

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 16/11/2021

A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES FEDERAIS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

THE EVOLUTION OF ARBITRATION IN FEDERAL AIRPORT INFRASTRUCTURE CONCESSIONS

Gustavo Carneiro de Albuquerque

Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Mestrando em Economia no IDP. Especialista em Controle de Regulação de Infraestrutura – ISC-TCU e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Mackenzie.

João Eudes Leite Soares Neto

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Procurador Federal com atuação junto à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução normativa do tema; 2 Construção histórica da atual cláusula arbitral; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A evolução da arbitragem nos contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária acompanhou a evolução normativa do tema. Nas primeiras rodadas de concessão de aeroportos, incertezas e debates sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública resultaram em escopos limitados quase sempre relacionados a controvérsias possíveis apenas ao término do contrato de concessão. Porém ao longo de mais de uma década do programa de concessões de aeroportos, distribuídos em seis rodadas com leilões, editais e contratos distintos, é possível identificar a evolução contratual do tema e compreender o escopo atual da sua cláusula arbitral, consagrando tendência observada em outros setores de infraestrutura e transporte federal.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Concessão. Aeroportos. Cláusula Arbitral. Evolução.

ABSTRACT: The evolution of arbitration in federal airport infrastructure concession contracts followed the normative evolution of the subject. In the first airport concession rounds, uncertainties and debates about the use of arbitration by the Public Administration resulted in limited scopes, almost always related to controversies possible only at the end of the concession contract. However, over more than a decade of the airport concession program, distributed in six rounds with auctions, notices and distinct contracts, it is possible to identify the contractual evolution of the subject and understand the current scope of its arbitration clause, confirming a trend observed in others infrastructure and federal transport sectors.

KEYWORDS: Arbitration. Concession. Airports. Arbitration Clause. Evolution.

INTRODUÇÃO

A concessão de aeroportos surge como alternativa para atração de investimentos privados com vistas à melhoria da infraestrutura aeroportuária e, conseqüentemente, promoção de melhorias aos usuários. O Governo Federal, na modelagem para atrair os investimentos e busca por mecanismos de aprimoramento da gestão desses aeroportos, valeu-se de experiências internacionais de transferência de aeroportos à iniciativa privada, buscando também a expertise de operadores estrangeiros.

A concessão federal de infraestrutura aeroportuária é concretizada por contratos de longa duração¹ com numerosos itens, subitens e anexos², extensa e detalhada matriz de risco³, com potencial relevante de geração de conflitos especialmente em razão dos vultosos investimentos previstos nas concessões⁴.

Como forma de diminuir os espaços de incerteza e buscar celeridade na resolução de conflitos que envolvam o Poder Concedente e os parceiros privados, até mesmo com vistas ao atendimento da função social desses contratos (VIANNA e KLOSS, 2015), com a evolução das diferentes rodadas de concessão de aeroportos houve a progressiva evolução e ampliação do conteúdo e escopo das cláusulas arbitrais nos contratos.

O presente artigo buscará analisar essa evolução, correlacionando sempre que possível com a evolução da própria legislação específica, atribuindo uma perspectiva histórica e atual ao tema.

Cabe, porém, antes de adentrarmos ao conteúdo e evolução das cláusulas, traçar um breve panorama histórico do programa de concessão de aeroportos federais no Brasil.

1 Os contratos variam entre 20, 25 e 30 anos de duração.

2 O contrato da sexta e última rodada, cujo leilão ocorreu em abril de 2021, contém aproximadamente 90 (noventa) páginas, 16 (dezesseis) capítulos, 63 (sessenta e três) seções e subseções além de 7 (sete) anexos, totalizando mais de 500 (quinhentas) cláusulas dispostas em itens e subitens. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/02-processo-licitatorio/02-contrato-e-anexos>. Acesso em 11.jul.2021.

3 O Capítulo V dedicado à Alocação dos Riscos no contrato da sexta e última rodada contém uma primeira seção dedicada aos Riscos do Poder Concedente com 16 (dezesseis) itens e subitens, e uma seção dedicada à descrição dos Riscos da Concessionária com 32 (trinta e dois) itens e subitens, além da ressalva expressamente contida no item 5.4 do Contrato que estabelece: "5.4. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados à presente Concessão".

4 Dados disponibilizados pela Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura em apresentações realizadas durante a sexta e última rodada apontam aproximadamente 17 (dezessete) bilhões de reais já investidos de um total de 37 (trinta e sete) bilhões de reais em investimentos previstos nos 22 aeroportos federais concedidos entre 2011 e 2019.

Trata-se de uma política pública considerada bem-sucedida por diferentes atores governamentais⁵ e órgãos de controle,⁶ transcendente a uma específica plataforma político partidária⁷ ou programa de um único Governo⁸. Em que pese a implementação da política tenha se iniciado em 2011, impulsionada pela necessidade de investimentos em infraestrutura,⁹ pelo

- 5 Os processos de concessão de aeroportos no Brasil envolvem a articulação de diferentes atores de Governo e órgãos de Estado. Atualmente a articulação está a cargo do Programa de Parceria de Investimentos – PPI. Desde o processo de inclusão do ativo no programa de desestatização até a análise de meios de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos já assinados, tem-se a participação de diversos Ministérios, como Infraestrutura, Economia, Casa Civil, além de órgãos como a AGU, a CGU, o BNDES, sem mencionar a permanente interação com o Tribunal de Contas da União.
- 6 Não se tem registros de medidas cautelares deferidas pelo Tribunal de Contas da União e também não se tem registro de liminares judiciais deferidas ao longo dos processos administrativos envolvendo os cinco primeiros leilões de concessão de aeroportos federais já realizados no Brasil. O controle dessas concessões pelo TCU obedece ao disposto na Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, atualizada pela IN 81, de 20 de junho de 2018. Durante a sexta rodada de concessões de aeroportos realizada em 2021 foram deferidas liminares específicas relativas a questionamentos envolvendo os aeroportos de Navegantes (Bloco Sul) e Manaus (Bloco Norte), objeto de firme atuação da Advocacia-Geral da União que acabou por reverter as tutelas de urgência e viabilizar a plena realização do leilão em abril de 2021.
- 7 A implementação do programa relativamente aos aeroportos se deu ao longo do Governo de Dilma Rousseff do Partido dos Trabalhadores (PT), valendo-se de arcabouço jurídico nascido durante o Governo de Fernando Collor (PRN) e solidificado ao longo das concessões creditadas aos Governos de Itamar Franco PRN-PMDB e de Fernando Henrique Cardoso do PSDB, sendo mantido pelo Governo de Michel Temer do PMDB-MDB e Jair Bolsonaro (sem partido).
- 8 A política pública não pode ser atribuída a um único Governo e também não merece ser creditada a um único partido político. Durante o Governo da Presidente Dilma Rousseff, foram concedidos os aeroportos da primeira, segunda e terceira rodadas, sendo a iniciativa do Governo amplamente divulgada como um caminho para modernização dos aeroportos. Nesse sentido, palavras atribuídas à própria Presidente da República: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-affirma-dilma>. Acesso em: 11.jul.2021. No Governo do Presidente Michel Temer, foram concedidos os quatro aeroportos da quarta rodada e incluídos mais treze aeroportos que comporiam a quinta rodada de concessão de aeroportos. Sobre o sucesso dos leilões, ressaltando o êxito da política pública, palavras também atribuídas ao próprio Presidente da República: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aeroportos-como-sucesso>. Acesso em: 11.jul.2021. Já durante o Governo de Jair Bolsonaro foram concedidos os 12 aeroportos da quinta rodada realizada em 2019 e os 22 aeroportos da sexta rodada, sendo o resultado celebrado por diversos atores do Governo destacando-se a participação do Ministro de Estado Tarcísio Freitas: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/04/4916719-governo-arrecada-rs-33-bilhoes-com-leilao-de-aeroportos.html>. Acesso em: 11.jul.2021.
- 9 CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões. Radar n. 18. fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>. Acesso em: 11.jul.2021. Traz relevante análise da situação dos aeroportos que justificava a necessidade de investimentos. Para o autor: “é possível constatar que a situação dos vinte principais aeroportos brasileiros é muito grave. Apenas três aeródromos se encontram em situação adequada. Outros cinco estão em situação preocupante. Os demais 12 aeroportos apresentam situação crítica, cujas capacidades operacionais superam o limite de 100%. Portanto, dos vinte maiores aeroportos, 17 encontram-se em cenário de estrangulamento. Para os aeroportos em situação adequada, a taxa média de ocupação foi de 60,7%. Em relação ao grupo em situação preocupante, a taxa média de ocupação situou-se em 88,2%. Finalmente, a taxa média de ocupação dos aeroportos em situação crítica foi de 202,2%, valor influenciado pelas taxas de Vitória (572%) e Goiânia (469%)”.

