



II OLIMPÍADA NACIONAL DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

PARECERES VENCEDORES (EMPATADOS - 1º LUGAR)

FGV-SP

UERJ

USP

PARECER-CONCESSÕES PORTUÁRIAS E SEUS LIMITES

Ementa: Concessões portuárias. Reconhece a procedência **parcial da demanda** judicial instalada pelo Ministério Público Federal, dada a indelegabilidade, por vedação legal, de certas competências sancionatórias ao ente privado. Também considera **parcialmente procedente o processo administrativo** proposto pelo arrendatário portuário à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, dada a instauração de penas sancionatórias sem atenção ao devido processo. Atesta a **improcedência da demanda administrativa de fiscalização** instaurada pelo Tribunal de Contas da União, dada a sua ausência de competência legal para analisar a questão e é afirmada a plena regularidade do procedimento arbitral adotado.

1. Introdução

Trata-se de parecer que busca endereçar questionamentos acerca de concessão portuária realizada em 2019. Consta nos fatos a União delegou ao concessionário de serviço público (“concessionário”), mediante contrato, a competência para realizar a gestão de um porto, melhorias e investimentos em sua infraestrutura, bem como editar normas endereçadas aos arrendatários os terminais - âmbito no qual ainda fiscalizaria a observância de tais normas, sancionaria violações e consentiria com a expansão do porto.

Tendo estas competências, o concessionário editou Resolução prevendo obrigações contábeis aos arrendatários, além de determinar que os processos de fiscalização e sanção seriam realizados por *softwares*, responsáveis por analisar o cumprimento das obrigações. Deste modo, no caso do da tecnologia concluir pelo inadimplemento, o processo poderia ser imediatamente instaurado, independente do consentimento do concessionário, enviando-se a sanção ao Poder Público para validação.

Ademais, nos primeiros anos da concessão, o concessionário pediu o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com base na redução drástica de sua produtividade causada pela pandemia de Covid-19. Esta controvérsia foi solucionada por meio de arbitragem, tendo o tribunal arbitral determinado o reequilíbrio por meio: (I) do aumento de algumas tarifas cobradas aos arrendatários; (II) postergação de investimentos previstos no contrato; (III) supressão de outros investimentos.

Tendo o cenário em mente, o arrendatário privado XYZ Transporte de Grãos S/A (“XYZ Transporte”) apresentou demanda administrativa à Agência Nacional de Transportes

Aquaviários (“ANTAQ”), na qual afirmava serem abusivas as prerrogativas que a Resolução nº 01/2020 conferia ao software utilizado pelo concessionário. Tais prerrogativas se refeririam ao monitoramento das obrigações contábeis assumidas pelos arrendatários dos terminais portuários e, percebido inadimplemento, instauração de processo administrativo fiscalizatório e sancionatório com remessa direta ao Poder Público, questões a serem analisadas neste parecer.

Além disso, a partir de denúncia apresentada pela empresa XYZ Transporte de Grãos S/A ao Ministério Público Federal (“MPF”), também foi instaurada, pelo órgão, demanda judicial que questionava a regularidade das prerrogativas, sobretudo de consentimento, edição de ato normativo, fiscalização e sanção ao operador privado do porto (concessionária), atribuições que só poderia ser exercidas pelo Poder Público. Busca-se, mediante a solicitação feita a esta consultoria, avaliar a procedência ou não das alegações do MPF.

Por fim, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) abriu um processo de fiscalização diante da metodologia escolhida para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, pois essa envolvia a supressão de investimentos que, para o Tribunal, seriam convertidos em modernizações na infraestrutura tida como uma das principais razões para a delegação do porto para o setor privado. Além disso, o Tribunal questionou a anuência da ANTAQ de, diante de cláusula arbitral no contrato de concessão, delegar o processo de reequilíbrio econômico-financeiro para árbitros privados. A procedência tanto do processo de fiscalização que questiona a metodologia de reequilíbrio aplicada, quanto do consentimento da ANTAQ para uso de arbitragem serão examinadas no parecer.

Diante destas demandas, o presente parecer tem o objetivo de analisá-las para definir se devem, ou não, ser julgadas procedentes.

2. Da procedência parcial da demanda instalada pelo Ministério Público Federal

Vista a introdução, começamos analisando as questões atinentes à procedência ou não da demanda judicial instaurada pelo MPF. Como detalhado na descrição do caso, o que se busca apurar é a eventual irregularidade na delegação de prerrogativas ao concessionário privado do porto, em especial no que diz respeito às de consentimento, edição de ato normativo, fiscalização e sanção. Nesse sentido, entendemos que o cerne do debate recai sobre uma discussão acerca da delegabilidade de atributos do Poder de Polícia a uma pessoa jurídica de direito privado (sem participação societária estatal), prestadora de serviços públicos.

Cumpramos ressaltar que entendemos pela parcial procedência da demanda instaurada pelo MPF, não havendo qualquer irregularidade em relação aos atributos de consentimento, edição do ato normativo e aos de fiscalização. Parte das atribuições sancionatórias, contudo, seriam irregulares (como será exposto detalhadamente).

De forma geral, adiantamos que a possibilidade de concessionárias portuárias privadas desempenharem atividades sancionatórias, de consentimento, fiscalização e de atributos normativos é, inclusive, afirmada pelo Professor Gustavo Binbenbajm, para quem a delegação das atribuições do Poder de Polícia é viável a privados, desde que prevista em lei e no contrato¹. Sem desprezar os entendimentos contrários², iremos adotar a tese da delegabilidade, expondo, com maior precisão, cada aspecto envolvido no caso prático.

Em relação aos atos de consentimento e de edição do ato normativo, temos que o caso concreto nos diz que a concessionária deveria: (I) elaborar a proposta de ato; (II) contratar empresa de consultoria para exarar parecer, analisando-o; (III) se for conveniente, alterar a proposta com base nas análises feitas pela empresa privada; e (IV) remetê-la ao Poder Concedente para, se for o caso, aprová-la.

Essas descrições não denotam qualquer irregularidade ou delegação exacerbada de competência ao concessionário, por constituírem verdadeiras atividades preparatórias para a validação de atos de poder de polícia pela Administração Pública (Poder Concedente). Ou seja, os atos normativos e de consentimento são editados, em realidade, pelo próprio concedente, que pode aceitar ou não as minutas elaboradas pela concessionária ou, ainda, determinar modificações ou complementações. Com isso, não há propriamente uma delegação do poder de polícia, já que a Administração não fica restrita a qualquer entendimento da concessionária e se mostra responsável para editar o ato com vigência, eficácia e validade plenas. A “edição” promovida pelo concessionário se constitui em mera publicização de normativa devidamente autorizada e aprovada pelo concedente.

Destaca-se que a grande maioria dos doutrinadores pátrios (das mais diferentes correntes), também entendem como viável a delegação, a particulares, de atividades

¹ A tese jurídica para tal é a de que é a Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, ao permitir a concessão e permissão de serviços públicos também acaba por autorizar a delegação conjunta de atribuições do poder de polícia que sejam acessórias ou conexas à elas. Da mesma forma, essa delegabilidade dos atributos de polícia deve vir autorizada em lei e contrato, instrumentos que também disciplinam a prestação de serviços públicos por privados.

² Vejam-se, por exemplo: FREITAS, Juarez. Poder de polícia administrativa: novas reflexões. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 22, n. 6, p. 657-668 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª Edição, 2013, p. 837. Esses autores, de relevância nacional, argumentam pela total indelegabilidade de atribuições do Poder de Polícia às pessoas de direito privado.

preparatórias à edição de atos normativos. Nesse sentido, destaca Pagani que: “*externada inicialmente como indelegabilidade a particulares, a tese evoluiu para a sua feição atual. Hoje, a tese adotada por diversos autores é a de que poder de polícia se desdobra em algumas atividades, sendo delegadas a particulares determinadas atividades materiais preparatórias ou acessórias da produção de atos jurídicos de polícia*”³.

Assim, atesta-se como regular as atribuições, verdadeiramente preparatórias, delegadas ao ente privado. O procedimento descrito nos fatos, inclusive, não é incomum, sendo cediço a contratação de consultorias e entes privados para a elaboração de minutas de legislações, acompanhadas dos respectivos pareceres e justificativas que se façam cabíveis, sendo o ato de aprovação restrito ao Poder Público⁴. Atestada a improcedência do pedido do MPF quanto a essas matérias, passamos à análise da regularidade da delegação de competências de fiscalização à concessionária.

Ao que tange a função de fiscalização, temos que são dois os atos em debate: a interdição do estabelecimento e a apreensão de bens nocivos à gestão portuária (com sua posterior devolução). Essas atividades são, por natureza, fiscalizatórias, já que não implicam em uma condenação ou sanção prática, mas em atos de efeitos momentâneos que visam garantir à segurança e regularidade das cargas, de forma que as mesmas não afetem as operações portuárias cotidianas⁵.

Nessa linha, é ressaltado pela legislação e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”), em conjunto com a doutrina pátria, que essas atribuições de fiscalização podem ser feitas por entes privados, mesmo que não integrantes da Administração Indireta.

No campo da legislação, a própria Lei nº 12.815/2013 (“Lei dos Portos”) permite, expressamente, em seu art. 17, incisos V e VII, que a administração portuária (que pode ser exercida exercida por concessionária), possa fiscalizar obras, reformas e toda a operação portuária, visando a promoção das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente. É, inclusive, permitido à Administração Portuária suspender

³ Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, ambiental e Urbanístico-CEDAU do ano de 2011/Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato.-Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp.158-166.

⁴ Como exemplo, veja-se: MONTEIRO, Vera. Contratação de consultoria pela administração pública: Ideia para superar o impasse não resolvido pela lei de contratações de 2021. JOTA, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/contratacao-de-consultoria-pela-administracao-publica-19042022>. Acesso em 28 de junho de 2022.

⁵ Analogicamente, outras regulamentações têm definido a interdição e apreensão de bens como atos típicos de fiscalização. No âmbito da apreensão, por exemplo, cita-se a apreensão de bens durante o procedimento de fiscalização ambiental (Lei nº 9.605/98). Em relação à interdição, a própria ANTAQ, naqueles procedimentos de fiscalização que são de sua competência privativa, a define como um ato decorrente de ação fiscalizadora (art.2º, IV, da resolução nº 3259/14).

operações (inciso X), bem como fazer cumprir legislações, regulamentos e disposições do próprio contrato (inciso I).

Da mesma forma, parte da doutrina, representada por expoentes como Pedro Gonçalves⁶, entende a fiscalização como um direito conferido aos entes privados, já que os serviços públicos praticados por eles não se limitam à transferência de competências prestacionais, mas também pela delegação de um poder de polícia, especialmente pela fiscalização análoga à de polícia. Isso se daria por meio de coerção básica, ao interromper serviço público essencial (art. 6º, da Lei nº 8.987/1995), assim como pela desapropriação de imóveis (art. 31, VI da Lei nº 8.987/1995) - como detalha a argumentação da UERJ Reg. no *Amicus Curiae* ao Recurso Extraordinário nº 633.782/MG⁷.

Tal posicionamento também fica estabelecido no ordenamento brasileiro pelos entendimentos do STF, em exemplos como a Reclamação 14.284/DF, em que definiu-se que ações tipicamente regulatórias, especialmente por meio do poder de polícia, podem ser praticadas por entes privados⁸.

Atestada a viabilidade da concessionária exercer funções de fiscalização, podemos nos atentar ao ponto da delegação da competência sancionatória a um ente privado. Como já destacado anteriormente, entendemos que, a depender do tipo de sanção, uma concessionária privada de serviços públicos pode vir a desempenhar competência sancionatória, sobretudo no que diz respeito à aplicação de multas. O exercício dessa competência, como será exposto adiante, não é pleno para todos os tipos de sanções e exige a observância de parâmetros legais.

Em relação aos atos de imputação de multas (previstos no art. 47, II da Lei dos Portos), temos que eles podem ser aplicados pela concessionária quando violadas as normas aprovadas pelo Poder Concedente (conforme consta na descrição do caso), já que seu exercício é previsto em lei e que a empresa concessionária se reveste de características que lhe imputam a viabilidade do exercício sancionador⁹.

⁶ GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Reimp. Coimbra: Almedina, 2008. p.959-961.

⁷ Amicus Curiae apresentado pela UERJ - Reg. ao STF no Recurso Extraordinário nº 633.782/MG, pág. 6.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal; Rcl 14.284 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22 dez. 2012, DJ 31 mar. 2013, decisão monocrática.

⁹ Para consultar vozes no sentido da possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares que não integram a Administração Pública, veja-se: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação, Fiscalização e Sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares. Belo Horizonte: Fórum, 2013; BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações políticas, jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 285; GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Veras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann

Para reafirmar esse entendimento, utilizamos a *ratio* decorrente da construção jurisprudencial sobre o tema, abstraída do recente julgamento do RE nº 633.782 pelo STF (caso BHTRANS), que também nos permite desdobrar o entendimento em defesa da delegabilidade de algumas atribuições de sanção.

Nesse sentido, pontuamos que o caso prático debatido no RE nº 633.782 é diferente daqueles que temos em tela. Contudo, ao fazer um exercício de *distinguishing*, podemos aplicar o núcleo da *ratio decidendi* (então proferida pelo STF), em nosso caso.

Na oportunidade, o caso tratado dizia respeito à possibilidade de delegação de atribuições do Poder de Polícia à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, uma empresa estatal, sobre a forma de sociedade de economia mista, prestadora de serviços públicos.

O pano de fundo do debate era a possibilidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público aplicar sanções de multas por descumprimento de norma de trânsito, na condição de órgão e entidade executivos de trânsito.

