

A Derrotabilidade das Regras de Arbitragem na Concessão do Aeroporto de Viracopos*.

THE DEFEASIBILITY OF ARBITRATION RULES IN THE CONCESSION OF VIRACOPOS AIRPORT.

Edilson Pereira Nobre Júnior**

Romero Paes Barreto de Albuquerque***

RESUMO

Quando pensamos no instituto da arbitragem, vem em mente a possibilidade de resolução de um conflito entre partes ocorrer de forma célere e fundamentada numa decisão altamente técnica e especializada. Em que pese à arbitragem ter sido positivada no Brasil, de forma geral, pela Lei nº 9.307/1996, apenas com a reforma trazida pela Lei nº 13.129/2015 é que ficou expressa a possibilidade de sua utilização por parte da Administração Pública. Não podemos olvidar que a Suprema Corte, no julgamento do Caso Lage, ocorrido em 1973, e outros diplomas normativos posteriores à Lei nº 9.307/1996 e anteriores à reforma trazida pela Lei nº 13.129/2015, já admitiam o uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Diante disso, durante a rodada de concessão de aeroportos ocorrida no ano de 2011 no Brasil, onde houve o leilão do Aeroporto de Viracopos-SP, o contrato de concessão previu a utilização de mecanismos arbitrais para eventual necessidade de fixação de indenização de ativos. No decorrer da execução do contrato, houve instauração de processo de caducidade por parte do poder concedente, bem como requerimento por parte da concessionária no enquadramento da concessão aos termos do instituto da relicitação. Em ambos os casos, a instauração do processo arbitral tem papel relevante para definição dos rumos da concessão. No entanto, até o momento não houve a instauração do procedimento arbitral, havendo uma verdadeira

* Este escrito teve sua origem na exposição do primeiro dos autores durante seminário realizado na disciplina Controle da Administração: novas dimensões, cuja regência, no currículo do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, coube ao segundo dos autores. Este, visando ao aperfeiçoamento do texto, fez acréscimos e propôs modificações. Por sua vez, a temática do presente trabalho se amolda ao âmbito do Projeto de Pesquisa “O controle das funções estatais na atualidade e o combate à corrupção”, desenvolvido pelo segundo dos autores.

** Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público. Realizou investigação a nível de Pós-Doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Líder do Grupo de Pesquisa “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”.

*** Mestre e Doutorando em Direito do Estado e Regulação pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Integrante do Grupo de Pesquisa “Desafios do controle da Administração Pública contemporânea”.

derrotabilidade das normas disciplinadoras da arbitragem no caso concreto, a qual pode estar sendo ocasionada devido ao apagão de canetas ou até mesmo devido a um comportamento malicioso por parte da Administração Pública. A celeridade na resolução do conflito é fundamental para que a incerteza jurídica não contamine investimentos em outras concessões e nem termine por prejudicar a população usuária dos serviços públicos.

Palavras-chave: Administração Pública. Arbitragem. Infraestrutura. Derrotabilidade.

ABSTRACT

When we think of the arbitration institute, comes in mind the possibility to quickly resolve a conflict between parties based on a highly technical and specialized decision. In spite of the fact that arbitration was lay down in Brazil, in general, by Law No. 9.307/1996, only with the reform brought by Law No. 13.129/2015, the possibility of its use by the Public Administration was expressed. We cannot forget that the Supreme Court, in the judgment of the Lage Case, which took place in 1973, and other normative diplomas after Law No. 9307/1996 and prior to the reform brought by Law No. 13,129/2015, already admitted the use of arbitration within the scope of Public Administration. Therefore, during the airport concession round on 2011 in Brazil, where the Viracopos-SP airport auction took place, the concession contract foresee the use of arbitration mechanisms for the eventual need to set asset indemnity. During the execution of the contract, the granting authority initiated a forfeiture process, as well as a request by the concessionaire for the concession to be subject to the terms of the relitigation institute. In both cases, the initiation of arbitration proceedings has a relevant role in defining the direction of the concession. However, until now, there has been no arbitration procedure, and there is a real defeasibility of the arbitration rules in the specific case, which may be caused by the blackout of pens or even due to malicious behavior on the part of the Public Administration. Resolving the conflict quickly is essential so that legal uncertainty does not contaminate investments in other concessions or end up harming the population that uses public services.

Keywords: Public Administration. Arbitration. Infrastructure. Defeasibility.

1 – INTRODUÇÃO.

Quando pensamos no instituto da arbitragem, o que nos vem à mente é a possibilidade de submissão de uma controvérsia jurídico-contratual aos cuidados de um terceiro imparcial, num âmbito extrajudicial, para que de maneira eficiente, técnica e célere seja proferida uma decisão que ponha fim ao conflito surgido entre as partes.