crescimento do setor aéreo¹⁰ no Brasil e pelos grandes eventos esportivos,¹¹ aliados ao crescimento econômico,¹² sua concepção remonta a década de 1990 com o surgimento do Programa Nacional de Desestatização e ao início dos anos 2000 com os debates que envolveram as privatizações.

Ao longo dos anos de efetivação dessa política pública, foram concedidos 44 (quarenta e quatro) aeroportos federais¹³ pela Agência Nacional de Aviação Civil¹⁴, totalizando expressiva transferência da

- 10 Nota Técnica do IPEA de Carlos Alvares da Silva Campos Neto e Frederico Hartmann de Souza publicada em abril de 2011 intitulada *Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações*, traz considerações interessantes sobre a visão de crescimento existente no período que coincide com o início do programa de concessão de aeroportos. Tratando especificamente do crescimento do setor aéreo, os autores mencionam: “De 2003 a 2010, o Brasil apresentou um crescimento considerável no movimento de passageiros e no número de viagens nos aeroportos do país. Durante esse período, o crescimento médio anual no número de passageiros foi de 10,2%. Se for considerado apenas o biênio 2009/2010, o crescimento foi de 20,4%. Em 2009, o país registrou 128 milhões de passageiros e, em 2010, esse fluxo passou para 154 milhões.” http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001. Acesso: 11.jul.2021.
- 11 Tratando especificamente dos eventos esportivos e da infraestrutura de transportes, o Consultor Legislativo do Senado Federal Paulo Roberto Alonso Viegas, em publicação oficial *Agenda Legislativa*, aborda o tema em estudo intitulado - *Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil*. Segundo o autor: “Dada a sua importância no deslocamento de pessoas entre longas distâncias, necessidade que aflora de modo mais incisivo num país de grandes dimensões territoriais como Brasil, o setor terá papel muito importante na realização dos grandes eventos esportivos no país. No entanto, o setor aéreo brasileiro tem apresentado diversas limitações e gargalos operacionais nos últimos anos. A estrutura aeroportuária do país deverá ser, portanto, reorganizada, com investimentos em aeroportos, reorganização e balanceamento das linhas aéreas e o desenho de um planejamento especificamente voltado para os períodos de cada um dos grandes eventos.” <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>. Acesso em: 11.jul.2021.
- 12 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) reviu a taxa de crescimento econômico do Brasil nos anos de 2001 e 2011, de acordo com a nova metodologia de cálculo do Produto Interno Bruto (PIB), que é a soma de todos os bens e serviços produzidos no país. Segundo o IBGE, a taxa de 2011 passou de 2,7% para 3,9%. A taxa de 2010, conforme a metodologia antiga que era 7,5%, passou para 7,6%. Nos demais anos, as revisões foram as seguintes: 2001 (manteve-se em 1,3%), 2002 (passou de 2,7% para 3,1%), 2003 (de 1,1% para 1,2%), 2004 (manteve-se em 5,7%), 2005 (de 3,2% para 3,1%), 2006 (manteve-se em 4%), 2007 (de 6,1% para 6%), 2008 (de 5,2% para 5%) e 2009 (de -0,3% para -0,2%). <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>. Acesso em: 11.jul.2021. Interessante estudo intitulado *A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro* realizado por Adriana Inhudes Gonçalves da Cruz, Antonio Marcos Hoelz Ambrozio, Fernando Pimentel Puga, Filipe Lage de Sousa e Marcelo Machado Nascimento e <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 11.jul.2021.
- 13 Dados constantemente atualizados sobre as concessões de aeroportos podem ser encontrados no site da Agência Nacional de Aviação Civil <www.anac.gov.br>. Ao longo desse trabalho, serão tratadas as concessões por rodadas que se referem a cada um dos seis leilões que abrangem os 22 aeroportos já concedidos com os contratos assinados e os 22 aeroportos cujo leilão ocorreu em abril de 2021 e que ainda não contam com a assinatura dos contratos.
- 14 A Agência Nacional de Aviação Civil é autarquia de regime especial (agência reguladora) criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 e regulamentada pelo Decreto n. 5.731, de 20 de março de 2006. Figura como parte nos contratos de concessão e é o Poder Concedente, variando seu papel e responsabilidades no processo licitatório conforme previsões existentes nos decretos específicos de cada rodada de concessão.

malha de passageiros¹⁵ e do percentual de processamento de cargas do total de aeroportos operados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária INFRAERO.

Em que pese a política pública esteja se confirmando como bem-sucedida, subsistiram controvérsias especialmente relacionadas à modelagem inicial, aos incentivos decorrentes da participação societária do Governo nas concessões, à própria composição societária dos grupos que participaram das primeiras rodadas, à existência de obrigações contratuais de investimentos e alterações na economia que impactaram nas projeções realizadas. Muitos desses problemas resultaram em alterações legislativas¹⁶ e modificações contratuais¹⁷, com vistas à readequação¹⁸ destes contratos incompletos¹⁹ de longa duração.

15 Segundo dados da Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Infraestrutura o percentual correspondente ao mercado de aeroportos já concedidos representava relativamente aos 22 (vinte e dois) aeroportos com contratos assinados 67%. Com o acréscimo de 11% relativamente aos 22 (vinte e dois) aeroportos da sexta rodada, cujos contratos estão próximos de serem assinados <<https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2021/leilao-de-22-aeroportos-da-6a-rodada>>. Acesso em: 11.jul.2021 o programa de concessão de aeroportos terá totalizado a concessão até o final do ano de 2021 de 44 (quarenta e quatro) aeroportos federais que correspondem a aproximadamente 78% do mercado no Brasil.

16 Exemplo foi a modificação legislativa que permitiu a assinatura de aditivos contratuais relativos à reprogramação de curvas de pagamentos de outorgas de aeroportos autorizadas pela Lei nº 13.449, de 26 de outubro de 2017, que estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria do setor aeroportuário.

17 A título de exemplo, cita-se os aditivos contratuais que versaram sobre a reprogramação das curvas de pagamentos tratadas nos processos administrativos 00058.521344/2017-49 de Guarulhos (SP), 00058.529593/2017-82, analisando o termo aditivo de Brasília (DF), 00058.535524/2017-16 analisando o termo aditivo de São Gonçalo do Amarante (RN) e 00058.511670/2017-48 e 00058.514096/2017-80 que trataram da reprogramação dos pagamentos do aeroporto do Galeão, todos os processos com fundamento na Lei nº 13.449, de 26 de outubro de 2017.