Entendeu o STF que a medida era viável, já que a mencionada empresa teria características híbridas que a aproximavam dos entes de direito público, pelos seguintes motivos: (I) a estatal era prestadora de serviços públicos em regime não concorrencial (não desenvolvendo atividades econômicas e lucrativas em sentido estrito); (II) a prestação de serviço público por entidade de direito privado, de capital majoritariamente público, importava em atuação de natureza própria do Estado.

Como visto, a grande diferença com o caso em debate é que a BHTRANS é uma estatal, enquanto a concessionária em questão é uma empresa privada (sem capital majoritariamente público). Contudo, a despeito dessa característica, a concessionária portuária goza dos mesmos preceitos que levaram o STF a permitir a delegação de poder de polícia à companhia de Belo Horizonte.

Primeiramente, temos que a concessionária também presta serviço público, de administração portuária, de natureza não concorrencial e que não se sujeita à classificação de atividade econômica em sentido estrito. Nessa linha, os serviços portuários não se submetem ao regime de livre-mercado e de concorrência, só sendo viável sua prestação mediante permissão e concessão ou de forma direta pela própria União (art. 175 da CF), nas regiões previamente autorizadas.

(Org.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 247.

Além disso, a concessão em análise também não tem a função lucrativa como característica primordial. Nesse sentido, às concessões não estão sujeitas às típicas margens de lucro, mas ao conceito da Taxa Interna de Retorno (“TIR”)¹⁰. Trata-se de uma porcentagem, previamente fixada pelo Poder Público, que permita ao privado amortizar os investimentos que realizar ao decorrer da concessão, tendo algum retorno ou compensação sobre os mesmos.

Essas características acabam por aproximar a concessão portuária de uma atividade de natureza própria do Estado. Se consubstancia, portanto, a natureza híbrida utilizada no RE nº 633.782, para justificar a legalidade da delegação de atribuições do Poder de Polícia a entidade de direito privado¹¹. Com isso, entendemos que, ao aplicar a *ratio decidendi* do julgado, também viável seria a transferência de atribuições sancionatórias de multas à concessionária privada do porto (cuja a aplicação é, inclusive, elencada na Lei dos Portos)¹². Rêmore-se, contudo, que essas multas, no caso em questão, são aquelas previstas nas normas editadas pelo Poder Concedente ou outras que também possam ser delegadas à administração portuária, autorizadas por lei¹³.

Tendo isso em mente, é importante destacar uma ressalva em relação à aplicação de multas pela concessionária: a de que veda-se a aplicação de multas que tenham sua aplicação e apuração de competência exclusiva da ANTAQ.

Ou seja, existem sanções que, conforme a legislação, devem ser aplicadas e apuradas, em processo administrativo competente, diretamente pela ANTAQ, sendo indelegáveis a uma entidade de direito privado. Nesse sentido, a recente Lei das Agências Reguladoras (Lei

¹⁰Sobre o tema, veja-se: RIBEIRO, Mauricio Portugal; SANDE, Felipe. Análise econômica no direito administrativo: Estudo encontra mitos e equívocos sobre temas econômico-financeiros em textos de administrativistas. JOTA, 25 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/analise-economica-no-direito-administrativo-25012021>. Acesso em 27 de junho de 2022.

¹¹ Pontua-se, contudo, que continuam a existir certos parâmetros constitucionais para o exercício dessas competências pela concessionária. Nesse sentido, deve ser assegurado o direito ao contraditório e do devido processo aos arrendatários (art. 5, LV, da CF). Além disso, os atos também devem ser motivados, assim como os de natureza administrativa. Em corroboração com essa linha, defende Justen Filho que: “Qualquer desvio ou irregularidade no exercício do poder de polícia autorizará medidas de defesa dos interesses violados. É indiferente, então, a identidade do sujeito que exercita o poder de polícia. A disciplina jurídica será a mesma, independentemente de que o poder de polícia seja exercido pelo Estado ou por um particular delegatário” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 51).

¹² Em reforço desta tese, alguns dos próprios ministros chegaram a mencionar, em seus votos, a viabilidade da delegação de poder de polícia a pessoas jurídicas que não entregam, necessariamente, a Administração Pública. Nesse sentido, veja-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes: “É cediço que, hodiernamente, a respeito do exercício do poder de polícia, antes exclusivo dos integrantes da Administração Pública Direta, já se admite a delegação de atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado, a exemplo da OAB (entidade sui generis com personalidade jurídica de direito privado), das concessionárias de serviço público, inclusive para desempenhar atos expropriatórios (art. 31, VI, da Lei 8.987/1995) [...]”.

¹³ Como exemplo, cita-se a possibilidade para que a administração portuária (inclusive através de sua concessionária) possa aplicar multas de trânsito, típicas das polícias rodoviárias (art. 7-A do CTB).

Federal nº 13.848/19), determina, em seu art. 34, § 6º, que a delegação de competências, incluindo as sancionatórias e arbitrais, somente poderá ser efetivada em favor de outra agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível ao disposto na referida lei. Pontua-se que o regime jurídico disposto na Lei Federal 13.848/19 é o direito público, de natureza autárquica, vedando-se, por conseguinte, a delegação de suas atribuições a entes de direito privado, mesmo que sejam estatais.

Perceba-se, contudo, que as atribuições de multa delegadas ao concessionário, no caso concreto, não importam invasão de competências da ANTAQ¹⁴, já que são decorrentes de ato normativo próprio, minutado pelo ente privado e aprovados pelo Poder Concedente. Assim, não há irregularidade para que o privado possa sancionar multas.

Situação diferente, contudo, é a do caso da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Estas atribuições sancionatórias, em específico, não poderiam ser delegadas, em qualquer medida, à concessionária. São dois os motivos principais para tal: (I) as sanções mencionadas não estão previstas entre as atribuições legais da administração portuária, mas sim entre as atribuições da ANTAQ (indelegáveis a entes de direito privado, por vedação legal); (II) as legislações subsidiárias que prevêm a suspensão de participar de licitação e o impedimento de contratar com o Poder Público estabelecem procedimentos administrativos específicos, que só podem ser desempenhados e aplicados pela Administração Pública (sem previsão legal para sua delegação às concessionárias privadas).

Em relação ao primeiro ponto, temos a Lei Federal nº 10.233/01, em seu art. 78-A¹⁵, afirma a possibilidade tanto da ANTAQ, quanto da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), de declararem uma empresa inidônea ou de cassá-la, o que, segundo o art. 78-J, pode implicar na perda do direito de licitar ou contratar com o Poder Público. A Lei dos Portos, por sua vez, aplicável aos administradores portuários, inclusive privados, não prevê, sobretudo em seu art. 47, as sanções de cassação e de declaração de inidoneidade (ou qualquer medida que suspenda ou interrompa o direito de licitar e contratar com o Poder Público). Isso nos leva a concluir que seria inviável a criação destes dois tipos de sanções em

¹⁴Podemos consultar a Resolução nº 3.274 de 6 de fevereiro de 2014, da mencionada agência reguladora (que lista sanções administrativas), em conjunto com a Resolução 3.259 do mesmo órgão, que “dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ”. Pontua-se que também existem atribuições de fiscalização que são de atribuição exclusiva da ANTAQ (nos mesmos termos).

¹⁵ As sanções também são ressaltadas nos arts. 78-A e 78-I.

ato normativo minutado pela concessionária e aprovado pelo concedente (por falta de previsão e autorização legal)¹⁶.

Disso temos que somente a ANTAQ, em matéria portuária, tem competência originária para sancionar medidas que importem na suspensão prática ou interrupção do direito de licitar. Como destacado anteriormente, essas atribuições, apesar de delegáveis a outras agências reguladoras, são indelegáveis a entes de direito privado, como denota o art. 34, § 6º da Lei Federal nº 13.848/19. Assim, a concessionária não poderia suspender o direito de participar de licitação ou de interromper a possibilidade de contratar com a Administração Pública.

Além disso, temos que as leis, de aplicação subsidiária, que prevêm o estabelecimento da suspensão de licitar e de contratar com a Administração Pública também estabelecem um processo administrativo e de julgamento específico, que não poderia ser reproduzido por uma concessionária privada. Isso porque se exige a avaliação dos pleitos por servidores públicos estáveis, não sendo previstas em lei hipóteses de delegação que, segundo doutrinadores como Gustavo Binenbojm¹⁷, seriam condição para uma delegação sancionatória a eventuais particulares.

Nessa linha, as primeiras legislações subsidiárias que fazem referência à suspensão de participar de licitações e de contratar com a Administração são às referentes aos próprios procedimentos licitatórios, que atualmente contam com dois diplomas vigentes (via instrumento de *vacatio legis*): a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21.

Conforme a legislação mais recente, de vigência exclusiva a partir de abril de 2023, a sanção de impedimento de licitar e contratar está sujeita ao procedimento administrativo previsto em seu art. 158, segundo o qual se faria necessária a constituição de comissão composta por dois servidores públicos estáveis. A concessionária privada, por sua vez, não goza do requisito de funcionários estáveis, comprometendo a determinação. Para se aventar a viabilidade de uma eventual delegação dessas duas sanções, seria necessária uma autorização expressa nos diplomas ou previsão na própria Lei dos Portos, o que também não se verifica *in concreto*.

Assim, temos uma reserva em lei sobre quem pode, ou não, julgar, processar e impor sanções que impliquem na suspensão ou interrupção de licitar ou contratar com a

¹⁶ A Lei dos Portos, em seu art.47, estabelece que podem ser estabelecidas às seguintes sanções, em decorrência de infrações portuárias: I - advertência; (II) multa; (III) proibição de ingresso na área do porto por período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias; (IV) suspensão da atividade de operador portuário, pelo período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias; (V) ou cancelamento do credenciamento do operador portuário.

¹⁷ Veja-se a NR nº 8.

Administração Pública. Mesma lógica segue a Lei nº 8.666/93, em seu art. 87, combinado com o art. 6º, XII, segundo os quais compete à Administração, entendida como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Com isso, é inviável que uma concessionária possa aplicar as sanções de proibição de participar de licitações e de contratar com o Poder Público¹⁸.

Passados todos os pontos relevantes quanto à delegabilidade de atribuições de Poder de Polícia à concessionária privada, podemos chegar às seguintes conclusões: (I) as atividades de consentimento e de edição de ato normativo, no caso em tela, não chegam a constituir atos efetivos do poder de polícia, mas sim instrumentos preparatórios à edição dos mesmos (que dependem da aprovação e expressão de vontade do concedente); (II) a concessionária pode desempenhar atribuições de fiscalização que são, de forma ampla e geral, autorizadas na Lei dos Portos, previstas em contrato e que encontram aceitação na jurisprudência pátria; (III) pode a concessionária desempenhar atribuições sancionatórias previstas em atos normativos e legais, desde que as mesmas não estejam inseridas entre as competências originárias de agência reguladora (ANTAQ), cuja delegação de atribuições para pessoas de direito privado é vedada; (V) veda-se, à concessionária declarar a suspensão de participação em licitação e a interrupção de contratar com a Administração Pública, por falta de previsão legal e de veto à delegação.

Apresentados nossos entendimentos, conclui-se pela parcial procedência do pleito do MPF, no que diz respeito às irregularidades das atribuições sancionatórias (excluída a de multas) e pela improcedência dos demais questionamentos (acerca das atribuições de consentimento, normativa e de fiscalização).

3. Da procedência parcial da demanda administrativa perante a ANTAQ

Colocados os pontos acima, cabe agora tratar da demanda administrativa apresentada perante a ANTAQ pelo arrendatário privado da empresa XYZ Transporte ao questionar as disposições da Resolução nº 01/2020, na parte em que o normativo prevê o emprego de *software* para fiscalização e sanção, quando diagnosticada ocorrência de inadimplemento das obrigações contábeis dos arrendatários do concessionário.

¹⁸ Situação diferente seria se houvesse a previsão expressa para que a ANTAQ pudesse delegar suas próprias atribuições disciplinares e sancionatórias a terceiros, o que não está expresso na lei (que trata, apenas, da delegação de atividades e competências administrativas, mas não sancionatórias para outras agências).

De início, já cumpre afirmar que o desenvolvimento do tópico se dará em alinhamento com o até então apontado, de forma que, admitindo posicionamentos diversos, entendemos como legítima a utilização do aludido *software* quanto à fiscalização. Assim, percebe-se seu uso como abusivo somente quanto ao oferecimento de permissivo para que seja aberto imediatamente o processo administrativo sancionatório, estando envolvidos na abusividade questões relativas à competência da tecnologia e observância do devido processo - problemáticas a serem melhor apresentadas.

Nesses termos, para o presente tópico, entendemos que o arrendatário privado da empresa XYZ Transporte encontra-se parcialmente correto na demanda administrativa interposta perante a ANTAQ.

Para tanto, fragmentamos as disposições da Resolução em três tópicos: (I) a previsão de possibilidade de utilização de *software* para fiscalização e sanção do inadimplemento das obrigações contábeis, (II) abertura de processo fiscalizatório caso perceba-se inadimplemento e, por fim, (III) abertura de processo sancionatório.

Em relação ao primeiro tópico, (I) relativo à possibilidade pela Resolução de que o *software* para fiscalização e sanção, temos que as tecnologias – inteligência artificial, *softwares*, *big data*, *machine learning* e outros – desempenham um papel cada vez maior no cotidiano social. Assim, o Poder Público, enquanto ente que lida com a sociedade, é altamente impactado por essa influência tecnológica, seja pela necessidade de compreensão desses novos fenômenos para sua regulação, seja pela própria incorporação de tais tecnologias ao arcabouço instrumental administrativo.