Sem sombra de dúvidas, um dos efeitos esperados com o instituto da arbitragem é o de se evitar que o conflito surgido pelas partes seja resolvido na esfera do poder judiciário. E isso envolve algumas razões.

Uma delas é alta demanda de processos judiciais. De acordo com o relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o acervo em trâmite que aguarda solução definitiva no Brasil no ano de 2019 supera os 77 (setenta e sete) milhões de processos¹. Devido ao incrível número de processos, é natural que o tempo médio para que haja a solução definitiva dos litígios seja significativamente alto.

Afora os problemas relacionados à duração razoável do processo, os incentivos para adesão ao procedimento arbitral também decorrem da proposta da alta especialização dos árbitros, o que teria como consequência a produção de decisões mais técnicas e qualificadas. No âmbito do judiciário, a multidisciplinariedade das questões jurídicas postas em conflito tende a impedir uma especialização dos juízes em todos os campos de conhecimento, principalmente numa época na qual o desenvolvimento tecnológico nos formatou uma sociedade intensamente complexa².

Assim, assinalados esses pontos iniciais, é notório que para a Administração Pública é oportuno usufruir de um procedimento mais célere e mais eficiente, considerando aqui a possibilidade de decisões tecnicamente mais consistentes e produzidas num tempo adequado.

2 – DA SISTEMÁTICA LEGAL DA ARBITRAGEM NO BRASIL.

No Brasil, a arbitragem foi disciplinada inicialmente pela Lei nº 9.307/1996. Vale ressaltar que o diploma legal não mencionava expressamente a possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos ali delineados, relacionados à resolução de direitos patrimoniais disponíveis.

¹ Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020.

² A doutrina vem se ocupando em enumerar as vantagens que resultam do emprego da arbitragem para a solução dos litígios entre a Administração e o administrado. É o caso, por exemplo, de Juan Manuel Trayter (El arbitraje de derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 143, p. 76-77, maio-agosto de 1997) e de José Carlos Vieira de Andrade (**A justiça administrativa**. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 127). Daí se apontar, como a favorecer a arbitragem, a flexibilidade procedimental, a tática da sedução dos liames entre a fazenda pública e o cidadão, garantia de uma maior confidencialidade e uma certa democratização da justiça, sem contar a controvertida e discutível ideia de um menor custo para as partes.

No entanto, tudo começou pela atuação da jurisprudência, não devendo se olvidar o *leading case* da arbitragem em litígios envolvendo a Administração Pública no território pátrio, que remonta ao ano de 1973 com o caso Lage, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no agravo de instrumento nº 52.181 – Guanabara³.

Para fins do presente artigo, é importante aprofundar o pano de fundo que deu origem ao caso Lage. Assim, vale dizer que o Decreto-lei nº 4.648 de 1942 incorporou ao patrimônio nacional bens e direitos das empresas da chamada Organização Lage bem como do espólio de Henrique Lage. Isso se deu em razão do estado de guerra então vigente, conforme declarado pelo Decreto nº 10.358 de 1942.

Houve uma divergência na precificação do valor dos ativos incorporados pelo Decreto-Lei nº 4648/1942. Dessa forma, foi editado o Decreto-lei nº 9.521 de 1946, determinando que o *quantum* indenizatório deveria ser estabelecido através de um juízo arbitral, a ser instituído exclusivamente para a resolução desse conflito e que seria composto por três membros, sendo um indicado pelo ministro da fazenda, outro indicado pelo espólio de Henrique Lage e um escolhido dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, em exercício ou já aposentado.

O juízo arbitral instituído proferiu sentença fixando o valor indenizatório devido pela União em razão da incorporação dos bens. Como não houve o cumprimento voluntário da obrigação fixada, o Espólio de Henrique Lage ingressou em juízo para fazer valer a sentença arbitral proferida para o caso.

A União, por sua vez, alegava, dentre outros temas, a nulidade da sentença arbitral em razão da fazenda pública não poder ter suas causas submetidas a um juízo arbitral. Porém, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido formulado pelo Espólio de Henrique Lage, reconhecendo a legalidade do juízo arbitral nas causas que tinham como parte a fazenda pública.

Assim, em que pese à Lei 9.307/1996 não ter tratado especificamente da possibilidade de utilização da arbitragem na esfera da Administração Pública, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição do mencionado diploma legal, já admitia a participação de entes estatais em contendas sob a égide do

³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084> – Acesso em 08/12/2020.

instituto da arbitragem, diretriz à qual não corresponderam os órgãos de controle, especialmente o Tribunal de Contas da União⁴.