18 Estudo mencionado por Gustavo Leonardo Maia Pereira e Daniel Bogeá (disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opiniao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>> Acesso em: 11.jul.2021) denominado “Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil” traz reflexões valiosas. Intitulado Regulação da infraestrutura logística no Brasil e coordenado por Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde, Martin Stepanek do Centre for Analysis of Risk and Regulation (carr), London School of Economics and Political Science (disponível em <http://www.lse.ac.uk/accounting/carr/research/regulation-of-logistics-infrastructures-in-brazil?from_serp=1> Acesso em 11.jul.2021) traz constatações interessantes como: “Em termos do desafio de compromisso, em geral há uma alta taxa de renegociação nos projetos de infraestrutura da América Latina e em curtos intervalos, de cerca de dois anos, entre a cessão de uma concessão e a renegociação. A análise de 124 concessões de transportes no Brasil, Chile, na Colômbia e no Peru entre 1992 e 2011, com um total de 399 renegociações, Moore et al. (2014) constatou que quase metade das razões para a renegociação foram para alteração do plano de investimento do projeto ou a programação e para compensação à concessionária devido a mudanças exógenas na demanda ou nos custos, ou mesmo, devido a ação do governo anterior (“de interesse público”). Os resultados mais comuns das renegociações foram alterações no plano de investimento ou na programação, com as concessionárias aumentando o volume de investimento em troca de um pagamento direto feito pelo regulador, um aumento nas tarifas ou uma prorrogação do contrato.”

19 Marcos Nóbrega em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n 25, Abril/Junho 2009 apresenta interessante abordagem sobre Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Para o autor: “(...) a dinâmica dos contratos

O decurso do tempo e a evolução dos contratos foi acompanhada de preocupação permanente do Poder Concedente e dos investidores sobre a forma de resolução das controvérsias surgidas nas concessões. Assegurar a resolução técnica e rápida dos conflitos mostrou-se um objetivo comum que permitiu a ampliação considerável do escopo das cláusulas arbitrais e até mesmo a assinatura de compromissos arbitrais para pôr fim a litígios já judicializados, tudo com vistas a diminuição das incertezas relacionadas ao tempo de duração dos processos judiciais no Brasil²⁰.

1. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO TEMA

A primeira referência normativa específica que encontramos sobre a arbitragem como forma de resolução de controvérsias nos contratos de concessão federal está contida no artigo 23 da Lei n. 8.987, de 1995,²¹ que estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas –“ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”²². Posteriormente foi incluído o artigo 23-A nesta mesma lei para prever:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no

incompletos demanda uma nova abordagem para sua análise e interpretação. A síntese clássica (e neoclássica) resta incapaz de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara contratual. Dessa forma, argumentos trazidos pelo neoinstitucionalismo têm sido úteis para a interpretação contratual. Desse modo, a consciência e a mensuração dos custos de transação são extremamente relevantes considerando aspectos importantes como assimetria informacional e custos de agência. Os contratos, portanto, devem ser capazes de resolver conflitos distributivos entre as partes e absorver choques externos. De posse desse framework teórico, está inserida a análise dos contratos de infraestrutura e mais especificamente das concessões de serviço público e das Parcerias Público-Privadas. Por fim, resta óbvio que não há condições de compreender esses contratos de infraestrutura que são, em essência, complexos e incompletos, sem entender a lógica e repercussões de novas abordagens teóricas trazidas pelo neoinstitucionalismo.”

20 Sobre o tema recomendamos o artigo “Tempo de Processos Judiciais na Justiça Federal” de Caio Castelliano de Vasconcelos, Eduardo Watanabe de Oliveira, Henrique Pais da Costa e Tomas de Aquino Guimaraes disponível em <https://www.researchgate.net/publication/339240092_Tempo_de_Processos_Judiciais_na_Justica_Federal_do_Brasil> Acesso em: 11jul.2021.

21 Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

22 O Tribunal de Contas da União entendeu que a locução “modo amigável de solução de divergências” abrangia também a arbitragem. A evolução dos entendimentos do TCU sobre o tema é analisada com detalhamento em RODI (2016, p.25): “Na Decisão n.º 188, de 1995, relativa à exploração da Ponte Rio-Niterói, admite-se utilização da arbitragem pela Administração Pública em limites específicos, a saber: (i) vincular-se ao princípio da legalidade e (ii) da indisponibilidade do interesse público. Os Ministros do TCU entenderam que, neste caso, a Lei n.º 8.987/95 forneceu base para o emprego da arbitragem. Trata-se de constatação interessante, visto que anterior ao acréscimo do art. 23-A à Lei de Concessão Comum.”

Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Leis posteriores²³ confirmaram em diversos dispositivos a tendência de inserção da arbitragem como forma de resolução de conflitos envolvendo

23 A Lei n. 9.472/1997 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 previu em seu artigo art. 93, X: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”; a Lei n. 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, previu em seu art. 43, X: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;”; a Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências, previu em seu art. 35, inciso XVI: “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;”; a Lei n. 10.438/2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências, previu em seu art. 4º, § 5º, V: “Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. (...) § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: (...) V – para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel;” a Lei n. 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências, previu em seus art. 4º, §§ 5º e 6º: “Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da ; § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo;” a Lei n. 12.351, de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências, previu no art. 29, XVIII: “ Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: (...) XVIII – as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem;” a Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015) que Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de

concessões diversas. Embora não aplicáveis aos aeroportos federais, tais normas representam inegável tendência de ampliação e aplicação da arbitragem para a resolução das controvérsias em diversos setores afetados pela política de desestatização.

Especial relevância tem a Lei 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, pela enorme influência de suas disposições na modelagem das concessões federais de infraestrutura aeroportuária. Em que pese o instituto seja o da concessão, regido pela Lei 8.987, de 1995, as inovações contidas na Lei de PPP foram observadas nos editais e contratos de todos os aeroportos federais concedidos. Assim previu a Lei de PPP sobre arbitragem em seu artigo 11, III:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, 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, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, previu em seu artigo art. 44-A: “Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, 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, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015); a Lei n. 12.815, de 2013, Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências., previu em seu art. 62, § 1º: “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Em 2015 ocorre uma importante alteração legislativa promovida na Lei 9.307, de 1996, pondo fim à discussão que versava sobre a dúvida relativamente à possibilidade da Administração Pública ser parte em arbitragens (SCHMIDT, 2016). A inovação, trazida pela Lei 13.129, de 2015, tornou a questão pacífica (PEREIRA, 2017), nos seguintes termos:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1 A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Resolvida a aparente dúvida relativa a arbitrabilidade subjetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública, remanesciam ainda dúvidas sobre o conteúdo do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de resolução por arbitragem quando envolvendo a Administração Pública.²⁴ Neste ponto, por sua vez, relevante inovação decorreu da Lei 13.448, de 2017²⁵ que buscou exemplificar, especificamente para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, um rol de controvérsias que indiscutivelmente constituem direito patrimonial disponível.²⁶ Referida lei foi além e estabeleceu inovações importantes como a controvertida

24 Sobre o tema lembramos celebrada doutrina (DI PIETRO, 2015): “Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.”

25 Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

26 Artigo 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

arbitragem obrigatória,²⁷ a necessidade de decisão definitiva da autoridade competente para a submissão do conflito à arbitragem,²⁸ a previsão de aditivos contratuais para adequação da cláusula arbitral existente ao conteúdo da nova lei,²⁹ e a antecipação de custas do procedimento arbitral pelo parceiro privado.³⁰

Dentre as relevantes inovações para arbitragem trazidas pela Lei 13.448, de 2017, previu-se a regulamentação por Ato do Poder Executivo do credenciamento de câmaras arbitrais. O decreto em questão é o 10.025, de 20 de setembro de 2019, que trouxe detalhamento importante para algumas previsões da Lei, como por exemplo a publicidade ampla do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública³¹, a preferência pela arbitragem institucional,³² a necessidade do credenciamento prévio das câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União,³³ a previsão de critérios de vantagens e desvantagens para a assinatura de compromisso arbitral³⁴ e previsão de prazos específicos,³⁵ além do estabelecimento de

27 Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...) III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

28 “decisão definitiva da autoridade competente” nos termos do artigo 31 caput.

