

Contratos de Concessão e Litígios Arbitráveis

18º Congresso Internacional de Arbitragem
Brasília – 23.8.2019

Cesar Pereira, FCI Arb
cesar@justen.com.br



■ Concessão

- Incompletude contratual
- Mutabilidade
- Equilíbrio contratual dinâmico

Flexibilidade

■ Arbitragem

- Adaptabilidade procedimental
- Interferência das partes sobre a definição dos julgadores
- Especialidade técnica

■ Contrato de concessão e técnica concessória

- **Gênero contratual**
 - Concessões comuns (Lei 8.987)
 - Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079)
 - Contratos de parceria (Lei 13.334)
 - A noção de “delegação” como elemento comum
- **A ideia de relação jurídica trilateral**
 - Contrato de concessão
 - Posições jurídicas do Poder Concedente, Concessionário e Usuário como categorias
- **Contratos concessionais, técnica concessória e regulação**
 - Regulação por meio da concessão
 - A intervenção de entes reguladores
- **Qual o papel da arbitragem?**

■ Arbitrabilidade objetiva e disponibilidade

- Disponibilidade dos meios de solução do litígio (negócio jurídico processual) e indisponibilidade dos interesses coletivos
 - Sérvulo Correia: *“o juiz em geral e o árbitro em particular não exercem um poder de disposição da situação subjetiva controvertida”*.
 - Eros Grau: *“não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”*.
- Amplo reconhecimento da arbitrabilidade de tudo o que puder ser objeto de contratação.
- A necessidade de submissão ao Poder Judiciário como critério de aferição da indisponibilidade (Eduardo Talamini)

■ Arbitrabilidade objetiva e “sindicabilidade”

- **Competência revisora do árbitro**
 - Exemplo da Lei 13.448, art. 31: previsão de arbitragem após a decisão administrativa final
- **Arbitrabilidade: capacidade potencial (competência)**
 - Possibilidade de submissão do litígio à arbitragem
- **“Sindicabilidade”: distribuição de funções e profundidade da competência revisora (do árbitro ou do juiz)**
 - Limites da revisão para proteção da função administrativa
- **Competência para a definição dos limites da revisão**
 - Exemplo da encampação (art. 37 da Lei 8.987: “*retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização*”)

■ Arbitragem e Regulação

- **Incompletude contratual**
 - Necessidade de compreensão, pelo árbitro, dos mecanismos de mutabilidade contratual
 - Alocação de riscos, incertezas e equilíbrio contratual dinâmico
- **Publicidade da arbitragem e coerência administrativa**
 - Compreensão das determinantes de exercício da função administrativa
- **O dever de aplicação de normas estruturantes**
 - O exemplo da LINDB (“esfera judicial”)
 - Art. 20: valores jurídicos abstratos e consequências práticas
 - Art. 21: consequências jurídicas e administrativas da invalidação
 - Art. 24: revisão de ato pretérito e orientações gerais da época de sua prática

■ Recortes materiais no escopo potencial ou concreto da convenção de arbitragem

■ Atos normativos

- Exemplo do art. 31 da Lei 13.448: (a) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (b) cálculo de indenizações por extinção ou transferência da concessão; (c) inadimplemento de obrigações contratuais.
- Exemplo do Dec. 46.245 do RJ: vedação do interesse público primário como objeto de arbitragem.

■ Atos concretos

- Exemplo da ANP, 16ª Rodada (2019): (a) penalidades contratuais e execução de garantias, (b) indenizações por extinção ou transferência, (c) inadimplemento de obrigações, (d) demandas relativas a direito ou obrigação contratual
- Exemplo da ANTT, Concessão Viasul (2019): vedação de “questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado”.

■ Litígios arbitráveis na concessão (exemplos)

- Revisão do ato de encampação
- Impugnação da caducidade (resolução por inadimplemento do concessionário)
- Impugnação de sanções pecuniárias
- Desequilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro
- Rescisão da concessão por inadimplemento do poder concedente (a “ação judicial” do art. 39 da Lei 8.987)
- Indenizações
- **A inaplicabilidade genérica dos requisitos do art. 31 da Lei 13.448 (limites materiais e prévia decisão administrativa)**

■ O futuro (ou o presente): pós-concessão

- Crescente superação da titularidade estatal sobre serviços atualmente delegáveis
- O papel da regulação não concessória
 - Autorização de atividades de interesse coletivo
 - Atuação normativa
 - “Contratos de adesão” para a regulação de atividades privadas
- **A arbitrabilidade de litígios não contratuais e o papel da arbitragem na pós-concessão**

Obrigado!

Cesar Pereira, FCI Arb
cesar@justen.com.br