Não por outra razão, o desenvolvimento e a adição de tais instrumentais ao campo público recebem o nome de *inovação disruptiva*¹⁹, haja vista que o modo de se administrar vem gradualmente sendo substituído por versão mais aberta a inovações tecnológicas.

Posto tal fato, há de se apontar a constância nos esforços para estabelecimento de normas e diretrizes que regulam tais tecnologias no âmbito público. Um destes esforços, de maior relevância ao caso em tela, refere-se à aprovação do Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Administrativo realizada em 2020²⁰.

¹⁹ TOMAZ, Dante; NETTO, Leonardo; ARAUJO, Valter Shunquener. Inteligência Artificial, Big Data, e os novos limites da discricionariedade administrativa. in: Inteligência Artificial e a aplicabilidade prática no direito. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Valter Shunquener de Araújo, Marcus Livio Gomes. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022.

²⁰ A I Jornada de Direito Administrativo foi uma iniciativa da Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Maria Thereza de Assis Moura, que reuniu diversos atores do direito administrativo, tendo sido realizada em agosto de 2020.

Segundo o enunciado, “[a] decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação.”²¹. Pelo texto extrai-se, primeiramente, a admissão de que o emprego de tecnologias para exarar atos administrativos é legítima e legal. Paralelamente, percebe-se que o Enunciado apenas se dedica a reafirmar a obrigatoriedade de que a emissão de atos administrativos observe certos requisitos (in casu, o da motivação) – fato que, conforme explicitado por Schiefler, Peixoto e Dezan, não inova na ordem jurídica²². Ou seja, a imposição do dever de motivar coaduna-se com os elementos que todo e qualquer ato administrativo deve ter para que sejam válidos²³.

Trata-se, ao fim, de garantir que atos administrativos – independente de sua natureza ou de quem os emite, gestor ou tecnologia – observem a legalidade e, *in concreto*, que os atos administrativos exarados via *software* no âmbito de fiscalização e sanção pelo concessionário portuário sejam legais e observem o devido processo.

Olhando, primeiramente, para a adequação do emprego do *software* com relação a validade dos atos administrativos que serão iniciados pelo instrumento (circunstância em que serão mais controversos os requisitos de validade da competência e motivação), pode ser retirada lição de artigo de Silva e Balbino.

Ao se debruçarem sobre a questão, os autores vão estabelecer de início que no uso da tecnologia, tal qual ocorre no caso em tela, estar-se-á diante de “ato administrativo eletrônico automático”. Em atos dessa natureza, nos quais não há interferência nem participação de gestor ou servidor público, a competência será avaliada na figura do agente incumbido de instituir o *software*, a programação que está por detrás da tecnologia que emitirá o ato administrativo robótico²⁴.

²¹ Conselho de Justiça Federal, I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/cej-publica-cadernos-de-enunciados-aprovados-na-i-jornada-de-direito-administrativo-e-na-i-jornada-de-direito-e-processo-penal>. Acesso em 29 jun. 2022.

²² Detalham os autores: “Explica-se: a questão de robôs proferirem decisões administrativas é decerto inovadora. A necessidade de que as decisões administrativas sejam motivadas, todavia, não o é. E, mais do que isso, não basta que sejam motivadas as decisões administrativas, pois importa que sejam suficientemente motivadas — e isso não é, repita-se, novidade.” - cf. SCHIEFLER, Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrativa robótica e o dever de motivação: Robôs proferirem decisões administrativas é decerto inovador. A necessidade de motivação, não. JOTA, 01 set. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020>. Acesso em 29 jun. 2022.

²³ Elementos tais que passam por variações (em suas denominações e quantidades) no entendimento de doutrinadores diferentes, mas dentre os quais pode-se citar: competência ou sujeito, forma, objeto, motivação, finalidade, causa. À título de exemplo, alguns autores que se debruçam sobre a questão: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

²⁴ SILVA, Rodrigo Vianna; BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Decisões exclusivamente automatizadas e a necessidade de uma supervisão humana no Brasil. Revista da Advocacia Pública Federal, v. 5, n. 1, p. 77-102,

De outro modo: a avaliação da competência não se dá casuisticamente para cada ato e, muito menos, no momento em que são exarados, sendo algo à priorístico a própria utilização da tecnologia. Posto isso, percebe-se que a competência do *software* para instituir processo administrativo fiscalizatório está constituída na mesma medida da competência do concessionário de serviço público para tanto (competência esta que já foi demonstrada). E, subsidiando o argumento inicial do presente tópico, a impossibilidade de que o *software* institua processo administrativo sancionatório é fato derivado da impossibilidade de aplicação de sanções pelo concessionário.

A motivação, por sua vez, em se tratando de atos administrativos tecnológicos, assumirá contornos ligados à transparência das decisões: A viabilização de *accountability* do processo administrativo²⁵. Deste modo, a irresignação do arrendatário com a Resolução que instituiu o *software* só teria fundamentos para deferimento integral caso ele, após início do processo administrativo fiscalizatório, não conseguisse supervisionar a análise do *software*, caso a positivação do inadimplemento não pudesse ocorrer sem a tecnologia.

Essa mesma motivação, porém, possuirá ainda maiores particularidades no caso em análise, pois, aqui, conforme supra apresentado, o arrendatário XYZ Transporte afirma existir abusividade não apenas na abertura de processo fiscalizatório e sancionatório pelo *software*, mas no decorrer das fases processuais que seguem a abertura. Ou seja, a motivação, enquanto *conditio sine qua non* da validade de processo administrativo deve ser verificada enquanto requisito de validade de ato administrativo e enquanto elemento intrínseco ao devido processo que segue a exaração do ato.

Sobre o tema, são valiosas as lições de Daniel Ferreira, para quem a motivação também está relacionada à transparência: “*não há como se conceber o devido processo, quer porque inexista ao litigante ou acusado a possibilidade material de efetivamente conhecer dos fatos ou atos que lhe são imputados, quer porque singela e aparente motivação não seja capaz de garantir ampla defesa*”²⁶.

Deste modo, estando o *software* empregado pelo concessionário ferramenta transparente, apto a fornecer motivação suficiente para que quando inicie processos administrativos os atos emitidos não possuam opacidade, resta ao caso verificar a capacidade da tecnologia em observar os outros elementos do devido processo legal - ampla defesa e

22 dez. 2021. Disponível em: <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista/article/view/141>. Acesso em 29 jun. 2022.

²⁵ Ibidem, p. 89.

²⁶ FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de direito administrativo, 4). ISBN 8574202916.

contraditório. Aqui passa-se a abordar, então, os pontos (II) e (III) anteriormente detalhados, referentes a abertura de processo administrativo fiscalizatório e sancionatório, respectivamente.

A verificação dos quesitos da ampla defesa e contraditório, com relação a processo administrativo de fiscalização e sanção, chama ao debate a apresentação de exemplo diverso no qual o raciocínio “devido processo + tecnologia” já encontra-se maduro. Trata-se do emprego de *software* em radares de trânsito, os chamados radares eletrônicos, capazes de dar início ao processo administrativo fiscalizatório e, comprovada infração, levar à aplicação de sanções.

No exemplo dado, o Código de Trânsito Brasileiro ("CTB") tem claro em seu texto que o início do processo administrativo fiscalizatório, cuja primeira ação corresponderá à lavração de auto de infração, pode derivar de *aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual* (vide art. 280 do ref. diploma legal). E, para além da previsão literal, no mesmo artigo já joga luz sobre os demais elementos para validade do ato eletrônico que precisarão ser observados como a indicação de que o *software* emissor é competente para tanto e a motivação para a autuação (qual tipo foi violado no trânsito e quando, onde e por quem a irregularidade foi cometida).

Deste modo, iniciado o processo administrativo fiscalizatório, será constituído Auto de Infração de Trânsito ou AIT, a ser lavrado por agente da autoridade de trânsito e enviada a notificação da autuação para o motorista para que este possa apresentar sua defesa. Após tal fato, a AIT é julgada pela autoridade competente e é aplicada a sanção (dentre a miríade de possibilidades previstas na legislação), momento em que novamente é emitida notificação ao motorista para que, agora, defenda-se no âmbito de processo administrativo sancionatório²⁷.

A duplicidade documental (notificação da autuação e notificação de ciência de imposição de penalidade) é entendida pela jurisprudência, de forma pacífica, como essencial ao devido processo, como demonstra-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. REMESSA POSTAL. AVISO DE RECEBIMENTO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO CONTRADITÓRIO. DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 312 DO STJ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. [...] 2. **Em observância ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o Código de Trânsito Brasileiro determina que a autoridade de trânsito deve expedir a notificação do cometimento da infração** no prazo de até 30 (trinta), caso o condutor não seja

²⁷ Vide dispositivos da Lei nº 9.503/97 (CTB) somado às normas esparsas emitidas pelo CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), em especial a Resolução nº 619/2016.

cientificado no local do flagrante, **para fins de defesa prévia (art. 280, VI, e 281 do CTB)**, bem como acerca da imposição da penalidade e do prazo para a interposição de recurso ou recolhimento do valor da multa (art. 282). [...]. (grifo nosso)²⁸

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. PRAZO. ART. 281, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CTB. NULIDADE. RENOVAÇÃO DE PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. **O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) prevê uma primeira notificação de autuação, para apresentação de defesa (art. 280), e uma segunda notificação, posteriormente, informando do prosseguimento do processo, para que se defenda o apenado da sanção aplicada (art. 281).** 2. A sanção é ilegal, por cerceamento de defesa, quando inobservados os prazos estabelecidos. 3. O art. 281, parágrafo único, II, do CTB prevê que será arquivado o auto de infração e julgado insubsistente o respectivo registro se não for expedida a notificação da autuação dentro de 30 dias. Por isso, não havendo a notificação do infrator para defesa no prazo de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado, não havendo que se falar em reinício do procedimento administrativo. [...]. (grifo nosso)²⁹

Apresentado caso paralelo que encontra-se em conformidade com os preceitos legais administrativos e àqueles associados ao devido processo legal, resta verificar como os entendimentos da ampla defesa e contraditório que cercam o emprego de tecnologia em radares e infrações de trânsito podem ser aplicados (ou distinguidos) do caso em tela.

De pronto exclui-se o questionamento acerca da competência e motivação pois, como já afirmado, o *software* instituído pela Resolução do concessionário portuário, tal como radares eletrônicos e seus respectivos módulos tecnológicos, possui competência para realização do ato de abertura de processo administrativo fiscalizatório.

A questão, anteriormente adiantada, parece residir nos demais elementos do devido processo legal: enquanto no processo administrativo derivado de infração de trânsito são concedidas múltiplas oportunidades para que o infrator se defenda da motivação apresentada, as previsões da Resolução nº 01/2020 emitida pelo concessionário tiram toda e qualquer possibilidade de defesa e contraditório por parte do arrendatário. O ocorrido se dá na medida em que ao *software* é concedida competência para (I) fiscalizar e (II) sancionar sem que, entre estes dois processos distintos, haja participação do arrendatário a ser punido.

A doutrina pátria é alinhada na indicação de que não há sanção sem antes o exercício do contraditório e ampla defesa (vide Ferreira, supracitado, que titula trecho de sua obra nos termos: “*Sanção administrativa como necessariamente precedida de contraditório e ampla defesa*”). Inclusive, em análise específica sobre o devido processo administrativo frente

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PUIL n. 372/SP, Relator(a): GURGEL DE FARIA, Primeira Seção, julgado em 11/3/2020, DJe de 27/3/2020.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.092.154/RS, Relator(a): CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 12/8/2009, DJe de 31/8/2009.

infração de trânsito, o autor indica que a emissão do AIT trata-se de documento em que consta a motivação do processo e meramente *sugere* imposição de sanção sem, no entanto, ser capaz de realmente impô-la antes que ocorra impugnação de seu conteúdo e apresentação de defesa³⁰.

Podem ser citados, ainda, Carlos Ari Sundfeld, para quem “*a Administração não poderá impor sanções sem, através de um procedimento administrativo, oferecer oportunidade de manifestação prévia do interessado*”³¹ e outros³².

O entendimento extrapola a doutrina, consoante o entendimento presente no Manual de Sanções Administrativas do TCU, que traz que “*a Administração não pode proceder diretamente a uma decisão que entenda cabível sem antes garantir o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes*”³³. Estando o mesmo consubstanciado na jurisprudência do STF, conforme precedente: “*3. A imposição, pelo Estado, de penalidade de qualquer natureza, inclusive na esfera administrativa, subordina-se à observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pena de nulidade do ato administrativo sancionador.*”³⁴.

Percebe-se, então, que a questão sancionatória (a atribuição de competência ao *software* para abertura de processo administrativo sancionador e remessa direta ao Poder Público) está viciada da concessão portuária em debate. Isso ocorre tanto pela via da competência (discutida pormenorizadamente na demanda perante o MPF e nos requisitos de validade de atos administrativos), quanto no âmbito do devido processo legal.

³⁰ FERREIRA, Op. cit. p. 108-112. O autor rediscute tese própria, segundo a qual, desde que a penalidade fosse pecuniária, não seria necessário o prévio contraditório e ampla defesa (haja vista que a imposição de sanções do gênero, como é a multa, ainda que determinadas administrativamente, não seriam aplicadas nessa seara e, sim, na judicial). Para Ferreira: “*não há qualquer violação ao devido processo legal se a sanção, embora anunciada com a imputação, só se faça juridicamente sentir depois de efetivamente garantida defesa prévia ao acusado.*”. In *casu*, poderia ser instituído processo administrativo fiscalizatório indicando inadimplemento contábil e a intenção da administração em cobrar os valores devidos ou impor pena diversa, prevista em normativo próprio, mas a penalidade não poderia ser aplicada prontamente.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. 3.ed. Malheiros, 2003. 128 p. 81. ISBN 9788574201658.