29 Art. 31, § 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

30 Art. 31, § 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

31 Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de sigredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

32 Art. 3º, V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

33 Art. 3º, VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

34 Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.

35 Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

requisitos mínimos para o credenciamento das câmaras pela AGU,³⁶ a possibilidade da União intervir nas causas arbitrais,³⁷ e a possibilidade de outras formas de adimplemento de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União.³⁸

A mais recente alteração normativa que influenciará a elaboração de cláusulas e os procedimentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública e os contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária é a Lei 14.133, de 2021, que trata de Licitações e Contratos Administrativos e reafirma em grande parte as inovações trazidas pela Lei 13.448, de 2017, inovando, porém, ao prever a possibilidade de extinção dos contratos por decisão arbitral.³⁹

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAL CLÁUSULA ARBITRAL

A primeira rodada de concessão de aeroporto no Brasil pode ser considerada atípica se comparada com as rodadas subsequentes, posto que concedido um projeto de aeroporto por construir (modelagem *greenfield*). Assim, o Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, possui características específicas que permitem isolar certas diretrizes aplicáveis apenas àquele aeroporto e contrato. As principais características que diferenciam essa das demais concessões de aeroportos

36 Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

37 Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais. § 1º As comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União responsáveis pela representação da União ou das entidades da administração pública federal indireta deverão assegurar a sua ciência inequívoca. § 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997.

38 Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. § 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente. § 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

39 Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

são: não participação societária da Infraero na Sociedade de Propósitos Específicos (SPE) exploradora da concessão⁴⁰; a atração de um operador aeroportuário com requisito de habilitação técnica considerado baixo se comparado com as demais rodadas de concessão; a realização dos estudos de viabilidade pelo BNDES, além de previsões contratuais que só se observam nessa primeira rodada, como a exploração⁴¹ da torre de controle de tráfego pelo concessionário. A regulação dessa modelagem inaugural de concessão se deu por meio de um Decreto Federal específico.⁴²

Assinado o contrato em 28 de novembro de 2011, com o início da concessão de 28 anos em 18 de janeiro 2012, a primeira cláusula arbitral em concessões federais de aeroportos era tímida e com escopo restrito aos “litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos (...)”.⁴³

40 Trata-se, neste ponto, de diferença específica em relação à segunda e terceira rodadas de concessões, conforme adiante explicitado.

41 Portaria Normativa nº 1.443/MD, de 9/9/2010, que conferiu ao concessionário do ASGA a exploração de tais serviços, por meio da EPTA, além de dispor que as tarifas relativas à execução dessa atividade constituem receita própria da Concessionária e se sujeitam às regras de reajuste e revisão previstas para as tarifas aeroportuárias.

42 Decreto nº 7.205, de 10 de junho de 2010, publicado no Diário Oficial da União de 11 de junho de 2010 que dispõe sobre o modelo de concessão para a exploração do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante

43 O conteúdo integral das disposições sobre arbitragem está contido na Seção III do contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante: 15.5 Quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos, serão definitivamente resolvidos por arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (doravante simplesmente denominado “Regulamento de Arbitragem”), observadas as disposições da presente Cláusula e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; 15.6 A arbitragem será conduzida por um Tribunal Arbitral composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) árbitro nomeado pela ANAC, 01 (um) árbitro nomeado pela Concessionária e o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas Partes; 15.7 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI procederá à sua nomeação, nos termos do Regulamento de Arbitragem; 15.8 A arbitragem será realizada em Brasília, Brasil, em língua portuguesa, devendo a parte que quiser produzir provas em idioma estrangeiro ou indicar testemunhas que não falem o Português providenciar a necessária tradução ou intérprete, conforme o caso; 15.9 Aplicar-se-ão ao mérito da causa submetida à arbitragem exclusivamente as normas do ordenamento jurídico brasileiro e os regulamentos específicos do setor elétrico nacional, excluída a equidade; 15.10 Fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal exclusivamente para: 15.10.1 o requerimento de medidas cautelares antes da remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral, conforme previsto no Regulamento de Arbitragem; 15.10.2 o ajuizamento da ação de anulação prevista na art. 33, caput, da Lei nº 9.307/96, e 15.10.3 a execução judicial da sentença arbitral; 15.11 As Partes concordam, no presente contrato, que qualquer medida urgente que se faça necessária após a remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral, nos termos do Regulamento de Arbitragem, será unicamente requerida ao Tribunal Arbitral; 15.12 A submissão à arbitragem, nos termos desta Cláusula, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à concessão, observadas as prescrições deste contrato; 5.13

O escopo reduzido de arbitrabilidade objetiva na primeira cláusula de arbitragem decorre do momento histórico em que firmado o contrato e de sua inspiração em modelagens que igualmente possuíam pouca experiência em arbitragens no Brasil. Curiosa, neste ponto, a referência, naquele contrato da ANAC, aos regulamentos específicos do setor elétrico nacional que, por um erro de remissão, constou expressamente no instrumento contratual daquele Aeroporto.

Em 2012, após o exitoso Leilão relativo ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN), foram licitados os aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. A segunda rodada foi especialmente reconhecida por seus ágios elevados⁴⁴. De se destacar que, por serem aeroportos já existentes e operados pela Infraero, o Governo Federal adotou outras diretrizes: participação da Infraero na Sociedade de Propósito Específico com 49% da participação societária e posição privilegiada assegurada por acordo de acionistas; fases de transição operacional rigorosamente definidas; investimentos obrigatórios vultosos realizados em um curto período de tempo (24 meses) na primeira fase do contrato, para fins de melhoramento da infraestrutura com objetivo de atender expectativas ligadas aos grandes eventos esportivos; e maior requisito de habilitação técnica exigindo operadores aeroportuários internacionais com experiência determinada.

Com contratos de concessão assinados em junho de 2012 e concessões iniciadas em julho do mesmo ano, com prazos de duração de 20 anos (Guarulhos), 25 anos (Brasília) e 30 anos (Viracopos), a cláusula arbitral dessa segunda rodada nada inovou em termos de escopo, mantida a arbitragem para discussão sobre indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato. As inovações procedidas na segunda rodada demonstram uma preocupação com os custos do procedimento e referem-se exclusivamente ao procedimento da arbitragem, estabelecendo regras sobre os custos de instauração do procedimento⁴⁵, os custos de

Observado o disposto nesta Cláusula, as partes poderão, de comum acordo, eleger outra Câmara Arbitral, com seu respectivo regulamento, para solução dos conflitos.

44 Brasília, lance vencedor: R\$ 4,5 bilhões (ágio de 673,37%); Guarulhos, lance vencedor: R\$ 16,2 bilhões (ágio de 373,51%); e Viracopos, lance vencedor: R\$ 3,82 bilhões (ágio de 159,76%). Conforme noticiado pela ANAC em <<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: 11.jul.2021, o resultado do Leilão foi amplamente comemorado pelo Governo Federal.