Desta feita, atos normativos posteriores passaram a possibilitar a utilização da arbitragem em ocasiões em que a Administração Pública fosse parte interessada. Nessa linha, podemos apontar o inciso XV do artigo 93 da Lei nº 9.472/1997, que trata das telecomunicações. Do mesmo modo, vemos a positivação da arbitragem no inciso X do artigo 43 da Lei nº 9.478/1997, que trata de petróleo e gás.

Ainda de forma setorial, houve previsão de arbitragem no inciso XVI do artigo 35 da Lei nº 10.233/2001, que trata da reestruturação de transportes aquaviário e terrestre. Saindo um pouco da regulação setorial, o inciso III do artigo 11 da Lei 11079/2004, que trata das parcerias público-privada, passou a admitir expressamente a possibilidade de arbitragem na esfera da Administração Pública.

Vale mencionar ainda que a Lei nº 8.987/1995, que versa sobre as concessões e permissões de serviço público, foi alterada pela Lei nº 11.196/2005, que inseriu em seu texto o artigo 23-A, passando a admitir expressamente a utilização de mecanismos arbitrais para a resolução de conflitos.

Diante desse *background* regulatório, a Lei 13.129/2015, como não poderia ser diferente, reformou a Lei 9.307/1996 e ampliou o espectro de utilização da arbitragem, regulando temas que não haviam sido previstos anteriormente e, de forma ampla, possibilitou à Administração Pública se utilizar de institutos arbitrais.

Ressalte-se que o legislador pátrio, ao possibilitar a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, termina por concretizar a consensualidade como forma de atuação dos entes estatais, que reflete a ideia de democratização da Administração Pública conectada ao Estado Social e participativo⁵, à medida que permite a inclusão dos administrados na formação do consenso decisório.

Vale dizer ainda que a participação da Administração Pública em litígios que envolvam a arbitragem, onde há aplicação de regras de direito privado, não deve ser vista

⁴ Consultar, a respeito, a TC nº 8.217/93 – 9 (Plenário, v.u., rel. Min. Homero Santos, julgamento em 15-07-93).

⁵ MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.47 n 188 out/dez. Brasília 2010. Pág 31.

como uma afronta a visão de que toda a atividade do Estado deve ser sempre regulada por princípios de direito público⁶.

As lições consagradas acerca do princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público⁷ não devem ser dogmas intransponíveis à possibilidade de arbitragem no âmbito da Administração Pública. Esses conceitos devem sofrer releituras para que sejam adequados a nova ordem constitucional que, como já dito, consagra o Estado Democrático de Direito, nele abrangendo aspectos concernentes à consensualidade nas relações entre o administrador e o administrado.

3 – NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM E SEU IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Conforme visto no capítulo anterior, há amparo tanto normativo como pretoriano para a aplicação do instituto da arbitragem na esfera da Administração Pública. No entanto, é necessário se atentar para algumas especificidades que devem ser observadas pelos agentes públicos quando da utilização da arbitragem.

Mas antes de entrar na forma de aplicação da arbitragem pelos agentes públicos, é importante ter em mente que a natureza jurídica do referido instituto suscitou algumas dúvidas ao longo do tempo, havendo duas correntes que merecem destaque⁸.

De um lado podemos falar acerca da corrente privatista, que reconhece o instituto por sua característica contratual, sendo a decisão do árbitro apenas a consequência de um acordo firmado no âmbito privado, algo similar a transação, podendo o judiciário apreciar o mérito e a validade da decisão arbitral.

⁶ De acordo com Themistocles Brandão Cavalcanti (**Instituições de Direito Administrativo – Parte Especial**. II Volume. 2ª Edição. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1938. Pág 12) “a situação do direito administrativo no conjunto das ciencias jurídicas não admite controversias. Sendo esse ramo do direito, por definição, aquelle que regula a actividade do Estado, os principios que o regem são todos de direito publico”.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2009. Pág 96.

⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012. páginas 84-89.

Por outro lado, temos a corrente publicista, que observa um caráter jurisdicional no instituto, equiparando a arbitragem a jurisdição estatal, não havendo a necessidade de a decisão arbitral ser levada a homologação pelo poder judiciário.

No Brasil, desde a edição da Lei 9.307/96, o legislador optou por atribuir a decisão arbitral o status de sentença judicial. Reforce-se que o artigo 515 do Código de Processo Civil de 2015, como não poderia deixar de ser, trata a sentença arbitral como título executivo judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, através de julgados proferidos tanto na primeira quanto na segunda seção, firmou o entendimento de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, adotando, desta maneira, a corrente publicista da arbitragem⁹.