³² Para ver outros, consultar: França categoriza o devido processo legal como princípio integrante do regime jurídico das infrações e sanções administrativas, para depois positivar que se trata de “cláusula [que] compreende um complexo de princípios indispensáveis para a validade do procedimento de emissão dos atos administrativos de cunho sancionador.” (FRANCA, Vladimir da Rocha. Processo administrativo sancionador na Lei nº 9.784/1999. In: NOHARA, Irene Patrícia (Organizador); MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Organizador). Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 263-278.); para Medauar, o devido processo não está restrito à possibilidade de privação de liberdade ou bens, mas é inerente ao processo administrativo e pressupõe a observância do contraditório e ampla defesa (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 478 p.182).

³³ Manual de Sanções Administrativas do TCU. Tribunal de Contas da União. 28 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/manual-de-sancoes-administrativas-do-tcu.htm>. Acesso em 29 jun. 2022.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4338, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-09-2019 PUBLIC 09-09-2019.

Portanto, o tópico do parecer é encerrado reafirmando o deferimento parcial da demanda apresentada perante a ANTAQ. A parcialidade se dá pois, pelos fatos e argumentos apresentados tem-se que (I) a Resolução nº 01/2020 do concessionário não peca em prever utilização de *software*. O emprego de tecnologias é fato da administração pública contemporânea e instrumental diretamente associado à efetividade e melhor prestação de serviços públicos. Do mesmo modo, (II) a Resolução permanece legítima na previsão de que o *software* possa iniciar processo administrativo fiscalizatório na medida em que o concessionário possa realizar o mesmo ato. Estando presentes o requisito de competência e motivação, o início do processo frente ao inadimplemento e a sua remessa ao Poder Público para que sejam dados os devidos andamentos não é questão viciada.

Porém, o mesmo não pode ser dito da competência atribuída pelo ato normativo do concessionário para que o *software* dê início ao processo sancionatório (III). Nessa circunstância o que se observa é o não preenchimento do requisito de validade do ato da competência (haja vista que, como concluído anteriormente, o concessionário só possuiria competência para aplicação de multas, não das demais sanções) . Além disso, o modo pelo qual foi estruturado o processo administrativo pela tecnologia excluiu a possibilidade de ampla defesa e contraditório pelos arrendatários dos terminais.

Em suma, a ANTAQ está correta em deferir a demanda do agente da XYZ Transporte quanto ao processo administrativo sancionatório iniciado pelo *software*, mas sua irrisignação não deve prosperar nos demais aspectos questionados.

4. Da improcedência do processo administrativo de fiscalização perante o TCU

Por fim, cabe tratar sobre o processo administrativo de fiscalização instaurado pelo TCU, em que questiona-se a metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro determinada pela sentença arbitral, assim como a delegação e anuência da ANTAQ em relação a modelagem escolhida para tal reequilíbrio definida por árbitros privados (e não pela própria Agência).

Como desenvolveremos neste tópico, entendemos ser improcedente o processo administrativo de fiscalização. A metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro é objeto arbitrável, podendo ser definida pela jurisdição arbitral. Ademais, está fora dos limites de competência do TCU fiscalizar a metodologia por meio da qual será realizado o reequilíbrio do contrato, pois a questão diz respeito ao espaço de discricionariedade e autonomia da ANTAQ.

Conforme exposto no caso, o concessionário apresentou pleito de reequilíbrio econômico-financeiro alegando redução drástica de sua produtividade em decorrência da pandemia de Covid-19. O pleito foi submetido a tribunal arbitral em vista de cláusula presente no contrato de concessão de serviço público.

Diante de tal situação, o tribunal arbitral determinou o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio: (I) aumento de tarifas cobradas dos arrendatários; (II) postergação da realização de investimentos previstos no contrato de concessão original; e (III) supressão de outros investimentos também previstos no contrato.

O TCU, no entanto, instaurou processo de fiscalização questionando a supressão de investimentos e a anuência da ANTAQ quanto à metodologia aplicada ao reequilíbrio econômico-financeiro e a delegação da resolução deste pleito à árbitros privados.

Neste ponto, cabe destacar que, nos termos do art. 23-A da Lei nº 8.987/95, o contrato de concessão pode prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato. Deste modo, o concessionário poderia submeter as disputas envolvendo o contrato de concessão do porto para o tribunal arbitral.

A questão, no entanto, se trata de compreender se disputas envolvendo reequilíbrio econômico-financeiro podem ser resolvidas por meio da arbitragem. Em relação a legislação, o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/96 determina que a Administração Pública direta ou indireta pode utilizar a arbitragem para tratar sobre conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Na mesma linha, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/2021 define que questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se caracterizam como controvérsias relacionadas a direito patrimonial disponível. Poderia, portanto, a ANTAQ delegar a resolução do pleito do concessionário sobre reequilíbrio econômico-financeiro ao tribunal arbitral.

Com relação à jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") já se manifestou³⁵ pela aplicação do juízo arbitral em litígios administrativos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública. No caso em específico, envolvendo controvérsia sobre equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o STJ compreendeu que tal disputa é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, podendo ser solucionada por meio da arbitragem.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 904.813, Relator(a): NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 20/10/2011, Dje. 28/02/2012.

Este entendimento foi reafirmado na I Jornada de Direito Administrativo³⁶, por meio do Enunciado nº 19 que determinou que as controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, podendo ser solucionadas por meios extrajudiciais, como a arbitragem.

Entretanto, o TCU apresentou entendimento em sentido contrário. Em 2012, o Plenário entendeu pela impossibilidade de submeter conflitos sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos para a arbitragem³⁷. O Tribunal também afirmou que questões econômico-financeiras dos contratos de concessão e PPP constituem direitos indisponíveis, podendo apenas questões regulamentares serem submetidos ao juízo arbitral³⁸.

Mesmo com tal posicionamento do TCU, compreendemos que questões envolvendo reequilíbrio econômico-financeiro, conforme a legislação e o entendimento doutrinário, integram direitos patrimoniais disponíveis, sendo arbitráveis.

Além de analisar a possibilidade de submeter ao juízo arbitral disputas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário verificar quais as competências do TCU para fiscalizar decisões arbitrais que tratam de metodologias de reequilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, analisamos as competências do TCU definidas pela Constituição Brasileira de 1988 e os limites dessa competência em relação às atividades reguladoras, para então avaliar o escopo de atuação e fiscalização do TCU.

O TCU, como órgão auxiliar do Poder Legislativo para controle externo, possui, nos termos do art. 71, CF, ampla competência de fiscalização sobre toda a Administração Pública Federal. Deste modo, todos os órgãos e entes federais integram sua “jurisdição”³⁹.

A Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos para combater os vícios de legalidade, legitimidade e economicidade existentes em decisões administrativas⁴⁰. Em

³⁶ Para maiores informações, ver NR nº 21.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº 2.573/2012 (Ata nº 38/2012), rel. Min. Raimundo Carreiro, red. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 26.09.2012.

³⁸ A doutrina (incluindo autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Mauricio Portugal Ribeiro e Selma Ferreira Lemes) utiliza a diferenciação entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras para diferenciar direitos disponíveis e indisponíveis em contratos administrativos. As cláusulas regulamentares tratam sobre as características do serviço ou obra a ser prestado. Já as cláusulas econômico-financeiras se referem às questões econômico-financeiras dos contratos administrativos em geral, constituindo direito patrimonial disponível.

³⁹ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (orgs.). Direito da Infraestrutura vol. II. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁰ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador?. *in* Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014. (Esta classificação é utilizada pelo professor Eduardo Jordão para analisar as competências do

relação aos poderes diretos - que constituem as competências corretivas do TCU -, estes estão voltados a sanar as irregularidades identificadas nos atos administrativos ou evitar os seus efeitos. Já os poderes indiretos - competências sancionatórias do Tribunal - tratam da competência do TCU para imposição de sanções aos autores de medidas públicas irregulares.

Deste modo, nos termos do art. 71, CF, o TCU têm, entre outras, competência para: (I) realizar, por iniciativa própria ou de terceiros, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; (II) aplicar sanções aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; (III) determinar prazo para que o órgão ou entidade sane as ilegalidades verificadas pelo Tribunal; (IV) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Senado e à Câmara dos Deputados⁴¹.

A questão, no entanto, é compreender quais os limites do poder do TCU para fiscalizar e impor decisões, em cada caso. Assim, apenas a análise dos dispositivos constitucionais não se mostra suficiente para determinar se o Tribunal tem competência para fiscalizar metodologias de reequilíbrio econômico-financeiro, no caso, determinadas por tribunal arbitral. É preciso, portanto, considerar a doutrina e suas correntes.

No que se refere às concepções doutrinárias acerca da competência do TCU para o controle de atividades finalísticas das agências há duas linhas principais. A primeira, defendida por estudiosos como Luís Roberto Barroso⁴² e Marçal Justen Filho⁴³, entende que o Tribunal de Contas da União não teria competência para fiscalizar atos ligados às atividades finalísticas das agências, pois, além de essas disporem de autonomia prevista legalmente para a realização de suas funções, não haveria a geração de despesas públicas, o que afastaria a possibilidade de controle pelo TCU. Defesa similar é feita por Floriano Marques Neto, segundo a qual o controle das atividades finalísticas, em decorrência de sua complexidade, deve ser realizado por três esferas: os Poderes Executivo e Legislativo e a sociedade, sendo esse controle amparado pela resignação dos atos das agências à legalidade, resguardada pelo Poder Judiciário⁴⁴. Dentro dessa concepção, portanto, também não se assume ser competência do TCU exercer controle direto sobre a regulação de tais atividades, cabendo a ele o papel de auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização.

TCU para intervir em editais não publicados. Mesmo o presente caso tratando sobre outra discussão, consideramos a classificação relevante para compreender os limites das competências do TCU)

⁴¹Vide incisos IV, VIII e IX e X, art. 71 da Constituição Federal.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Parecer In: Revista Trimestral de Direito Público/RTDP 25/79. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴³JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

⁴⁴MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: Temas de direito regulatório. Sérgio Guerra (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

Uma segunda linha é concebida por autores como Alexandre Santos de Aragão. Aragão entende que estaria dentro das competências do Tribunal o controle de atos ligados a atividades finalísticas. Isso, pois, na concepção do autor, os atos de regulação sobre os concessionários impactam, direta ou indiretamente, nas finanças públicas⁴⁵. Dessa forma, por haver uma relação entre os atos discricionários das agências e as contas públicas, a fiscalização estaria dentro da competência garantida constitucionalmente ao TCU.

Uma terceira visão, ainda, é apresentada por Vera Monteiro e André Rossilho, se colocando como meio termo entre as percepções expostas ao prever a possibilidade de controle do TCU sobre atividades das agências dentro de certos limites. Na nossa concepção essa é a visão que melhor concilia os pontos que tangem a questão da competência do Tribunal perante as atividades finalísticas das agências à medida em que ressalta dispositivos importantes da legislação que fundamentam essa competência, bem como define seus limites.

Para Monteiro e Rossilho, as questões decorrentes de concessões no setor de infraestrutura em seus aspectos financeiros (o que abrange o processo de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos) estão relacionadas à atividade econômica do Estado, de modo que estaria inserido na competência do Tribunal o controle de legalidade. Essa percepção encontra suporte no art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93 que, ao prever o controle de despesas contratuais pelo TCU, estabelece possibilidade de que ele solicite cópia de edital publicado, bem como determinar medidas corretivas em casos de eventual necessidade. Sendo assim, haveria nessa disposição fundamento para que o TCU possa realizar o controle de legalidade de aspectos financeiros de concessões⁴⁶.

Outrossim, a possibilidade de realização de auditorias operacionais, prevista como competência do TCU no art. 71, IV, CF/88, igualmente garantiria a possibilidade de atuação do Tribunal sobre atividades finalísticas de matéria financeira. Porém, os doutrinadores ressaltam que essa garantia não confere ao Tribunal prerrogativa para realizar análise de editais e contratos não relacionados à questão financeira, bem como supervisão e revisão de normas regulatórias, de modo que a atuação do TCU sobre atividades finalísticas seja restrita⁴⁷.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

⁴⁶ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União*. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (orgs.). *Direito da Infraestrutura vol. II*. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁷ Sobre a limitação de matéria das consultorias operacionais e da forma como o TCU vem as aplicando de maneira inadequadamente ampla pode-se consultar: DUTRA, Pedro e REIS, Thiago; *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*, São Paulo, Singular, 2020, pp. 114 e ss.

Assim, apesar de enxergarem nesses dois dispositivos legais fundamento para a atuação do Tribunal perante as agências, Monteiro e Rossilho consideram haver uma extrapolação dos limites das funções previstas em lei tanto na realização de controle de legalidade em relação a matérias diferentes da financeira, quanto na expedição de atos de comando baseadas em fiscalização operacional, a partir de critérios como eficiência e economicidade.

No entanto, cabe ressaltar que a percepção do TCU acerca dos limites de sua competência é dissonante da compreensão previamente exposta à medida em que o órgão (apesar de reconhecer limites decorrentes da discricionariedade das agências) entende estar dentro de suas competências o controle das atividades finalísticas das agências em sentido amplo; não se restringindo, portanto, as atividades financeiras.