45 16.14 A responsabilidade pelos custos do procedimento arbitral será determinada da seguinte forma: 16.14.1 A Parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros; 16.4.2. Os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral recairão sobre a Parte que solicitou a providência, sendo compartilhados pelas Partes quando a providência for requerida pelo próprio Tribunal Arbitral; 16.14.3 A parte vencida no procedimento arbitral assumirá todas as custas, devendo ressarcir a parte vencedora pelas despesas que já tenha assumido no procedimento; e 16.14.4 No caso de procedência parcial do pleito levado ao Tribunal Arbitral, os custos serão divididos entre as Partes, se assim entender o Tribunal, na proporção da sucumbência de cada uma.

providências adotadas pelo Tribunal Arbitral, sobre os ressarcimentos pela parte vencida e a divisão de custos no caso de sucumbência recíproca.

A pouca inovação no tema entre a primeira e a segunda rodada pode ser explicada pela proximidade entre esses contratos, assinados com apenas 8 meses de diferença, e a inexistência de um debate concreto envolvendo o Poder Concedente e a cláusula da primeira rodada. Sem que houvesse nesse interim qualquer alteração normativa ou casuística que justificasse uma discussão mais ampla sobre o conteúdo das cláusulas, o que se observa é a repetição da cláusula da primeira rodada não apenas na segunda, mas igualmente na terceira rodada de concessão de aeroportos.

Os ágios elevados e o leilão exitoso, considerando ainda a composição dos consórcios vencedores e o curto período de tempo decorrido, levaram o Governo Federal a repetir muitas diretrizes na terceira rodada, optando mais uma vez pela participação da Infraero na Sociedade de Propósitos Específicos e na elaboração de um extenso rol de obrigações contratuais de melhorias na infraestrutura em um curto período de tempo, novamente justificado pelos grandes eventos esportivos da Copa do Mundo FIFA, em 2014, e dos Jogos Olímpicos, em junho de 2016. Duas relevantes inovações ligadas a essa rodada foram a elevação expressiva do requisito de habilitação técnica ligado à figura do operador aeroportuário - posteriormente criticada e retificada pelo Tribunal de Contas da União - TCU; e a existência de um plano de ações a serem implementadas com imediatismo nos aeroportos Tancredo Neves – Confins Minas Gerais e Antônio Carlos Jobim - Galeão no Rio de Janeiro.

Novamente os leilões foram bem vistos considerando especialmente os ágios que foram ainda mais expressivos.⁴⁶ Uma das características marcantes dessa terceira rodada de concessão de aeroportos foi que os consórcios vencedores contaram com os operadores de alguns dos mais reconhecidos aeroportos do mundo. O operador de Cingapura compôs o consórcio do Galeão e os operadores de Zurich e de Munique integraram o consórcio vencedor do aeroporto de Confins.

O lapso temporal existente entre as três primeiras rodadas - ocorridas em 2011-2013 - e a quarta rodada de concessão de aeroportos - ocorrida em março de 2017, por sua vez, permitiu a implementação de relevantes alterações de modelagem. Pode-se atribuir tais mudanças à curva de aprendizagem, à alteração de cenário econômico e evolução de debates existentes dentro do próprio Governo, como, por exemplo, aqueles

⁴⁶ Para o Galeão R\$ 19,018 bilhões (ágio de 294%). Confins R\$ 1,820 bilhão (ágio de 66%). Site oficial da Casa Civil da Presidência da República noticia como o Governo da época enxergou o sucesso do Leilão da terceira rodada <<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: 11.jul.2021.

motivados pelas dificuldades de aportes financeiros para que a Infraero cumprisse com suas obrigações financeiras nos aeroportos nos quais é sócia.

Na quarta rodada, foram quatro aeroportos concedidos⁴⁷. As principais novidades foram a exclusão da Infraero da Sociedade de Propósito Específico; a alteração nas condições públicas de financiamento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); o ajustamento dos requisitos de habilitação técnica à movimentação máxima esperada nos aeroportos até o final da concessão; além da sensível diminuição das obras obrigatórias com o aumento no prazo de sua conclusão. Os contratos foram modelados à lógica de gatilhos de investimentos vinculados ao risco de saturação das infraestruturas concedidas, sem a premência de implementação de melhorias de curto prazo atreladas aos grandes eventos esportivos então sediados no país.

A quarta rodada teve seu leilão realizado em 16 de março de 2017. Com as exigências de publicação de editais com prazo de antecedência mínimo para o leilão, pode-se concluir que a maior parte das discussões sobre a temática específica da arbitragem nesses contratos ocorreram ainda na vigência da Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016, que deu origem posteriormente a Lei 13.448, de 05 de junho de 2017. A proximidade dos debates de modelagem com a edição da medida provisória, e as incertezas relacionadas ao conteúdo que efetivamente restaria positivado em Lei, fizeram com que o Poder Concedente adotasse uma postura reticente e na Seção III do contrato estabelecesse uma cláusula única sobre arbitragem que dispõe:

17.5 Nos termos da Lei n.º 13.448, de 05 de junho de 2017, poderá a ANAC regulamentar a possibilidade de submissão de litígios, controvérsias ou discordâncias relativas aos direitos patrimoniais disponíveis a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

O conteúdo da cláusula da quarta rodada é objeto de críticas por não ter alcançado o objetivo de estabelecer um rol de matérias sujeitas à arbitragem. As críticas são procedentes e efetivamente os contratos desses quatro aeroportos necessitam de melhorias na seção relativa a arbitragem sob pena de ineficácia da cláusula e esvaziamento total do instituto. Ciente da possibilidade de melhorias relacionadas a essa cláusula, o Poder Concedente estabeleceu tratativas com os concessionários administradores dos aeroportos da quarta rodada com o objetivo de aproximar as cláusulas

47 Pinto Martins, em Fortaleza/CE; Luiz Eduardo Magalhães, em Salvador/BA; Hercílio Luz, em Florianópolis/SC; e Salgado Filho, em Porto Alegre/RS.

arbitrais desses contratos ao conteúdo das cláusulas das posteriores quinta e sexta rodadas de concessão.

A quinta rodada de concessão de aeroportos contou com a concessão de mais doze aeroportos.⁴⁸ Com leilão ocorrido em 15 de março de 2019 e contratos assinados em 2019, a quinta rodada pode ser considerada a de maior aprimoramento e evolução no conteúdo das cláusulas arbitrais em concessões de aeroportos federais. As relevantes inovações normativas abordadas no capítulo precedente, somadas à experiência concreta de discussões inclusive com outras agências reguladoras e com o Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, permitiram ao Poder Concedente avançar sobremaneira no conteúdo e na forma da seção sobre arbitragem.

A fonte de inspiração para a cláusula da ANAC foram os contratos de concessão da Agência Nacional de Petróleo (ANP), com os ajustes específicos decorrentes da Lei 13.448, de 2017. À época da elaboração desses contratos a ANAC já discutia concretamente com os concessionários sobre as cláusulas das rodadas anteriores e sobre a possibilidade de aditivos e assinaturas de compromissos arbitrais específicos.

A primeira e mais importante inovação contida na cláusula da quinta rodada foi a ampliação de escopo da arbitrabilidade objetiva. Com a evolução normativa sobre o tema o Poder Concedente entendeu por bem repetir na sua cláusula o conteúdo da Lei e assim estabelecer:

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n.º. 9.307, de 23 de setembro de 1996, todas as controvérsias havidas entre as partes desde que relativas a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionadas, assim definidas nos termos da Lei n.º 13.448/2017 e regulamentação superveniente, verificadas durante a execução ou após a extinção do contrato, após a decisão definitiva da autoridade competente.