Por outro lado, é de se dizer que a arbitragem deve, em princípio, ser utilizada por parte da Administração Pública quando estiver em jogo direitos patrimoniais disponíveis, consoante reza o §1º do artigo 1º da Lei 9.307/1996. Mas o que seriam direitos patrimoniais disponíveis no âmbito da Administração Pública?

Num primeiro momento, importa mencionar que o princípio da indisponibilidade na Administração Pública assevera que o titular, no caso de ente estatal, não pode simplesmente dispor ou renunciar acerca de um determinado direito material sem que haja autorização legal para tanto¹⁰. No entanto, como dito num momento anterior, é fundamental que haja uma releitura desse princípio a fim de sistematizar e harmonizar¹¹ sua aplicação na ordem jurídica nacional.

Neste sentido, como bem apontado na doutrina pátria, podemos considerar como disponíveis todos os interesses e os direitos neles derivados que tenham expressão patrimonial, possam ser quantificados monetariamente, estejam no comércio e que são objeto de contratação¹².

⁹ Neste sentido, vide os seguintes julgados: CC 157099/RJ, CC 150830/PA, CC 139519/RJ e AgInst no CC 156133/BA.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2011. Pág 67.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª Edição. Editora SaraivaJur. São Paulo. 2018. Pág 335.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. 1997

Na tentativa de superar qualquer tipo de polêmica acerca do que poderia ser interpretado como direito patrimonial disponível, o legislador nacional, através do artigo 2º do Decreto nº 10.025/2019¹³, que regulamenta a utilização da arbitragem em diversos setores no âmbito da Administração Pública federal, definiu quais controvérsias seriam consideradas como direitos patrimoniais disponíveis.

Não há como olvidar que o estatuído no decreto acima referido endereça a questão de maneira semelhante ao que foi definido no sistema de arbitragem vigente em Portugal. Primeiramente, importa dizer que a Lei de Arbitragem Voluntária – LAV¹⁴ portuguesa admite a arbitragem de forma até mais ampla que a legislação brasileira.

De se dizer ainda que no Brasil, para que a Administração Pública possa se utilizar de arbitragem, o direito deve ser patrimonial e disponível. Já em Portugal há uma certa amplitude da matéria que pode ser submetida a arbitragem¹⁵. Por outro lado, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos – CPTA português, que fora reformado em 2015¹⁶, dispõe quais questões podem ser submetidas a arbitragem¹⁷.

Como bem apontado por Almeida¹⁸, a possibilidade da arbitragem de direito administrativo depende de uma opção política de confiança do legislador na arbitragem. Desta maneira, identificados os casos ou matérias que podem se sujeitar a sistemática da arbitragem por opção legislativa, restam superados os eventos que tenham relação com o

¹³ Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

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 parceria; e
III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

¹⁴ Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized> - Acesso em 08/12/2020.

¹⁵ De acordo com os itens 1 e 2 do artigo 1º da LAV: 1 - desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.

¹⁶ Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/15/2002/p/cons/20151002/pt/html> – Acesso em 08/12/2020.

¹⁷ De acordo com o artigo 180 do CPTA: 1 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

¹⁸ ALMEIDA, Mário Aroso. **Arbitragem de Direito Administrativo: algumas considerações**. CAAD Newsletter 1/2015. Pág 18.

princípio da indisponibilidade de direito público, na medida que existe parâmetro regulatório suficiente permitindo a utilização dos procedimentos arbitrais no âmbito da Administração Pública.

4 – O CASO VIRACOPOS.

Neste tópico, vamos discorrer um pouco acerca da concessão do Aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP.

A concessão de aeroportos, de acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC¹⁹, tem como objetivo atrair investimentos para qualificar a infraestrutura aeroportuária brasileira bem como para promover melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo no Brasil.

Nessa linha, desde o ano de 2011, foram realizadas cinco rodadas de concessões aeroportuárias no país, sejam através de blocos individuais ou de blocos regionais. Dentre os concedidos, encontra-se o Aeroporto de Viracopos (SP), que teve seu leilão realizado na BMF&BOVESPA em 06/02/2012, sendo o contrato assinado em 14/06/2012 e o prazo da concessão estipulado em 30 (trinta) anos²⁰.

O Consórcio Aeroportos Brasil, vencedor do leilão, era composto pela Triunfo Participações e Investimentos, UTC Participações e Egis Airport Operation, tendo assumido 51% (cinquenta e um por cento) do controle da operação. Os 49% restantes continuaram com a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, conforme previsto no item 6.2.6.7 do Edital de leilão²¹.