Nesse sentido, evidencia-se o Acórdão nº 1.703/2004 que estabeleceu o entendimento e parâmetros de atuação do Tribunal em relação ao controle das atividades das agências⁴⁸. O acórdão trata de pedido de reexame, por parte da concessionária, do Acórdão nº 988/2004. O Acórdão nº 988 havia declarado, em caráter determinativo, que a ANTT deveria considerar a TIR "*desalavancada*", de modo que não fossem considerados os custos reais de financiamento do particular como indicador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; procedimento, esse, visando o reequilíbrio do contrato. Para a concessionária, ao determinar a adoção da TIR *desalavancada*, o TCU teria agido de maneira inapropriada restringindo a autonomia da agência reguladora concedida legalmente, o que motivou o pedido de reexame que resultou no Acórdão nº 1.703/2004.

Os entendimentos formulados no julgamento desse processo, em especial os expostos no voto do relator Min. Benjamin Zymler, continuam a ser repercutidos em diversas decisões sobre a mesma matéria e, em um plano teórico, sintetiza a forma como o TCU enxerga os limites de suas competências em relação a fiscalização da atividade das agências reguladoras.

Na decisão, o Tribunal deixa claro sua posição de que o controle por ele exercido não se restringiria à atividade financeira das agências, pois, conforme exposto no voto do relator a competência para fiscalização é estabelecida em função da pessoa do controlado e não em função da natureza dos recursos geridos⁴⁹. No entanto, apesar da ampla percepção de suas competências referentes à regulação de agências, entende-se na decisão que o TCU deve respeitar o espaço de autonomia e discricionariedade garantido a elas pela legislação, caso

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº 1.703/2004 (Ata nº 41/2004), rel. Benjamin Zymler, j. 03.11.2004.

⁴⁹ Esse entendimento repercute entendimento inicialmente formulado em parecer do Procurador-Geral adjunto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, acerca do caso.

contrário, estaria o próprio Tribunal assumindo função de administrador. Sendo assim, chega-se ao entendimento de que o controle sobre as atividades das agências seria de segunda ordem, incorrendo unicamente sobre a atuação dessas e não sobre a regulação em si.

Dessa forma, concorda-se que o TCU poderia determinar que as agências adotassem determinadas medidas apenas em situações em que o ato viole expressa proibição legal. Assim, em atos discricionários em que não haja vício de legalidade, o Tribunal pode apenas recomendar as providências que considerar mais adequadas⁵⁰.

Em matéria da definição de metodologia para reequilíbrio econômico-financeiro, questão sobre a qual se pronuncia o TCU frente a ANTAQ, o Tribunal, na defesa teórica, demonstrou seguir o entendimento formulado no acórdão de 2004. Posição essa evidente no Acórdão nº 1.174/2018⁵¹, em que o Plenário afastou as determinações provenientes da unidade técnica, convertendo-as em recomendações, reiterando que os mecanismos para o reequilíbrio estavam no âmbito da discricionariedade da agência⁵².

Dessa forma, é notório que o TCU, considera dentro de sua competência a fiscalização de atividades finalísticas das agências, mesmo essas não estando relacionadas com a atividade financeira dessas. Ademais, consideramos evidente que a deferência à autonomia das agências reguladoras não é respeitada na medida em que deveria na realidade. Isso porque, com a semelhança nos efeitos práticos entre recomendação e determinação, o TCU adquire papel proeminente na definição de pontos centrais da regulação, acabando por revisar todo o conteúdo abrangido nessa.

A luz do exposto, consideramos que o Tribunal de Contas da União não teria competência para revisar e determinar a metodologia para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, podendo a disputa ser solucionada por meio do procedimento arbitral, constituindo direito patrimonial disponível.

⁵⁰ Essa compreensão foi utilizada como base para o acórdão 1.703/2004, com o TCU prevendo a adoção da TRI "desalavancada" apenas em caráter recomendatório e reiterada diversas vezes para orientar decisões vide os acórdãos no 2.302/2012, 402/2013 e no 2.121/2017.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº 1.174/2018 (Ata nº 18/2018), rel. Min. Bruno Dantas, j. 23.05.2018.

⁵² Cabe destacar que, conforme entendem doutrinadores como Gustavo Maia, Vera Monteiro e André Rossilho, na prática os efeitos de determinações e recomendações do TCU são bastante similares, com as recomendações podendo possuir um caráter vinculativo para a agência, por exemplo, por previsão de posterior fiscalização para observar sua realização. Esse caráter impropriamente vinculativo das recomendações pode ser observado nos acórdãos 3.026/2013 e 2.023/2005, por exemplo. Sendo assim, é notável um descompasso entre o discurso do TCU de que não se pode determinar medidas às agências caso não haja vício de legalidade e a realidade de suas decisões. Portanto, considerando essa realidade, mesmo recomendações por parte do Tribunal acerca da metodologia para o reequilíbrio podem violar o âmbito de autonomia das agências devido a um caráter prático determinativo.

Ademais, apesar de o processo de reequilíbrio per se estar dentro dos limites de suas competências por se referir a matéria financeira do contrato, a metodologia por meio da qual este será realizado encontra-se na área de atos discricionários da agência, que possui autonomia para a realização de suas atividades. Sendo assim, o Tribunal não poderia revisar as normas regulatórias em relação a metodologia determinadas pelo tribunal arbitral, com anuência pela ANTAQ, no caso da concessão a XYZ Transporte.

5. Conclusões

Diante de todo o exposto, chegamos às seguintes conclusões:

(I) A **demanda judicial instaurada pelo MPF é parcialmente procedente**, atestando-se a irregularidade da delegação de competência sancionatória para que a concessionária possa suspender e proibir agentes de contratar com a Administração Pública;

(II) A **demanda administrativa instaurada pelo arrendatário XYZ Transporte perante a ANTAQ é parcialmente procedente**, não constituindo abusividade o emprego do *software* per se, nem a instauração pela tecnologia de processo administrativo fiscalizatório. Consoante o desenvolvido no ponto (I) com os devidos acréscimos argumentativos, constitui abusividade a prerrogativa do *software* de instauração de processo administrativo sancionatório, estando ausentes sua competência e os princípios norteadores do devido processo.

(III) A **demanda administrativa de fiscalização instaurada pelo TCU é improcedente**, sendo cabível a solução de controvérsias pelo juízo arbitral e não cabendo ao TCU fiscalizar e revisar a metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro determinada pela sentença arbitral.

Apresentadas todas nossas considerações, destacamos que este é o nosso parecer.

30 de junho de 2022.

PARECER

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DA GESTÃO DE PORTO ORGANIZADO. QUESTIONAMENTO PERANTE A ANTAQ DAS PREVISÕES CONTIDAS NA RESOLUÇÃO Nº 01/2020. REGULARIDADE DA UTILIZAÇÃO DE *SOFTWARE* PARA INSTAURAR PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO. DEMANDA ADMINISTRATIVA DA EMPRESA XYZ QUE DEVE SER JULGADA IMPROCEDENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SUPOSTA DELEGAÇÃO DE PRERROGATIVAS DE PODER DE POLÍCIA À CONCESSIONÁRIA. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE ORDEM E CONSENTIMENTO. REGULARIDADE NA DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA QUE DEPENDE DE ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO. DEMANDA DO MPF QUE DEVE SER JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. QUESTIONAMENTO DO TCU SOBRE MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. ARBITRABILIDADE DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ARBITRABILIDADE DOS MECANISMOS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. SUPRESSÃO DE INVESTIMENTOS POR DECISÃO ARBITRAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. FISCALIZAÇÃO DO TCU QUE DEVE SER JULGADA IMPROCEDENTE.

I. CONSULTA

A Consulente honra-nos com a presente consulta que versa sobre as repercussões jurídicas e administrativas do contrato de concessão da gestão de porto pela União a operador privado. Narra a Consulente que foram transferidas à Concessionária as prerrogativas de (i) editar normas para os arrendatários de terminais instalados dentro do porto; (ii) fiscalizar o cumprimento desses atos normativos; (iii) aplicar sanções; e (iv) consentir com a instalação de novos terminais. A Resolução nº 01/2020, editada pela Concessionária, prevê obrigações contábeis, com base nas quais seriam calculados os valores das tarifas devidas pelos arrendatários à Concessionária. O seu cumprimento poderá ser analisado por *softwares*, os quais instaurarão eventual processo de fiscalização e sanção. Além disso, a Concessionária solicitou o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em virtude dos impactos negativos da pandemia da COVID-19, sendo instaurado processo arbitral para tratar do tema.

A empresa XYZ Transporte de Grãos S/A, arrendatária privada de parcela do porto concedido, questionou perante a Agência Nacional de Transportes Aquaviários ("ANTAQ") as previsões contidas na Resolução nº 01/2020, alegando a abusividade no exercício da instauração de processo de fiscalização e sanção por *softwares*. Por sua vez, o Ministério

Público Federal ("MPF") propôs Ação Civil Pública ("ACP") requerendo a nulidade da transferência dos poderes de polícia, sob o argumento de haver irregularidades na delegação de tais atribuições ao concessionário privado. Enfim, o Tribunal de Contas da União ("TCU") instaurou processo de fiscalização questionado as formas de reequilíbrio econômico-financeiro estabelecidos por sentença arbitral e a modelagem contratual que delegou aos árbitros privados a resolução concernente a reequilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, a Consulente solicita parecer jurídico quanto à procedência das aludidas demandas, apresentando três quesitos: *(i) a demanda perante a ANTAQ deve ser julgada procedente? (ii) a demanda proposta pelo MPF deve ser julgada procedente? (iii) a fiscalização do TCU deve ser julgada procedente?*

Para responder aos quesitos, o parecer se encontra estruturado em seis capítulos. Na sequência desta introdução, o **Capítulo II** apresenta o marco teórico aplicável à questão, trazendo breve panorama a respeito da delegabilidade das etapas do ciclo de polícia a particulares. No **Capítulo III**, será avaliado o questionamento do arrendatário privado perante a ANTAQ, a partir da análise da juridicidade da utilização do *software*, seu âmbito de aplicação e os requisitos de validade. O **Capítulo IV** se destina a tratar do questionamento judicial formulado pelo MPF, avaliando-se a legalidade das aventadas delegações das fases do ciclo de polícia à Concessionária. O **Capítulo V** se volta aos questionamentos do TCU, analisando-se a arbitrabilidade da demanda, a validade das determinações da sentença arbitral no tocante à supressão de investimentos e a possibilidade de controle da decisão arbitral pela Corte de Contas. Por fim, as conclusões encontram-se no **Capítulo VI**.

II. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO ACERCA DA DELEGABILIDADE DAS ETAPAS DO CICLO DE POLÍCIA

O poder de polícia, conforme art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66 ou "CTN"), é uma atribuição da Administração Pública, que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público. Como se vê, trata-se de atribuição sensível do Poder Público, já que se materializa como restrição ou condição para exercício de direitos legítimos por particulares.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹ entende que o poder de polícia compreende quatro fases distintas, que formam o "ciclo de polícia". São elas: *(i)* a ordem, norma legal que estabelece primariamente as restrições ou condições para o exercício das atividades privadas;

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 444-446.

(ii) o consentimento, fase na qual o Estado anui que o particular desenvolva a atividade por meio de uma licença ou uma autorização; (iii) a fiscalização, momento em que há a verificação, pela Administração, acerca do cumprimento pelo particular do que foi estabelecido nas duas fases anteriores; e (iv) a sanção, medida coercitiva adotada contra o particular que descumpra a ordem ou os limites estabelecidos no consentimento.

Com a complexificação do mundo contemporâneo, o conceito de poder de polícia sofreu diversas transformações políticas, jurídicas, econômicas e institucionais, em um contexto de mutação do próprio Direito Administrativo². Nesse contexto, verifica-se a *desestatização* do poder de polícia que, segundo Gustavo Binbenojm, “*pode ser verificada pela crescente atribuição, reconhecimento ou pelo exercício de fato de funções ordenadoras por atores privados*”³. Diante dessas transformações nas relações público-privadas, emergiu intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de particulares que colaboram com a atividade administrativa exercerem poder de polícia.

Em um primeiro momento, era predominante na jurisprudência o entendimento de que não seria juridicamente válido delegar o poder de polícia a entidades privadas, integrantes ou não da Administração Pública⁴. Na literatura, prevalecia a ideia de que somente os atos preparatórios e materiais⁵ poderiam ser delegados a particulares. Tal entendimento foi parcialmente superado no REsp nº 817.534 ("Caso BHTrans")⁶, caso paradigmático em que o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") autorizou a delegação de atos de fiscalização e consentimento a particulares, mas entendeu, por outro lado, que as fases de ordem e sanção de polícia seriam indelegáveis a pessoas jurídicas de direito privado.

Já no Supremo Tribunal Federal ("STF"), ainda no Caso BHTrans, por meio do julgamento do RE nº 633.782⁷, prevaleceu o entendimento de que é constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a entidades privadas integrantes da Administração Pública

² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais no direito administrativo ordenador. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 33.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. cit.* p. 265.

⁴ Precedentes: STJ, REsp nº 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ. 25/05/2010. STF, ADI 1717 MC, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 22.09.1999, DJ. 25.02.2000.

⁵ “*Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. (...) Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados*”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. Cit.* p. 854-855.)

⁶ Trata-se de caso paradigmático porque pela primeira vez foi reconhecido o exercício de atividades de polícia administrativa a particulares não integrantes da Administração Pública. STJ, REsp nº 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 10/11/2009, DJe 10/12/2009.

⁷ STF, RE nº 633782, Rel. Min Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 26/10/2020, DJe 25/11/2020. A partir desse julgado, o STF alterou seu entendimento anterior a respeito do tema.

indireta que prestem exclusivamente serviço público em regime não concorrencial. Porém, o Relator, Ministro Luiz Fux, ressaltou que a ordem de polícia não poderia ser delegada sequer a empresas públicas e sociedades de economia mista, pois lhes faltaria legitimidade democrática para edição de normas vinculantes. De todo modo, essas decisões representaram um avanço jurisprudencial no sentido da possibilidade de delegar poder de polícia a entidades privadas.