Com o escopo mais abrangente e com foco não apenas nas discussões do final do contrato, mas, especialmente, na resolução por arbitragem dos grandes conflitos relativos à direitos patrimoniais disponíveis que

48 Ao todo 12 aeroportos foram incluídos no PND por meio do Decreto nº 9.180, de 24 de outubro de 2017. Aproximadamente 9,5% do mercado doméstico, com quase 20 milhões de passageiros por ano. Esta foi a primeira rodada de concessão de blocos de aeroportos. Os aeroportos foram concedidos pela primeira vez em blocos, sendo o Bloco Nordeste formado pelos aeroportos de Maceió/AL, Aracaju/SE, João Pessoa/PB, Campina Grande/PB, Juazeiro do Norte/CE e Recife/PE. Outro bloco é o Centro-Oeste, com a concessão dos aeroportos de Cuiabá/MT, Sinop/MT, Rondonópolis/MT e Alta Floresta/MT. Também foram concedidos os Aeroportos de Vitória/ES, Macaé/RJ, bloco do Sudeste.

ocorrerão durante a execução e ao longo da concessão, a quinta rodada finalmente traz para este universo de resolução de controvérsias os conflitos sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sobre o cálculo de indenizações e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

A seção foi elaborada entre a vigência da Lei 13.448, de 2017 e a edição do Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019. Com vistas as dar concretude ao conteúdo do artigo 31 da Lei, especialmente no que se refere a expressão “após decisão definitiva da autoridade competente”, os contratos de concessão de aeroportos trouxeram a previsão⁴⁹ de necessária preclusão administrativa da decisão da autoridade competente para a submissão à arbitragem.

Outra inovação⁵⁰ importante foi a possibilidade das partes escolherem de comum acordo a instituição arbitral que conduzirá o procedimento, ficando indicadas *a priori* três reconhecidas instituições para o caso de inexistir consenso, hipótese em que caberá ao poder concedente a escolha de uma dentre as três apontadas. A cláusula, ressalte-se, mostrou-se ainda passível de aprimoramento em contratos futuros, especialmente após a edição do ato de credenciamento de câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União⁵¹, previsto no Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, que regulamentou a Lei 13.448, de 2017.

Algumas inovações⁵² contidas nas cláusulas da quinta rodada representam a internalização de boas práticas recomendadas internacionalmente com especial destaque para as Regras de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*. Destaca-se a previsão de Tribunal composto por 3 árbitros e a escolha

49 17.6 Para os fins do item 17.5, considera-se definitiva a decisão proferida por autoridade administrativa competente quando sobre ela recaia a preclusão administrativa.

50 17.7 A arbitragem de que trata a presente Seção será institucional, de direito, observadas as normas de direito material brasileiro, devendo as partes, de comum acordo, designar a instituição arbitral que conduzirá o procedimento de acordo com o seu Regulamento de Arbitragem e obedecidas as regras previstas nos itens subsequentes. 17.7.1 Não havendo consenso entre as partes, a Agência Nacional de Aviação Civil indicará uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia.

51 O credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União foi regulamentado em 22 de julho de 2021, por meio da Portaria Normativa AGU n. 21/2021.

52 17.7.2 O Tribunal Arbitral será composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) nomeado pela parte requerente, 01 (um) nomeado pela parte requerida. O terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas partes. 17.7.3 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a instituição arbitral eleita procederá à sua nomeação, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem. 17.7.4 O disposto nos itens 17.7 e 17.7.1 não impede que as partes, de comum acordo e mediante decisão fundamentada, optem pelo estabelecimento de tribunal *ad hoc*, o qual estará sujeito às Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL.

do presidente por indicação dos dois árbitros indicados pelas partes. Além disso a possibilidade da instituição arbitral nomear o presidente do Tribunal caso não ocorra em prazo razoável, e a possibilidade (remota) das partes optarem pelo estabelecimento de tribunal *ad hoc*.

Em linha com as disposições legais sobre o tema, repetiu-se a língua portuguesa como idioma oficial do processo de arbitragem, a sede da arbitragem como sendo Brasília, local em que sediado o Poder Concedente, a eleição do foro da Justiça Federal do Distrito Federal como competente para o julgamento de controvérsias sobre as arbitragens.

Relativamente a medidas cautelares e tutelas de urgência, o item 17.11 do contrato de concessão da quinta rodada repete em grande medida o conteúdo da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevendo a necessidade de requerimento da arbitragem no prazo de 30 dias após a efetivação da decisão urgente requerida diretamente ao Poder Judiciário,⁵³ a confirmação pelo Tribunal Arbitral tão logo seja instalado,⁵⁴ o requerimento exclusivamente ao Tribunal Arbitral após a sua instauração⁵⁵. Um item interessante, ademais, é a exclusão expressa, na quinta rodada, da possibilidade do uso da figura do árbitro de emergência.⁵⁶

O item contratual relativo às despesas e custos da arbitragem não inova de forma relevante em relação aos contratos anteriores, procedendo apenas esclarecimentos pontuais que mais representam uma adequação aos novos termos da Lei 13.448, de 2017, do que uma alteração de sentido relevante. Nesse tema merecem destaque as previsões de fixação de honorários advocatícios⁵⁷ nos termos dos artigos 84 e 85 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil, e a previsão de que

53 17.11 Para os fins do item 17.10.1, havendo necessidade de medidas cautelares ou de urgência antes de instituída a arbitragem, a parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação aplicável, cessando sua eficácia se a arbitragem não for requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão.

54 17.11.1 O Tribunal Arbitral deverá decidir, tão logo instalado e antes de qualquer outra providência processual, pela preservação, modificação ou cessação dos efeitos da tutela provisória obtida antecipadamente por uma das partes em processo judicial.

55 17.11.2 As partes concordam que qualquer medida cautelar ou urgente que se faça necessária após a instauração da arbitragem será unicamente requerida ao Tribunal Arbitral.

56 17.11.3 Disposições sobre árbitro de emergência previstas no regulamento da instituição arbitral eleita não se aplicarão, observando-se, caso necessário, o disposto no Capítulo IV-A Lei n.º 9.307, de 23 de setembro 1996.

57 17.12.2 Ao final do procedimento arbitral, a Concessionária, se vencedora, poderá ser restituída das custas e despesas que houver adiantado, conforme determinado pela sentença arbitral, incluídas as despesas e os honorários advocatícios fixados nos termos dos artigos 84 e 85 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil ou norma que os suceda, à exceção da remuneração e demais custos do assistente técnico que não serão objeto de restituição.

nenhum tipo de outra despesa de representação da parte será objeto de ressarcimento, especialmente honorários advocatícios contratuais⁵⁸.

Um tema relevante e que pela primeira vez vem tratado na cláusula arbitral de um contrato de concessão federal de infraestrutura aeroportuária é a questão da publicidade da arbitragem.⁵⁹ Por expressa disposição legal e regulamentar, as arbitragens envolvendo a administração pública serão em regra ostensivamente públicas, o que torna recomendável, nos moldes em que procedeu a ANAC em seu contrato, a previsão da forma como se dará o cumprimento do dever de publicidade nos procedimentos arbitrais.

A sexta rodada de concessão de aeroportos está em andamento porém com leilão já ocorrido (07 de abril de 2021) e contratos em vias de serem assinados. A definitividade dos documentos jurídicos de tal rodada nos permite, para a finalidade deste artigo, analisar o conteúdo das cláusulas arbitrais que integrarão os contratos a serem assinados.

Trata-se da concessão de 22 aeroportos divididos em 3 blocos.⁶⁰ O leilão foi exitoso⁶¹ e rendeu um total de R\$3,3 bilhões de reais aos cofres públicos, por concessões com duração de 30 anos e que representam cerca

58 17.12.2.1. Não será devido nenhum outro ressarcimento de despesas de uma parte com sua própria representação, especialmente honorários advocatícios contratuais.

59 17.14 O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira, resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica.