Vale dizer ainda que o referido consórcio venceu o leilão após proposta de R\$ 3.821.000.000,00 (três bilhões e oitocentos e vinte e um milhões de reais), que representaram um acréscimo de 159,75 % (cento e cinquenta e nove virgula setenta e cinco por cento) do preço mínimo estabelecido no item 4.24.2 do edital²².

¹⁹ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes> - Acesso em 11/01/2021

²⁰ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas> - Acesso em 11/01/2021.

²¹ Disponível em: <https://www2.anac.gov.br/gru-vcp-bsb/> - Acesso em 12/01/2021.

²² Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2012/leilao-de-aeroportos-tem-agio-medio-de-347> - Acesso em 12/01/2021.

O contrato firmado objetivava a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do complexo aeroportuário, a ser implementada em quatro fases, as quais eram as seguintes:

FASE I-A – fase de transferência das operações do Aeroporto da Infraero para a Concessionária;

FASE I-B – fase de ampliação do Aeroporto pela Concessionária para adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviços; e

FASE I-C – demais fases de ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto, para manutenção do nível de serviço estabelecido no Plano de Exploração Aeroportuária;

FASE II – demais fases de ampliação, manutenção, exploração do Aeroporto, para atendimento aos Parâmetros Mínimos de Dimensionamento previstos no Plano de Exploração Aeroportuária.

Com o contrato devidamente firmado, foram iniciados os procedimentos previstos no contrato para a transferência da operação em favor da concessionária, bem como foi dado início aos investimentos necessários para adequação da infraestrutura do aeroporto.

Ocorre que, apenas 2 anos após a assinatura do contrato, a ANAC percebeu que o ritmo das ampliações previstas no contrato de concessão, em especial na Fase I-B, estava aquém do necessário, o que certamente iria impactar nos prazos previstos no contrato de concessão.

Em razão desse atraso, a agência reguladora em questão, em julho de 2014, após a conclusão de inspeções técnicas realizadas, optou por lavrar auto de infração em face da concessionária operadora do aeroporto, em razão do descumprimento do prazo para entrega das ampliações previstas no contrato de concessão²³.

Um novo cronograma foi pactuado e as entregas devidas na fase I-B foram realizadas posteriormente. Ocorre que, em razão do auto de infração lavrado em julho de 2014, a ANAC, no ano de 2016, julgou em primeira instância o mencionado auto e

²³ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2014/anac-autua-concessionaria-de-viracopos-por-atraso-em-obras> - Acesso em 12/01/2021.

determinou a aplicação de multa em face da concessionária, por conta dos atrasos ocorridos anteriormente²⁴. No entanto, a multa foi anulada em segunda instância, no mesmo ano, após recurso apresentado pela concessionária.

Como se percebe, o consórcio operador do Aeroporto de Viracopos estava encontrando dificuldades em realizar os investimentos necessários demandados no contrato de concessão. Tanto que, ainda em 2016, fora realizada uma revisão extraordinária no contrato de concessão assinado em 2012, num valor de cerca de duzentos milhões de reais²⁵.

Ainda assim, o consórcio passou a dar sinais que não iria conseguir honrar com as obrigações assumidas no contrato de concessão. Pouco tempo depois, a concessionária passou a inadimplir com os pagamentos das outorgas devidas a União, conforme se observa da comunicação de fato relevante apresentada por uma das empresas participantes do consórcio vencedor do leilão²⁶.

Posteriormente a tal fato, e através de um novo comunicado de fato relevante apresentado por uma das empresas participantes do consórcio vencedor, os acionistas optaram por devolver a concessão nos termos da Lei nº 13.448/2017, que trata da relicitação.

Consoante se observa do artigo 13 da mencionada norma legal, o instituto da relicitação é aplicável quando, em síntese, os contratados não conseguem adimplir as obrigações contratuais e/ou financeiras assumidas originalmente no contrato de concessão.

Para que haja a aplicação do referido instituto, são necessárias, além da manifestação de vontade de ambas as partes, a ocorrência de justificativas e elementos técnicos que demonstrem sua necessidade bem como a renúncia de prazos para correção

²⁴ Disponível em: [https://www.anac.gov.br/noticias/2016/anac-multa-viracopos-por-atraso-em-obras#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2027%20de%20maio%20de,de%20investimentos%20\(FASE%20I%20DB\)%2C](https://www.anac.gov.br/noticias/2016/anac-multa-viracopos-por-atraso-em-obras#:~:text=Bras%C3%ADlia%2C%2027%20de%20maio%20de,de%20investimentos%20(FASE%20I%20DB)%2C) – Acesso em 12/01/2021.