Especificamente no caso em questão, que envolve concessão de porto organizado, a própria lei que regula o setor portuário, Lei nº 12.815/2013 ("Lei de Portos"), em seu art. 17, confere aos concessionários, para além da prática de meros atos materiais, a prerrogativa de exercer atividades atinentes ao poder de polícia⁸. Do mesmo modo, encontra-se hipótese de delegação de poder de polícia no art. 31, VI, da Lei nº 8.987/1995 ("Lei de Concessões").

Na doutrina, embora existam autores que ainda hoje defendem a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas não integrantes da Administração, em diferentes graus⁹, há uma corrente que aceita a delegação integral das prerrogativas de polícia aos concessionários de serviços públicos, a exemplo de Gustavo Binimbojm e Flávio Henrique Pereira Unes¹⁰. Assim, ainda que a Lei não fosse tão clara na possibilidade de delegação aos concessionários, há argumentos sólidos a esse favor, conforme defendido por esses autores.

Essa corrente sustenta seu posicionamento balizada nos argumentos a seguir expostos. O primeiro é a conexão desta discussão com uma mais ampla, acerca da possibilidade de delegação do próprio serviço público. A Constituição Federal de 1988 ("CRFB/1988") não autoriza nem veda a delegação do poder de polícia, mas, em contraponto, autoriza a delegação dos serviços públicos. Embora sejam institutos distintos, o concessionário de serviços públicos muitas vezes depende de prerrogativas de polícia para prestar o serviço¹¹. Não parece eficiente, assim, que se deleguem os serviços e não o poder de polícia quase logicamente inerente a eles¹².

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. Cit.* p. 308. V. também: GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 247.

⁹ Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 855-857; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127-128. Dentre os argumentos utilizados no sentido da indelegabilidade, citam-se: (i) ausência de autorização constitucional; (ii) indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício; (iii) impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia, por ser atividade típica de Estado, e (iv) incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa. Os argumentos da doutrina que sustenta a delegabilidade dialogam com os óbices apontados pela doutrina contrária.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. Cit.* e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, Fiscalização e Sanção*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 505. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169.

¹² GABARDO, Emerson. *Princípio da eficiência*. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; FREIRE, A. L. (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Há, por outro lado, quem defenda que a garantia da estabilidade dos agentes encarregados do exercício de polícia também seria essencial para o seu exercício. O segundo fundamento se contrapõe a essa ideia, na medida em que mesmo na Administração Pública direta há servidores não estáveis que exercem poder de polícia, como aqueles que exercem cargos em comissão e em estágio probatório¹³. Por esse motivo, a tese de que o poder de polícia não poderia ser delegado a agentes que não gozassem de garantia legal de estabilidade foi inclusive superada pelo STF no caso BHTrans¹⁴. Ademais, o que legitima o agir estatal conforme os princípios que regem a Administração Pública não é a estabilidade do servidor que emanou o ato, mas sim a observância do devido processo legal, que consagra o princípio da juridicidade e confere proteção da confiança legítima do administrado em relação ao ato¹⁵.

Por fim, a premissa de incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa não se sustentaria, já que não se trata propriamente de um particular no exercício da atividade privada. Trata-se, sim, de exercício de atividade estatal por particular, devidamente autorizado em lei, sob vigência de regime jurídico público e fiscalização do estado, enquanto Poder Concedente¹⁶. À luz desse cenário, a tese da indelegabilidade absoluta não parece se sustentar.

Esta delegação, porém, precisa ser feita com a observação de alguns *standards*, isto é, um padrão de verificação para legalidade da delegação. É preciso que: (i) haja previsão em lei e no contrato de concessão; (ii) o exercício do poder de polícia seja feito nos estritos limites de delegação; (iii) haja observância do devido processo administrativo; (iv) a delegação não configure conflito de interesses ou favorecimento à Concessionária. No Capítulo IV, será feita uma análise mais aprofundada quanto à delegabilidade de cada etapa do ciclo de polícia a partir dos elementos do caso narrado.

III. QUESTIONAMENTO PERANTE A ANTAQ

A Consulente relata que a arrendatária XYZ questionou, perante a ANTAQ, a implementação de *software* para desempenhar a função de averiguar o cumprimento da Resolução nº 01/2020, que previa obrigações contábeis direcionadas aos arrendatários, sob o

¹³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Estatais com poder de polícia: por que não?* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 252, set/dez. 2009, p. 109. SUNDFELD, Carlos Ari. *Empresa Estatal pode exercer poder de polícia*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v.9, nº 2, fev. 1993.

¹⁴ Esta tese havia sido adotada pelo STF quando do julgamento das ADIs nº 1.717 e 2.135, que tratavam, respectivamente, da privatização dos conselhos profissionais e da obrigatoriedade de adoção do regime estatutário nas agências reguladoras, mas o Supremo Tribunal Federal parece ter superado tal entendimento no julgamento RE nº 633.782 (Caso BHTrans).

¹⁵ BAPTISTA, Patrícia, *A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública*: a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade da norma, Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.

¹⁶ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Ob. Cit.* p. 205.

argumento de que a sua aplicação seria abusiva. Consoante será explicado a seguir, a demanda formulada no âmbito da Autarquia deve ser julgada integralmente improcedente.

De início, é importante consignar que, **à luz do relato realizado pela Consulente, não se trata, no caso em tela, de uso do *software* para fins de aplicação de sanção exclusivamente por Inteligência Artificial (“IA”), mas apenas do uso da tecnologia para deliberar sobre a abertura de procedimento administrativo. Não há, portanto, delegação da prerrogativa de sanção que compõe o ciclo de polícia para particular¹⁷. O *software* apenas dá início ao processo de fiscalização e sanção, por meio de decisão posteriormente validada pelo Poder Público.** Nesse cenário, há fundamentos normativos constitucionais e legais, além de características relacionadas ao próprio *software*, que amparam e tornam juridicamente válida a utilização da IA na situação em exame.

Em *primeiro lugar*, a implementação do *software* neste caso encontra amparo no princípio constitucional da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/1988, cujo objetivo consiste na realização das finalidades do ordenamento jurídico com o menor ônus possível para a coletividade¹⁸. Nos termos do STF, a eficiência administrativa pressupõe uma contínua busca da qualidade no exercício dos poderes conferidos aos agentes públicos¹⁹. A implementação do *software* no caso em exame cumpre exatamente as aludidas finalidades.

Em *segundo lugar*, o princípio da atualidade, definido como uma verdadeira “cláusula de progresso”²⁰ e previsto no art 6º, §§1º e 2º, da Lei Geral de Concessões, corrobora este entendimento. A implementação do *software* está alinhada com a ideia de que as técnicas usadas no bojo de concessões devem ser modernas, em prol da melhoria e da expansão dos serviços prestados à população, nos termos da dicção legal. Marçal Justen Filho, inclusive, argumenta que a não adoção de novas tecnologias pelos concessionários de serviço público implica desobediência direta aos seus deveres de prestar um serviço de maneira adequada²¹.

Em *terceiro lugar*, como relatado pela Consulente, a decisão tomada pelo *software* quanto à instauração do processo administrativo de fiscalização e sanção será submetida ao Poder Público para fins de validação. Trata-se de elemento que reforça a validade do uso do *software*, na medida em que cabe à Administração Pública – titular do exercício do poder de

¹⁷ A delegação da prerrogativa de aplicação de sanção exclusivamente pela IA seria ilegal, em consonância com o Capítulo IV.3. A premissa adotada neste Parecer assume, assim, que o *software* apenas instaura procedimento de fiscalização, sem aplicar sanção, conforme narrado pela Consulente.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, capítulo IV.10, versão digital.

¹⁹ STF, ADI nº 6751/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 08/09/2021, DJe 15/09/2021.

²⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Ob. Cit.* capítulo 131.5, versão digital.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos: Comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 128.

polícia – a decisão final quanto à abertura de eventual processo administrativo. No caso em análise, a revisão deve ser realizada pela ANTAQ, considerando as competências dispostas no art. 27, XXII, da Lei nº 10.233/2001 (“Lei da ANTAQ”). Saliente-se que a validação da instauração de processo administrativo por parte do Poder Público pressupõe, por definição, a atuação de servidores públicos, garantindo, assim, a revisão humana da decisão automatizada.

Embora o art. 20 da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou “LGPD”) preveja o direito à solicitação de revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, a possibilidade de revisão por pessoa natural, que estava prevista no § 3º do dispositivo, foi vetada pelo Presidente da República²². Contudo, a LGPD em momento algum veda que seja feita a opção pela revisão humana²³. Ainda que a lei trate expressamente de dados pessoais titularizados por pessoas naturais, sua aplicação, por analogia, às pessoas jurídicas já foi admitida tanto pela literatura²⁴ quanto pela jurisprudência²⁵.

Portanto, não há qualquer irregularidade no modelo adotado no presente caso, em que a decisão do *software* pela abertura de processo administrativo é encaminhada à ANTAQ para validação por parte de seu corpo técnico. No caso em análise, em se tratando de processo administrativo que envolve a possibilidade de aplicação de sanção, é, inclusive, recomendada a revisão humana, haja vista a incidência ainda mais robusta de garantias processuais do arrendatário e de eventuais impactos na economia do porto organizado²⁶.

²² Nas razões para o veto, sustentou-se que tal exigência inviabilizaria “os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, notadamente das startups, bem como impacta na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras”.

²³ Inclusive, há precedente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”) no sentido de que a aplicação do art. 20 da LGPD pode ser afastada nos casos de decisão que não tenha sido tomada exclusivamente de forma automatizada. Cf. TJ/SP. AP 1088090-60.2020.8.26.0100, Rel. Des. Castro Figliolia, 12ª Câmara de Direito Privado. j. 27/04/2022, DJe 27/04/2022.

²⁴ A literatura aponta que a aplicação da LGPD a pessoas jurídicas decorre de um necessário diálogo de fontes: “A Lei responsável pela proteção de dados pessoais, a priori, não se estende à pessoa jurídica. Contudo, em um sistema jurídico em que o diálogo das fontes se torna ferramenta indispensável ao operador do direito, interpretar a Lei 13.709/2018 com fulcro na CRFB e no Código Civil de 2002 é de premente necessidade, sob pena de a pessoa jurídica ser prejudicada pelo comportamento legislativo. Na mesma diretriz, reconhece-se o direito à privacidade da pessoa jurídica, vez que os dados advindos das transações econômicas e negociais por ela realizados são extraídos de sua personalidade, e não de seu administrador. **Objeta-se, portanto, o comportamento da legislação em pauta e propõe-se sua extensão aos entes jurídicos**” (MAGALHÃES, R. A.; DIVINO, S. B. S. A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei 13.709/2018: reflexões à luz dos direitos da personalidade. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 2, p. 74-90, jul. 2019) (g.n.).

²⁵ “A Lei Geral de Proteção de Dados, embora voltada à proteção de dados pessoais, também regulamenta a transferência de dados pessoais de pessoas jurídicas”. cf. TJDF. AI 0704806-36.2021.8.07.0000, Rel. Des. João Egmont, 2ª Turma Cível, J. 02/02/2022, DJE: 16/02/2022. Também nesse sentido: TJRJ. AP nº 0001078-87.2018.8.19.0068, Rel. Des. Marianna Fux, 25ª Câmara Cível, j. 03/03/2021, DJe: 04/03/2021.

²⁶ Fábio Medina Osório destaca a importância do devido processo legal no direito administrativo sancionador (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 193-216). Já Marçal Justen Filho leciona que “os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo”, em razão de as sanções administrativas apresentarem natureza jurídica semelhante à sanção penal. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão eletrônica, capítulo 9.13.2). Mesmo corrente minoritária que critica a

Em *quarto lugar*, a verificação realizada pelo *software* compreende uma obrigação de natureza contábil, que, a princípio, nos termos do relato da Consulente, assume um caráter objetivo e documental, o que acaba reforçando a sua aplicação *in casu*. Por outro lado, se as obrigações contábeis fiscalizadas pelo *software* forem subjetivas, a tecnologia estará mais suscetível a incorporar vieses discriminatórios do humano decisor,²⁷ produzindo distorções nos processos fiscalizatórios e sancionatórios, o que poderia impactar a concorrência dentro da área poligonal do porto. O *software* deve, assim, se limitar a proferir decisões que avaliem critérios objetivos, aplicando, preferencialmente, regras com alta densidade normativa, de forma a reduzir eventual subjetividade²⁸. Da mesma forma, o *software* deve ser submetido à anuência prévia do Poder Público²⁹.

Os fundamentos apresentados anteriormente não isentam que alguns cuidados adicionais sejam tomados no que concerne à utilização do *software*. O primeiro deles se refere ao risco de opacidade da decisão automatizada que consiste na ausência de clareza quanto ao tratamento de dados de entrada de um algoritmo e a lógica na sua conversão para os dados de saída³⁰. Nesse contexto, a produção de decisões difusas pelo *software* fragiliza a defesa do arrendatário em eventual impugnação quanto ao cumprimento de obrigação contábil, uma vez que não teria acesso ao procedimento de tomada de decisão utilizado. O mecanismo para remediar essa falha é a transparência algorítmica, a qual consistiria em desdobramento do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CRFB/1988).³¹

transposição automática das garantias penais ao direito administrativo sancionador reconhece a importância do procedimento como instrumento de legitimação deste último (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 286-290).