60 O Bloco Sul (Aeroporto de Curitiba / PR – Afonso Pena (SBCT), Aeroporto de Foz do Iguaçu / PR – Cataratas (SBFI), Aeroporto de Navegantes / SC – Ministro Victor Konder (SBNF), Aeroporto de Londrina / PR – Governador José Richa (SBL0), Aeroporto de Joinville / SC – Lauro Carneiro de Loyola (SBJV), Aeroporto de Bacacheri/ PR (SBB1), Aeroporto de Pelotas/ RS (SBPK), Aeroporto de Uruguaiana / RS – Rubem Berta (SBUG) e Aeroporto de Bagé / RS – Comandante Gustavo Kraemer(SBBG)), Bloco Central (Aeroporto de Goiânia / GO – Santa Genoveva (SBGO), Aeroporto de SãoLuís/MA –Marechal Cunha Machado (SBSL), Aeroporto de Teresina / PI (SBTE) – Senador Petrônio Portella, Aeroporto de Palmas / TO – Brigadeiro Lysias Rodrigues (SBPI), Aeroporto de Petrolina / PE – Senador Nilo Coelho (SBPL)e Aeroporto de Imperatriz/ MA – Prefeito Renato Moreira (SBIZ)) e Bloco Norte (Aeroporto Internacional de Manaus / AM – Eduardo Gomes (SBEG), Aeroporto de Porto Velho / RO – Governador Jorge Teixeira de Oliveira (SBPV), Aeroporto de Rio Branco / AC – Plácido de Castro (SBRB), Aeroporto de Cruzeiro do Sul / AC (SBCZ), Aeroporto de Tabatinga / AM (SBTT), Aeroporto de Tefé / AM (SBTF) e Aeroporto de Boa Vista / RR – Atlas Brasil Cantanhede(SBBV)). Os citados Aeroportos foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND, conforme Decreto Federal nº 9.972, de 14 de agosto de 2019. As condições e os procedimentos de desestatização e concessão estão baseados no Decreto Federal nº 7.624, de 22 de novembro de 2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, bem como na Resolução Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI nº 52, de 08 de maio de 2019.

61 <<https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2021/leilao-de-22-aeroportos-da-6a-rodada#:~:text=CONCESS%C3%95ES-,Leil%C3%A3o%20de%2022%20aeroportos%20da%206%C2%AA%20rodada%20gera%20R%24%203,3%20bilh%C3%B5es%20em%20contribui%C3%A7%C3%A3o%20inicial&text=S%C3%A3o%20Paulo%2C%207%20de%20abril,%20R%24%20186%2C1%20milh%C3%B5es>> Acesso em: 11.jul.2021.

de 11% do total do tráfego de passageiros. O valor de ágio médio das propostas dessa recente rodada foi de 3.822,61%.

Em relação ao conteúdo da seção sobre arbitragem, importa notar que o contrato da sexta e última rodada segue procedendo relevantes inovações com vistas a aprimorar o uso do instituto como forma de resolução dos conflitos decorrentes do contrato. Cabe o registro de que a minuta de contrato foi discutida e modelada já após a assinatura de um relevante compromisso arbitral pela ANAC com um dos atuais concessionários de infraestrutura aeroportuária, o qual, inclusive, deu origem à instauração da primeira arbitragem envolvendo aquela Agência.

A primeira importante novidade introduzida na sexta rodada decorre da publicação do Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, e da necessidade de melhoramento redacional do que se compreende por decisão administrativa definitiva, nos termos da Lei. Aprimorando o conteúdo da cláusula da quinta rodada, e considerando o artigo 3º, III do Decreto 10.025, de 2019, a cláusula da sexta rodada previu: “16.6.1 As partes poderão se valer da arbitragem após decisão definitiva da autoridade competente, insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.”

Outro aprimoramento diretamente decorrente do Decreto foi a previsão de escolha por consenso de uma câmara arbitral “dentre aquelas previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União”⁶². Novamente na ausência de consenso o Poder Concedente escolherá uma dentre três câmaras⁶³ previamente indicadas e reconhecidamente aptas a condução do procedimento arbitral. Como, porém, o Decreto inova e prevê requisitos mínimos a serem observados no ato de credenciamento, tratou o Poder Concedente de acautelar-se e prever que, na hipótese de nenhuma das câmaras escolhidas pelo contrato ostentar os requisitos do credenciamento⁶⁴, haverá a eleição pelo Poder Concedente de outra câmara arbitral que os atenda.

62 16.9 As Partes deverão, de comum acordo, eleger câmara arbitral, capaz de administrar a arbitragem conforme as regras da presente Seção, e apta a conduzir os atos processuais na sede da arbitragem, conforme item 16.14, e, eventualmente, em outra localidade no Brasil pertinente, dentre aquelas previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União ou, caso esteja indisponível o credenciamento, que demonstre atender aos requisitos deste.

63 16.9.1 Não havendo consenso quanto à escolha da câmara, o Poder Concedente elegerá, no prazo de 15 (quinze) dias, uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia.

64 Registre-se que a regulamentação do credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União se deu em 22 de julho de 2021, por meio da Portaria Normativa AGU n. 21/2021, portanto posteriormente ao leilão da sexta rodada de concessões, em 7 de abril de 2021.

A possibilidade de procedimentos expeditos e árbitros únicos também foi prevista na sexta rodada, exigindo-se apenas o acordo expresso entre as partes.⁶⁵

Novidade nos contratos de concessão de aeroportos foi a previsão, na sexta rodada, de possibilidade de escolha não restrita à lista de árbitros da câmara arbitral eleita.

Em sentido absolutamente contrário ao quanto posto na quinta rodada o Poder Concedente procedeu, ainda, relevante inovação ao prever que as partes deverão requerer medidas cautelares ou de urgência, antes da arbitragem instituída, ao árbitro de emergência nos termos do regulamento da câmara eleita.⁶⁶

Duas outras inovações da seção de arbitragem dos recentes contratos de concessão de aeroportos merecem registro. A primeira diz respeito à possibilidade expressa da sentença arbitral definitiva, quando condenar o Poder Concedente, prever o adimplemento mediante meios contratuais pertinentes, como o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶⁷

Por fim, o dever das partes de indicar nas peças do procedimento arbitral os dados e documentos que reputam devam ser preservados de acesso público, indicando expressamente o fundamento legal para a restrição de acesso, é outra inovação⁶⁸ que visa dar ainda maior concretude ao princípio da publicidade envolvendo as arbitragens com a administração pública, bem como auxiliar a câmara arbitral de desincumbir-se do ônus de condução e administração do procedimento e acesso público às informações dele decorrentes.

65 16.10.1 Somente serão adotados procedimentos expeditos ou de árbitro único em caso de acordo expresso entre as Partes.

66 16.16 Havendo necessidade de medidas cautelares ou de urgência antes de instituída a arbitragem, a parte interessada deverá requerê-las ao árbitro de emergência nos termos do regulamento da Câmara de Arbitragem eleita na forma do item 16.9 e seus subitens, cessando sua eficácia caso a arbitragem não seja requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão. 16.16.1 Se ainda não houver sido definida a Câmara nos termos do item 16.9, a medida deverá ser solicitada a um árbitro de emergência indicado conforme o regulamento de uma das três Câmaras ele

67 16.18 A sentença arbitral será definitiva, obrigará as Partes e, quando condenatória do Poder Concedente, será adimplida mediante expedição de precatório judicial, requisição de pequeno valor ou por meio dos instrumentos contratuais pertinentes, inclusive mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme determinado na sentença e de acordo com a natureza da obrigação imposta, observadas as disposições regulamentares vigentes

68 16.19 O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira, resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da câmara arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica. 16.19.1 Caberá a cada Parte da arbitragem, em suas manifestações, indicar as peças, dados ou documentos que, a seu juízo, devem ser preservados do acesso público, apontando o fundamento legal. 16.19.2 Caberá ao Tribunal Arbitral dirimir as divergências entre as Partes da arbitragem quanto às peças, dados e documentos indicados no item 16.19.1 e à responsabilidade por sua divulgação indevida.