²⁵ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/aceso-a-informacao/reunioes-da-diretoria-colegiada/reunioes-deliberativas-da-diretoria/2016/4a-reuniao-extraordinaria-deliberativa-da-diretoria/00058-038311-2015-71/8-decisao-no-190-vcv-revisao-extraordinaria.pdf> - Acesso em 12/01/2021.

²⁶ Disponível em: https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/c544de26-0715-4600-99da-fca65b96d961/d9528086-576b-429b-850d-a7e94f6eaaa4_Fato%20Relevante%20-%20Outorga%20Aerportos%20Viracopos.pdf – Acesso em 12/01/2021.

de falhas e de participação no novo certame ou no futuro contrato, tudo nos termos do artigo 14 da referida legislação.

Vale ressaltar ainda que o inciso III do artigo 15 da mencionada legislação prevê, como condicionante para aplicação da relicitação, a elaboração de compromisso arbitral ou mecanismo de solução de conflito similar para a resolução de questões referentes as indenizações devidas ao concessionário.

De se dizer ainda que mesmo depois da concessionária demonstrar a intenção de submeter o contrato de concessão firmado às regras da relicitação, a ANAC, no ano de 2018, optou por instaurar processo administrativo visando apurar descumprimento de obrigações contratuais que poderiam levar à caducidade, de acordo com as regras previstas na lei 8.987/1995. Em razão dessa atitude, o debate descampou para o âmbito do Poder Judiciário, onde foram proferidas decisões ora determinando que houvesse o andamento do processo administrativo, ora determinando a suspensão do andamento do processo administrativo²⁷.

Ainda no ano de 2018, a concessionária optou por ajuizar um pedido de recuperação judicial. O argumento utilizado pela concessionária foi de que a demanda efetiva do transporte de passageiros ficou muito aquém do que fora projetado no Estudo de Demanda divulgado pela ANAC. Ademais, alegou-se também que a crise pela qual atravessa o país desde 2014 seria responsável pelo desequilíbrio contratual ocorrido na concessão. Tais argumentos foram acatados pelo poder judiciário, sendo deferido o processamento da recuperação judicial, a qual foi finalizada em 2020²⁸.

Ressalte-se ainda que, em paralelo ao processo de recuperação judicial, os tramites necessários para viabilização da aplicação do instituto da relicitação foram vagarosamente sendo conduzidos. Em que pese às regras que tratam da relicitação terem sido originadas numa medida provisória, que fora convertida em lei no ano de 2017, apenas no final do ano de 2020 houve a pactuação do termo aditivo necessário para que fosse possível viabilizar a referido instituto.

²⁷ Disponível em: [https://www.anac.gov.br/noticias/2019/aeroporto-de-viracopos-anac-fixa-valor-de-multa-diaria-por-atraso-em-obras#:~:text=Em%202016%2C%20a%20ANAC%20estabeleceu,total%20de%20R%24%2095%20milh%C3%B5es.&text=A%20ANAC%20recorreu%2C%20e%2C%20no,Paulo%20\(TJ%2DSP\)](https://www.anac.gov.br/noticias/2019/aeroporto-de-viracopos-anac-fixa-valor-de-multa-diaria-por-atraso-em-obras#:~:text=Em%202016%2C%20a%20ANAC%20estabeleceu,total%20de%20R%24%2095%20milh%C3%B5es.&text=A%20ANAC%20recorreu%2C%20e%2C%20no,Paulo%20(TJ%2DSP).). – Acesso em 13/01/2021.

²⁸ Disponível em: https://www.viracopos.com/pt_br/institucional/recuperacao-judicial.htm - Acesso em 13/01/2021.

Entretanto, até o final de 2020 não havia sido instaurado o processo de arbitragem necessário para estipular as indenizações devidas em razão dos investimentos realizados durante a concessão.

5 – *HARD CASES* E A OCORRÊNCIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS DE ARBITRAGEM NO CASO VIRACOPOS.

Podemos conceituar os casos difíceis como aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros²⁹. No caso em tela, que envolve uma concessão de serviço público com potencial de atingir diversos *stakeholders*, pressupomos que estamos diante de um *hard case*.

Num primeiro momento, importa mencionar que as regras para utilização do instituto da arbitragem foram claramente estipuladas no contrato de concessão firmado pelas partes. A seção III do contrato de concessão³⁰ é perfeitamente clara acerca da possibilidade de instauração de arbitragem quando estiverem em jogo indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato.

Tal redação está longe de trazer qualquer novidade ao ordenamento pátrio, pois, afinal de contas, vimos que a utilização de arbitragem para fixação de *quantum* indenizatório remonta ao caso Lage. Assim, trata-se de matéria avalizada pelo Supremo Tribunal Federal há décadas.