²⁷ FERRARI, Isabela. *Discriminação algorítmica e Poder Judiciário: limites à adoção de sistemas de decisões algorítmicas no judiciário brasileiro*. 2022. 318. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. p. 107.

²⁸ Ilustrativamente, o critério objetivo é utilizado no âmbito do STF no projeto “Victor”, a fim de apoiar a atividade de análise de admissibilidade recursal, mediante sinalização de que um dado tema de repercussão geral. (BRASIL. STF. Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1#:~:text=O%20Victor%20%C3%A9%20uma%20intelig%C3%Aancia,aplica%20ao%20caso%20dos%20autos>. Acesso em: 24.05.2022). Da mesma forma, o TCU possui três robôs que se utilizam de inteligência artificial para encontrar irregularidades em contratos administrativos (BRASIL. TCU. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/en_us/imprensa/news/artificial-intelligence-boosts-productivity-in-the-federal-court-of-accounts.htm. Acesso em 27.06.2022).

²⁹ O algoritmo e o método a ser utilizado no *software* devem ser submetidos a determinação análoga ao disposto na Resolução do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) nº 332/2020, art. 7º, § 1º: anuência prévia do *software* pelo Poder Público. Antes de ser colocado em produção, o modelo de IA deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias ou outras distorções no seu funcionamento.

³⁰ Cf. FERRARI, Isabela. *Ob. Cit.* p. 17.

³¹ “(...) o que está a indicar que sua publicidade é tanto um requisito lógico como uma condição para a sua execução de ofício pelo Estado, com vistas à produção derivada de quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só a abertura do conhecimento a todos permitirá que se tenha deles ciência, bem como aferir-se se

O algoritmo do *software* deverá ser acessível no que se refere à sua sequência de comandos e ao *machine learning*³², a fim de que possa ser submetido aos mecanismos de controle das decisões automatizadas. Deve-se ponderar o princípio da transparência algorítmica, o direito individual ao sigilo industrial do desenvolvedor do *software*³³, e o direito do arrendatário de ser submetido a um procedimento administrativo³⁴, o que pressupõe algum conhecimento sobre como a decisão foi tomada e quais são os seus pressupostos, conforme previsto no art. 20, §1º, da LGPD.

O segundo cuidado que a aplicação do *software* deve ter em conta é que seu uso não afasta a necessária observância do dever geral de motivação dos atos administrativos, que abarca a exteriorização dos motivos fático-jurídicos que deram azo à sua edição. Não obstante opiniões contrárias³⁵, a motivação é obrigatória para todos os atos administrativos – quer sejam discricionários ou vinculados³⁶, inclusive com fundamento em previsão legal, conforme art. 2º, *caput* e par. único, VII, e art. 50, *caput*, ambos da Lei nº 9.784/1999. Especificamente quanto às decisões administrativas robóticas, o Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Administrativo, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dispõe que esta espécie de ato decisório deve ser suficiente motivada, sob pena de vir a ser invalidada em virtude de sua opacidade³⁷. A necessidade de motivação é relevante e pode ser favorecida pelo cada vez mais comum uso de processos administrativos eletrônicos³⁸.

Com base na teoria dos motivos determinantes, a validade do ato administrativo vincula-se à existência/veracidade dos motivos apontados como fundamentos para sua adoção³⁹. Raciocínio análogo é aplicável às decisões automatizadas: a ausência dos motivos apontados

tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu, destarte possibilitando submetê-los a controle de juridicidade” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Ob. Cit.* capítulo 20.2.5, versão digital).

³² “O ‘aprendizado de máquina’ refere-se a um método usado por programas de computador para aprender com a experiência e melhorar seu desempenho ao longo do tempo.” (RESTREPO-AMARILES, D. Algorithmic Decision Systems: Automation and Machine Learning in the Public Administration. In W. Barfield (Ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge Law Handbooks, 2020 pp. 273-300. Cambridge: Cambridge University Press).

³³ Sobre a escolha entre transparência e sigilo industrial: NISHI, A. *Privatizing Sentencing: A Delegation Framework for Recidivism Risk Assessment*. *Columbia Law Review*, Vol. 119, Nº. 6, 2019, pp. 1671-1710.

³⁴ Assim, o “*órgão ou entidade pública incumbida de regular a utilização da inteligência artificial na Administração Pública deve assegurar requisitos claros de transparência e ‘explicabilidade’ no tratamento dos dados, de modo que sejam mitigados os riscos técnicos e democráticos*” (ARAÚJO, V. S. de; ZULLO, B. A.; TORRES, M.. Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C – R. de Dir. Adm. Const*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 241-261, abr./jun. 2020, p. 258).

³⁵ CARVALHO FILHO, J. S.. *Manual de Direito Administrativo*. 34º ed. Rio de Janeiro: Editora Gen., 2020.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. Cit.* p. 221.

³⁷ Enunciado 12 da I Jornada de Direito Administrativo: “*A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação.*” (Grifamos).

³⁸ SCHIEFLER, E.A.C.. *Processo administrativo eletrônico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 43.

³⁹ STJ. AgRg no REsp nº 670.453/RJ, Rel. Min. Celso Limongi, Sexta Turma. j. 18/02/2010, DJe 08/03/2010.

pela IA enseja a invalidade do ato por ela proferido. Na hipótese de o *software* concluir pela instauração do procedimento de fiscalização e sanção, a remessa ao Poder Público deverá ser instruída com os fundamentos que justifiquem o descumprimento da obrigação contábil prevista na Resolução nº 01/2020.

O uso de algoritmos baseados em *machine learning* demanda, ainda, a sua conciliação com as garantias inerentes ao procedimento administrativo⁴⁰, de modo que nosso terceiro ponto de atenção traz à baila a noção de legitimidade pelo procedimento. Conforme o art. 4º da Resolução ANTAQ nº 3.259/2014, os requerimentos de anulação de decisões emitidas pelo *software* da Concessionária estariam submetidos aos ritos da Lei nº 9.784/1999, a qual, em consonância com o art. 5º, LV da CRFB/1988, faculta aos interessados a prerrogativa de recorrer das decisões administrativas em face das razões de legalidade e de mérito (art. 56).

Desde antes da promulgação da LGPD é debatida a existência de um direito à explicação algorítmica⁴¹. Os seus contornos resumem-se em duas grandes frentes. De um lado, debate-se a extensão das decisões automatizadas em si; de outro, perquire-se a respeito da prerrogativa de revisar tais decisões, isto é, se será feita por pessoa humana ou outra IA. No presente caso, como visto, optou-se pela revisão humana da decisão do *software* de instalação de processo administrativo, a qual deve ser realizada por servidores da ANTAQ. A medida assegura a observância do direito dos arrendatários ao devido processo administrativo e afasta alegações de delegação do exercício de poder de polícia ao aparato tecnológico.

À luz de tais considerações, a demanda formulada perante a ANTAQ deve ser julgada totalmente improcedente, sendo válida a implementação do *software* para o fim narrado pela Consulente.

IV. QUESTIONAMENTO JUDICIAL FORMULADO PELO MPF

No presente caso, além do imbróglio junto à ANTAQ, o MPF moveu Ação Civil Pública requerendo a nulidade da transferência dos poderes conferidos à Concessionária para organização da gestão portuária e realização de investimentos nas áreas comuns do porto, que envolveriam a transferência de prerrogativas de editar normas para os arrendatários de terminais instalados dentro do porto, fiscalizar o cumprimento desses normativos, sancionar os que violarem seus dispositivos e consentir com a instalação de novos terminais. Como se verá a

⁴⁰ ARAUJO, V. S. de; ZULLO, B. A.; TORRES, M.. *Big data, algoritmos e inteligência artificial na administração pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático*. A&C – R. de Dir. Adm. Const, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 241-261, abr./jun. 2020, p. 252.

⁴¹ MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?*, Instituto Igarapé, Artigo Estratégico nº 39, Dezembro de 2018.

seguir, a demanda deverá ser parcialmente provida, apenas para declarar a nulidade da delegação da prerrogativa sancionatória⁴².

IV.1. Ausência de delegação das prerrogativas de edição de normas para os arrendatários de terminais instalados dentro do porto e de consentimento com a instalação de novos terminais à Concessionária.

A edição de normas faz parte da etapa do ciclo de polícia denominada ordem de polícia, conforme doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. O STF, no importante julgamento do Caso BHTrans, firmou entendimento no sentido de não ser possível a delegação dessa fase a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, uma vez que a competência legislativa seria restrita aos entes públicos previstos na CRFB/1988, sendo vedada sua delegação fora das hipóteses expressamente autorizadas no texto constitucional. Tal entendimento já havia sido encampado pelo STJ no julgamento de Recurso Especial no mesmo caso. Porém, como já mencionado, há uma corrente doutrinária que admite tal delegação aos concessionários de serviços públicos.

Por outro lado, os Tribunais Superiores julgaram possível a delegação da prerrogativa de consentimento a pessoas jurídicas de direito privado, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha tratado da situação dos particulares não integrantes da Administração Pública⁴³. Parcela da literatura jurídica, contudo, admite essa delegação, desde que prevista em lei, conforme afirmado no Capítulo II, já que o ato de consentimento é vinculado às hipóteses tratadas pelo comando legal e não depende do poder de coerção estatal.

Ocorre que, no caso concreto, à luz do procedimento informado pela Consulente para a edição de normas para os arrendatários de terminais instalados dentro do porto e para o consentimento com a instalação de novos terminais, entendemos que não há propriamente uma delegação de atividade ordenadora ou de consentimento de polícia.

À Concessionária cabe apenas a edição de uma minuta de ato, que necessariamente passa pelo crivo de uma empresa de consultoria e, após, segue para a ratificação do Poder

⁴² Nesse ponto, não se ignora a discussão sobre os limites da atuação do Ministério Público ou sobre os limites de atuação do judiciário para intervir nas decisões administrativas. Ver, por todos: JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. Na jurisprudência: STJ, AgInt no AgInt na SLS nº 2.240/SP, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7/6/2017, DJe 20/6/2017. STF, AgR no RE nº 1.083.955/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/05/2019, DJe 07/06/2019. Contudo, a análise será focada no mérito do pedido formulado pelo Ministério Público Federal, já que não há, no caso, controle do mérito administrativo pelo Judiciário e MPF, mas análise da própria legalidade do ato.

⁴³ Como já asseverado, no julgamento da ADI nº 1.717 o STF havia entendido indelegável qualquer fase do ciclo de polícia a particulares não integrantes da Administração.

Concedente. Trata-se de escolha feita pelo Poder Público para garantir a eficiência do serviço público concedido, já que a Concessionária conhece melhor a realidade fática do porto e consegue idealizar melhor sua forma de organização⁴⁴.

Cabe, então, ao Poder Concedente analisar a minuta de ato proposta pela Concessionária, competindo ao ente sob regime de *publicatio* a palavra final sobre o mérito e legalidade do ato, normativo ou de consentimento. Há, assim, um verdadeiro poder de veto⁴⁵. Não é possível, portanto, afirmar que exista delegação de ordem ou consentimento de polícia no caso concreto. Ao analisar o disposto no art. 17 da Lei de Portos, Floriano de Azevedo Marques Neto corroborou tal entendimento, nos seguintes termos:

Note-se que essas atribuições próprias à administração portuária (atividade delegável ao concessionário) se aproximam bastante daquelas atividades tipicamente consideradas poder de polícia, o que desafia tanto a clássica separação entre serviço público e poder de polícia quanto à premissa de sua indelegabilidade. É fato, porém, que não se pode afirmar que a concessão portuária importe puramente delegação do exercício de autoridade pública. Primeiro porque a própria lei, em vários dispositivos, ressalta que a atribuição conferida ao concessionário deve se dar em observância das determinações do órgão ou ente público competente ou respeitados os limites das competências das autoridades públicas. É o que lemos nos incisos VIII, IX e X do art. 17, sempre condicionando o exercício desses direitos às normas e às determinações da autoridade pública. Isso fica ainda mais patente no art. 18, que claramente determina a “submissão das atividades de administração portuária à coordenação da autoridade marítima e da autoridade aduaneira”. E tais direitos do concessionário não envolvem também a assunção plena da autoridade portuária, que é exercida por um conselho, definido nos termos do art. 20 da Lei nº 12.815/2013⁴⁶.

Esse também foi o entendimento manifestado pelo Ministro Luiz Fux em seu Voto-Vista no julgamento do AgRg no RE nº 892.727/DF:

Como visto, o artigo 17 da Lei nº 12.815/13 permite que a administração do porto organizado, denominada autoridade portuária, seja exercida diretamente pela União, por delegatária ou por entidade concessionária do porto organizado, esteja ou não sob controle estatal. Nesse mesmo dispositivo, a Lei dos Portos estabelece as competências das autoridades portuárias. Por escolha regulatória, portanto, o mesmo rol de competências pode ser exercido até por empresas da iniciativa privada. (...) No rol foram incluídas algumas atividades

⁴⁴A própria Lei de Portos confere à Concessionária, na figura de autoridade portuária, certas prerrogativas para estruturação do porto organizado, que devem passar pelo crivo prévio do Poder Concedente. Como exemplo: Art. 17, §1º, XIV e XV e §2º da Lei de Portos. Do mesmo modo, o Decreto nº 8.033/13, em seu art. 4º.

