revista Universitas Jus**, Brasília, n. 16, jan/jul., 2008.

WALD, Arnoldo. **Direito das Concessões**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.