3. CONCLUSÃO

O Programa Nacional de Desestatização e o Regime de Concessão de Serviços Públicos impulsionaram, após a criação da Agência Nacional de Aviação Civil, a elaboração de uma política pública de transferência de aeroportos federais explorados pela Infraero para a iniciativa privada.

Ao longo dos últimos 10 anos, o Governo Federal concedeu 44 (quarenta e quatro) aeroportos distribuídos em todas as regiões do país, totalizando 78% do mercado transferido à administração privada.

A política pública de concessão de aeroportos do Brasil pode ser considerada bem sucedida sobre diferentes ângulos que variam da análise dos resultados financeiros dos leilões, até a atração de operadores de renome mundial, passando também pela consistência da modelagem dos documentos jurídicos e procedimentos.

O aprimoramento do programa de concessão federal de aeroportos foi acompanhado por uma constante evolução normativa do tema envolvendo arbitragem e administração pública e arbitragem e contratos de infraestrutura aeroportuária, rodoviária e ferroviária.

A evolução normativa e a necessidade de ampliação do escopo de abrangência das cláusulas arbitrais nos contratos propiciaram que o Poder Concedente, sob influência de outros reguladores, do Ministério da Infraestrutura e do Programa de Parceria de Investimentos do Governo Federal, procedesse a avanços relevantes no conteúdo dos contratos relativamente à arbitragem.

Atualmente a cláusula dos contratos da ANAC é não apenas compatível com as mais recentes inovações no ordenamento jurídico, como atenta a previsões importantes de regulamentos e *standards* internacionais de boas práticas em arbitragem, chegando mesmo a inovar de forma ousada com previsões inéditas no âmbito da Administração Pública Federal, a exemplo daquela que estabelece o requerimento de medidas de urgência e tutelas ao árbitro de emergência.

Por certo que a modelagem e a política pública não estão alheias ao apontamento de falhas e a críticas que devem nortear a sua evolução e o aperfeiçoamento dos institutos relacionados. O que se pode concluir é que o modelo é consistente e seu arcabouço jurídico é suficiente⁶⁹ e

69 Nesse sentido, a confirmação da suficiência de regramentos e normas incidentes sobre o modelo está na ausência de impugnações e no próprio sucesso das quatro rodadas de concessão de aeroportos. Em 2012, quando do início da implementação dessa política, havia quem na doutrina questionasse e vislumbra-se até mesmo a necessidade de um marco regulatório específico, o que não se confirmou necessário nas concessões de infraestrutura aeroportuária. Nesse sentido: “O ideal seria a edição anterior de um marco regulatório específico para o setor, tal qual ocorreu com as telecomunicações, agregando maior segurança jurídica para todos os envolvidos e um planejamento a longo prazo para o segmento da aviação civil. Mas, insista-se,

robusto e que ganha espaço o uso da arbitragem como forma prioritária de resolução dos conflitos surgidos nos contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços público e nas PPPs in RDA *Revista de Direito Administrativo* – Belo Horizonte, Ano 2013, n. 263. Maio/agosto de 2013.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva e DE SOUZA, Frederico Hartmann, *Aeroportos no Brasil: investimentos recentes, perspectivas e preocupações*. Nota Técnica do IPEA disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=8001> Acesso em: 11jul.2021

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. *Aeroportos no Brasil: Investimentos e concessões*. Radar n. 18. Fevereiro de 2012. IPEA. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes>> Acesso em: 11jul.2021

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CRUZ, Adriana Inhudes Gonçalves Adriana da, AMBROZIO, Antonio Marcos Hoelz, PUGA, Fernando Pimentel, SOUSA, Filipe Lage de, NASCIMENTO, Marcelo Machado *A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro*. Disponível em <www.bndes.gov.br/bibliotecadigital> Acesso em: 11jul.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- In Temas polêmicos de licitações e contratos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

já é um enorme avanço a legítima opção pelas concessões públicas e a incidência de um novo regime de contratações — o RDC — que se mostra, a princípio, mais eficiente e eficaz na obtenção dos resultados de eficiência que a sociedade e os usuários dos aeroportos esperam. Contudo, só o tempo dirá se essa expectativa será confirmada.” GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=82309>>. Acesso em: 17.jul.2018.

- As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Coluna Interesse Público*. Consultor Jurídico publicado em 24 de setembro de 2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2> > Acesso em: 11 jul.2021.

DUTRA, Pedro. Concorrência em licitação: o exemplo dos aeroportos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99015>> Acesso em: 11 jul. 2021.

FREITAS, Rafael Vêras de. O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e o seu regime jurídico. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 137-174, mar./ago. 2017.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=82309>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

GLASSMAN, Guillermo. Modelagem de editais e contratos de infraestrutura: dever de repartição adequada de riscos e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=249038>> Acesso em: 11 jul. 2021.

GUERRA, Sérgio. *Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248132>> Acesso em: 11 jul. 2021.

MARQUES, Floriano de Azevedo Marques e ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Ano 7, n 25, Abril/Junho 2009.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, Edição 1, Maio de 2017. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao> > Acesso em: 11 jul. 2021.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia e BOGEÁ, Daniel. *Estudo estrangeiro sobre infraestrutura de transporte no Brasil traz reflexões valiosas*. <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-27/opinioao-analise-infraestrutura-transporte-brasil>> Acesso em: 11jul.2021.

RODI, Rodrigo Mota. CABIMENTO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: *estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma*. São Paulo, 2016. Disponível em < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf> > Acesso em: 11 jul.2021

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2016.

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – Do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda? *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, N. 5. Março/Agosto de 2015

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. KLOSS, Renato Otto. *A arbitragem no âmbito das concessões de aeroportos*. Editora Justiça e Cidadania. Direito Público. 17 de março de 2015. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/a-arbitragem-no-ambito-das-concessoes-de-aeroportos/>> Acesso em: 11jul.2021.

VIEGAS, Paulo Roberto Alonso. *Infraestrutura de Transportes em Grandes Eventos Esportivos: Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil. Consultor Legislativo do Senado Federal em publicação oficial Agenda Legislativa*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/agenda-legislativa/capitulo-6-infraestrutura-de-transportes-em-grandes-eventos-esportivos-copa-do-mundo-e-olimpiadas-no-brasil/view>> Acesso em 11jul.2021.

SITES

<<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/04/concessoes-sao-o-caminho-para-a-modernizacao-dos-aeroportos-afirma-dilma>> Acesso em: 11jul.2021.

<<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/03/presidente-temer-classifica-leilao-de-aeroportos-como-sucesso>> Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>> Acesso em: 11jul.2021

<<https://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN1EG1ML-OBRBS>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<https://www.ppi.gov.br/>> Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/03/ibge-reve-taxa-de-crescimento-da-economia-em-2011-para-39>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

<<http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/noticias/2013/11/leilao-do-galeao-e-de-confins-tem-agio-medio-de-253>> Acesso em: Acesso em: 11jul.2021

Tempo de Processos Judiciais na Justiça Federal de Caio Castelliano de Vasconcelos, Eduardo Watanabe de Oliveira, Henrique Pais da Costa e Tomas de Aquino Guimaraes disponível em < https://www.researchgate.net/publication/339240092_Tempo_de_Processos_Judiciais_na_Justica_Federal_do_Brasil > Acesso em: 11jul.2021