Do mesmo modo, a evolução legislativa da arbitragem agasalha sobremaneira sua utilização por parte da Administração Pública. Não por outra razão, o contrato de concessão do Aeroporto de Viracopos, como dito antes, delineou expressamente quais seriam as hipóteses/possibilidades de aplicação do instituto da arbitragem.

Mas se o cenário da utilização da arbitragem é tão cristalino, por quais razões até o momento não foi instaurada? É imperioso afirmar que o procedimento arbitral no caso em tela teria utilidade tanto para verificação de valores dos ativos no decorrer do

²⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. Editora Landy. São Paulo. 2003. Pág 84.

³⁰ Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp/view> - Acesso em 14/01/2021.

processo de caducidade³¹ quanto para a concretização dos atos necessários para a aplicação do instituto da relicitação. O objetivo a ser perseguido no procedimento arbitral perpassa por trazer previsibilidade e segurança jurídica no que diz respeito ao valor a ser pago pelo ente público.

Vale ressaltar que, no caso do processo de caducidade, as regras são bem definidas pela Lei nº 8.987/1995. Sua declaração deve ocorrer somente após a verificação da inadimplência por parte da concessionária no cumprimento do objeto contratual. Como não poderia deixar de ser, a legislação determina que haja prévio processo administrativo com a necessidade de garantia da ampla defesa.

Diferentemente do previsto no artigo 37 da Lei nº 8.987/1995 para a encampação, a qual demanda indenização prévia para que haja sua ocorrência, nos casos de decretação de caducidade não há essa determinação legal. No entanto, é fundamental que a Administração Pública tenha em vista o valor do custo futuro a ser arcado com a extinção do contrato de concessão.

Conforme observado anteriormente, a arbitragem também se faz necessária, pois se trata de uma etapa prévia, para que haja aplicação do instituto da relicitação. De acordo com as normas que regem o instituto, deve ser realizado um termo aditivo ao contrato de concessão, com a previsão de mecanismo privado de resolução de conflitos para que sejam solucionadas questões atinentes ao cálculo de indenizações.

Nessa linha, as partes pactuaram e firmaram um termo aditivo, fora assinado em 22 de outubro de 2020³². No mencionado termo aditivo foram feitas referências ao compromisso arbitral acordado entre as partes em 14 de fevereiro de 2020. No entanto, até o momento não se tem notícias concretas acerca da instauração do processo arbitral em questão.

³¹ A caducidade é a extinção do contrato durante sua vigência, decretado por ato administrativo vinculado da administração, motivado necessariamente por uma falta grave, que tenha sido legal ou contratualmente prevista, e cometida pelo concessionário. Vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003. Pág 435.

³² Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao/contrato-vcp-anexo-12-relicitacao-termo-aditivo-002-2020.pdf/view> - Acesso em 15/01/2021.

Percebe-se que, no caso em tela, a arbitragem é fundamental para a fixação de valores indenizatórios. Como visto, a definição de tais valores é sobremaneira importante para a continuidade da prestação serviço público em questão.

Tais eventos terminam por denotar uma derrotabilidade das normas que prescrevem a arbitragem para este caso concreto. Isto porque, partindo da premissa que a concessão de Viracopos se amolda ao conceito de *hard case*, conforme estabelecido anteriormente, observamos que, de forma implícita, estão sendo superadas as regras que tratam da aplicação dos mecanismos arbitrais.

A derrotabilidade das normas ocorre quando há a não aplicação, total ou parcial, de certa norma jurídica, apesar de exteriorizados os pressupostos a partir dos quais se deveria aplicá-la em condições normais³³. Tal teoria prescreve que em razão da impossibilidade de as normas preverem as diversas situações fáticas possíveis, e ainda que presentes seus requisitos de aplicabilidade, haveria, de forma implícita, uma cláusula de exceção de modo a ensejar, diante do caso concreto, a derrota/superação da norma³⁴.

De se dizer que a complexidade deste ideal jurídico, somada a possibilidade real de fracasso quando da aplicação de uma norma posta no âmbito um *hard case*, pode gerar a sua não aplicação, havendo assim a derrotabilidade de tal norma.

Não há, no caso da Concessão de Viracopos, uma explicitação das razões pelas quais ainda não houve a instauração do procedimento arbitral necessário para a precificação dos ativos e dos investimentos até então realizados pelo concessionário.

Não há como ignorar que a Administração Pública pátria vem passando pelo fenômeno do apagão das canetas. O chamado “apagão de canetas”³⁵ se relaciona com o poder de decisão (ou a falta dela) do gestor público. Sendo mais objetivo, tomar qualquer decisão, por mais corriqueira que seja, passou a ser um risco para os gestores na administração pública no contexto histórico recente do país.

³³ STRAHOVNIK, Vojko. **The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility**. Oxford: Oxford University Press 2012. Pág 179.

³⁴ HART, Hebert Lionel Adolphus. **The Ascription of Responsibility and Rights**. In Proceedings of the Aristotelian Society. New Series, Vol 49 (1948-1949). Pág 171-194.

³⁵ Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/coluna/o-apagao-de-canetas-dos-agentes-publicos.ghtml>- Acesso em 15/01/2021.

Os gestores públicos passaram a abdicar da tomada de certas decisões, bem como a não inovar na busca pela melhor aplicabilidade da norma ou até mesmo a evitar ter que decidir sob o temor de terem aplicadas contra si sanções cada vez mais intensas e graves³⁶.

No entanto, é de se dizer que a aplicação dos mecanismos arbitrais no caso em tela não passa por uma atuação irresponsável do gestor público, muito menos se requer malabarismos técnicos grosseiros (apenado pelo artigo 28 da LINDB) para a aplicação das normas jurídicas que tratam do tema.

Na verdade, a não aplicação dos mecanismos arbitrais no caso concreto poderá caracterizar, em tese, um ato de má-fé por parte da Administração Pública. Isto porque, ao invés de seguir com os procedimentos arbitrais para quantificação de ativos, a ANAC segue, de forma simultânea, com procedimento de caducidade e tratativas para a relicitação. Ora, tendo em vista que as regras da relicitação determinam que a concessão deve ser devolvida ao poder concedente, seria mais produtora e eficaz se instaurar o procedimento arbitral para definição dos valores indenizatórios.

No entanto, a atitude da agência reguladora, na medida que ignora as regras arbitrais pré-estabelecidas para o caso concreto e mantém de forma simultânea o processo de caducidade e o enquadramento da concessão no instituto da relicitação, evidencia um verdadeiro comportamento contraditório³⁷.

Não fica claro se a derrotabilidade, até então enfrentada, ocorre por conta do apagão de canetas ou por um comportamento malicioso por parte da Administração Pública. No entanto, o objetivo aqui lançado é o de alertar para a necessidade de um equilíbrio entre a atuação do gestor/controlador e o controlado, com vistas a possibilitar uma prestação de serviços públicos de forma adequada.

A demora significativa para a instauração do processo arbitral para fins de precificação de ativos traz incertezas que terminam por afugentar/inibir investimentos futuros nessa e em outras concessões. No momento atual, de necessidade de atração do

³⁶ Disponível em: <https://exame-com.cdn.ampproject.org/c/s/exame.com/exame-in/apagao-da-caneta-faz-vitimas-todos-os-dias-no-brasil/amp/> - Acesso em 15/01/2021.

³⁷ Como bem observado por Cesar A. Guimarães Pereira e Eduardo Talamini (**Arbitragem e Poder Público: O Esboço de um Consenso e Novos Desafios**. In Arbitragem e Poder Público. Editora Saraiva. São Paulo. 2010. Pág 11), mas do que nunca se deve atentar para a vedação ao *venire contra factum proprium*. Se o Estado adota a arbitragem – firmando cláusula compromissória ou compromisso arbitral, atos necessariamente voluntários -, esta opção deve ser respeitada como definitiva e irretroatável.

capital privado para fazer face aos investimentos tão necessários na infraestrutura pública, essa inércia pode trazer consequências indesejáveis.

6 – CONCLUSÃO

A incerteza em torno do quadro posto na concessão do Aeroporto de Viracopos traz efeitos preocupantes para possíveis investidores privados e, igualmente, para a população de um modo geral. A demora na definição dos rumos de uma importante concessão de serviço público que não atingiu os objetivos traçados no seu escopo, ainda num momento inicial do seu prazo de duração, tem o condão de afastar ou dificultar investimentos privados futuros em outros setores da infraestrutura pátria.

Vale ressaltar ainda que, quando ocorrem eventos que terminam por resultar na quebra de um contrato de concessão, os serviços ali determinados sofrem algumas consequências. E, nesse caso, podemos experimentar uma menor qualidade na sua prestação ou até mesmo um aumento de tarifa com vistas a compensar efeitos da quebra contratual. Em ambos os casos, a população é que vai terminar por arcar com essas falhas.

O poder concedente, em casos que tais, deve agir de forma mais célere com vistas a superar a derrotabilidade das normas de arbitragem até então ocorrida e, desta maneira, buscar resolver os conflitos ocorridos com a devida segurança jurídica. Tal atitude trará impactos positivos tanto para investidores como para a população a ser atendida pelos serviços prestados.