⁴⁵ A colaboração de particulares com a Administração Pública em busca de uma solução dialogada é também observada, por exemplo, no caso do Procedimento de Manifestação de Interesse e do Diálogo Competitivo. Sobre consensualidade nas relações administrativas ver, por todos: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2ª ed., ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 268/269.

que integram o ciclo de poder de polícia, como a fiscalização da operação portuária e a suspensão de operações que prejudiquem o funcionamento do porto. Condiçãoou-se, no entanto, o exercício de algumas atribuições à chancela do poder concedente, das “demais autoridades do porto” e da Secretaria de Portos da Presidência da República, resguardando a *publicatio* que as caracteriza⁴⁷.

Para além de aprovar ou não o ato proposto, ao Poder Público caberia, ainda, analisar se aquele ato poderia causar algum conflito de interesses ou assimetria concorrencial que favorecesse a Concessionária. Trata-se de controle primordial, já que o objeto da concessão do porto organizado pode abranger inclusive o regime de exploração direta e indireta das instalações portuárias, conforme dispõe o art. 20 do Decreto nº 8.033/2013.

A contratação da empresa de consultoria para exarar parecer analisando o ato também deve ser pautada nos ditames legais e nos princípios que regem a Administração Pública, como moralidade, impessoalidade e eficiência, para que se evite um cenário de conflito de interesses⁴⁸, embora o contrato seja firmado em regime de direito privado, conforme dispõe o art. 5º-A da Lei de Portos.

Tanto os atos normativos quanto os atos de consentimento, portanto, seriam aprovados por autoridade pública que possui capacidade para o exercício de poder de polícia e dever de preservação dos interesses dos usuários do Porto contra conflitos de interesse ou assimetria concorrencial. À vista disso, no que tange à prerrogativa de edição de atos normativos, principalmente, há de se reconhecer um *distinguishing* do caso ora analisado com o entendimento da jurisprudência, na medida em que se proíbe uma delegação pura da competência para edição de ato normativo, o que, como visto, não ocorre no presente caso. Também não há, no caso, delegação do poder de polícia para consentir com a instalação de novos terminais, já que o Poder Concedente que irá, *se for o caso*, aprovar o ato ao final⁴⁹.

No que se refere às prerrogativas de edição de atos normativos e de consentimento, portanto, a demanda ajuizada pelo MPF não deve ser julgada procedente, já que não há sequer delegação de poder de polícia no caso.

⁴⁷ STF, AgRg no RE nº 892.727/DF, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, j. 08/08/2018, DJe 16/11/2018.

⁴⁸ No Diálogo Competitivo, por exemplo, a Lei nº 14.133/2021 estabelece que a empresa de consultoria contratada pela Administração assinará termo de confidencialidade e deverá se abster de atividades que possam configurar conflito de interesses (art. 32, §2º). Como exemplo de conflitos de interesse que devem ser evitados, citamos os incisos I, II e IV do art. 14 da Lei nº 14.133/2021. Nesse sentido, ainda, os critérios para seleção da empresa de consultoria devem ser pautados na questão de expertise e experiência no assunto.

⁴⁹ Nessa lógica, a Lei de Portos permite, no caso de dispensa de licitação para arrendamento, que a Concessionária faça um chamamento público com vistas a identificar interessados na exploração econômica da área, mas, ao final, quem efetivamente celebra o contrato de arrendamento é o Poder Concedente, cf. arts. 5º-B, parágrafo único, I e art. 16, III da Lei de Portos.

IV.2. Legalidade da delegação da prerrogativa de fiscalização.

No caso em análise, foi delegada à Concessionária, por meio do contrato de concessão, a prerrogativa de fiscalizar o cumprimento dos atos normativos aplicáveis aos arrendatários de terminais instalados dentro do porto. De fato, como autoridade responsável pela gestão do porto organizado, nada mais razoável que a Concessionária possua a prerrogativa de fiscalizar o cumprimento das normas que regulamentam as atividades portuárias, a fim de garantir o bom funcionamento do porto.

Com efeito, a Lei de Portos atribui ao administrador do porto organizado, em seu art. 17, inciso VI, a competência para “*fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente*”. Pela leitura do referido dispositivo legal, percebe-se que o legislador buscou atribuir à autoridade portuária amplos poderes de supervisão das atividades do porto, a fim de garantir o seu funcionamento de forma organizada e eficiente.

Ademais, assim como na fase de consentimento, a delegação a pessoas jurídicas de direito privado dos atos relativos à fiscalização de polícia já era aceita pelo STJ, visto que tal prerrogativa não deriva diretamente do poder de coerção do Poder Público⁵⁰, o que também veio a ser confirmado pelo STF em sede de RE no Caso BHTrans, ainda que, naquele caso, se estivesse tratando de entes integrantes da Administração Pública indireta.

Desse modo, no que se refere à delegação da prerrogativa de fiscalização, não parece haver qualquer impeditivo, visto que está em consonância com a legislação, bem como com a jurisprudência e a própria função inerente ao contrato de concessão da administração portuária. No entanto, importante destacar que, à luz das considerações mencionadas no tópico subsequente, deve a Concessionária, caso verifique a prática de alguma infração administrativa por parte do arrendatário, reportar à ANTAQ os fatos constatados, a fim de que a autarquia aplique, se for o caso, as penalidades cabíveis.

IV.3. Ilegalidade da delegação da prerrogativa sancionatória.

Historicamente, a doutrina sustenta a indelegabilidade da atividade sancionatória a entidades de direito privado, por entender que tal prerrogativa consistiria em atividade típica estatal⁵¹. Foi este, inclusive, o entendimento adotado pelo STJ ao julgar o Recurso Especial no

⁵⁰ Nesse sentido, a Segunda Turma do STJ entendeu que “Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público”. STJ, REsp. nº 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 10/11/2009, DJe 10/12/2009.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. Cit.* p.832.

caso BHTrans, por meio do qual a Segunda Turma entendeu que “*no que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro – aplicação de multas para aumentar a arrecadação*”. Como já visto, tal entendimento veio a ser superado pelo STF, no mesmo caso, em sede de Recurso Extraordinário, quando entendeu que seria possível a delegação das chamadas sanções de polícia às empresas estatais, desde que prestadoras de serviço público em regime não concorrencial, visto que estas estariam mais próximas do regime jurídico de direito público.

No caso de entidades não estatais, mesmo autores favoráveis à possibilidade de particulares exercerem competências sancionatórias destacam que esta delegação deve estar prevista em lei⁵². Ocorre que, na hipótese em análise, a própria Lei de Portos restringe a aplicação de sanções à competência exclusiva da ANTAQ, em razão de ser esta a autarquia responsável pela regulação do serviço público concedido. Esse parece ser também o entendimento do TCU a respeito do tema⁵³.

A lei supracitada dispõe que eventuais infrações cometidas pelos operadores portuários devem ser reportadas à Agência Reguladora, a fim de que instaure processo administrativo para aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos (art. 17, §1º, XI, Lei de Portos). Por previsão legal, a autoridade portuária poderia apenas “*promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto*” (art. 17, §1º, VII), “*suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto*” (art. 17, §1º, X), bem como executar atos materiais, após anuência do poder público, conforme dispõe o art. 17, §1º, XII da lei em comento. No mesmo sentido, o art. 78-A da Lei da ANTAQ estabelece que, no caso de infração à referida lei e descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, autorização ou termo de permissão, caberá à ANTAQ a aplicação das sanções legais.

Reforçando esse entendimento, no que concerne à imputação das penalidades de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos, verifica-se que tais sanções estão expressamente previstas no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, dispondo o *caput* do referido dispositivo que a aplicação de penalidades caberá à Administração, não abrangendo,

⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 144.

⁵³ Em sede de relatório de auditoria, o Acórdão nº 940/2014 recomenda “*à Companhia Docas do Estado de São Paulo que ajuste suas normas de fiscalização ao novo marco legal, levando em consideração a perda da competência para aplicação de penalidades e a necessidade de reportar infrações e representar perante a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, de acordo com o inciso XI, § 1º, do art. 17 da Lei 12.815/2013*”. TCU, Processo nº 024.011/2013-4, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. 9/4/2014.

portanto, os concessionários de serviço público. Logo, a delegação destas prerrogativas à autoridade portuária seria ilegal.

Também corrobora essa ideia o fato de que a Resolução nº 3.259/2014 da ANTAQ⁵⁴, em seu art. 13, *caput*, prevê que Agente de Fiscalização, o qual deverá ser servidor da autarquia⁵⁵, poderá, no exercício do poder de polícia, aplicar medida administrativa cautelar de interdição de estabelecimentos, “*quando houver grave risco à segurança, ao meio ambiente, à saúde pública, à sociedade e, em especial, no caso de operação sem autorização da ANTAQ e de empresas brasileiras de navegação sem comprovação de operação comercial*” (art. 14, *caput*, da resolução supracitada)⁵⁶.

Conclui-se, portanto, que, no caso em análise, o legislador conferiu à ANTAQ a competência para aplicar penalidades aos arrendatários dos terminais instalados dentro do porto, de modo que se configura ilegal o exercício dessa prerrogativa pela Concessionária sem a prévia anuência do Poder Público, conforme previsto no contrato de concessão. Assim, a demanda ajuizada pelo MPF deve ser provida em parte, apenas para declarar a nulidade da delegação da prerrogativa de aplicação de sanções pela Concessionária.

V. QUESTIONAMENTOS FORMULADOS PELO TCU

A Consulente relata, também, que foi instaurado pelo TCU processo de fiscalização questionando: (i) a supressão de investimentos decidida pelo Tribunal Arbitral para fins de recomposição da equação econômico-financeira da concessão e (ii) a escolha da ANTAQ pela arbitragem para dirimir conflitos relativos ao reequilíbrio do contrato. Como será visto, o processo de fiscalização deve ser julgado improcedente.

V.1. Arbitrabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão portuária.

Inicialmente, há de se assentar que o advento da pandemia da COVID-19, como fato externo e imprevisível, configura caso fortuito ou de força maior apto a ensejar a aplicação da

⁵⁴ Embora as penalidades de interdição do estabelecimento e apreensão de bens nocivos à gestão portuária, previstas no contrato de concessão em análise, não possuam previsão legal, o próprio legislador previu a possibilidade de criação de novas sanções por meio de atos normativos infralegais e, até mesmo, do próprio contrato de concessão, ao dispor que a ANTAQ poderá aplicar as penalidades “*previstas em lei, em regulamento e nos contratos*” (art. 17, §1º, XI da Lei de Portos).

⁵⁵ A Resolução nº 3.131 da ANTAQ dispõe que: “*Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se: (...) II – Agente de Fiscalização: servidor da ANTAQ com competência para exercer a atividade de fiscalização, ou outro agente nomeado pela ANTAQ; (...)*”.

⁵⁶ Por outro lado, a apreensão de bens, com a posterior devolução, também pode ser caracterizada, em alguns casos, como um ato de fiscalização, quando a administração do porto apreende o bem temporariamente como forma de fiscalizar seu conteúdo, a fim de zelar pela regularidade e a segurança da operação portuária (art. 17, VI da Lei de Portos). Nesse caso, não se tratando efetivamente de atividade sancionatória, aplicam-se os esclarecimentos realizados no item IV.2 quanto à legalidade da delegação da prerrogativa fiscalizatória.

teoria da imprevisão no âmbito dos contratos administrativos e, por conseguinte, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Esse raciocínio foi, inclusive, chancelado pela AGU no Parecer nº 261/2020⁵⁷, em consultoria prestada ao Ministério da Infraestrutura acerca do reequilíbrio de contratos de concessão do setor, e concluiu que a pandemia configura “*álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes*”⁵⁸.

Assim, quando comprovados os impactos da pandemia na equação econômico-financeira do contrato de concessão, a neutralização dos prejuízos alocados à responsabilidade do Poder Concedente por meio do reequilíbrio do contrato se mostra um caminho viável⁵⁹. Isso porque o direito ao reequilíbrio é constitucionalmente assegurado ao concessionário do serviço público, devendo ser “*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*” (art. 37, XXI, da CRFB/1988). No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional materializa a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁶⁰.

A legislação não restringe as metodologias para se alcançar o reequilíbrio contratual, sendo possíveis múltiplas formas jurídicas para tanto⁶¹. Considerando a tendência de deslocamento da aplicação da teoria das áleas para a repartição da matriz de riscos no instrumento contratual⁶², as formas de reequilíbrio deveriam idealmente estar previstas no

⁵⁷ Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

⁵⁸ Por outro prisma, algumas medidas de restrição adotadas para a prevenção da transmissão do coronavírus podem ser enquadradas como “fato do príncipe”, também permitindo a revisão do contrato. Além das restrições de circulação e do comércio, pode-se citar a adoção de medidas para enfrentamento da pandemia no âmbito do setor portuário por meio da MP nº 945/2020, convertida na Lei nº 14.047/2020.

⁵⁹ Marçal Justen Filho trata do desequilíbrio dos contratos administrativos em razão da pandemia: “*Em muitos casos, ocorreu a ruptura irreversível da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Assim se passou tanto em relação aos contratos de colaboração (Leis 8.666 e 10.520) como quanto aos de delegação (concessões e parcerias público-privadas). A alteração das condições da realidade tornou inviável dar execução a muitos contratos administrativos. As obrigações previstas tornaram-se inúteis e extremamente onerosas para alguma das partes. Os direitos estabelecidos não comportam concretização. A perspectiva de superação da pandemia não implica maior certeza quanto ao retorno à situação anterior. De modo geral, pode-se estimar que as atividades econômicas sofrerão modificações radicais*”. (JUSTEN FILHO, M. Direito Administrativo da Emergência – um modelo jurídico. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia, 2020)

⁶⁰ O art. 10 da Lei de Concessões dispõe que “*sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*”. Já o §4º do art. 9º prevê que “*em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração*”.

⁶¹ O STF já reconheceu que “[a] manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos”. STF. RE nº 571.969, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/09/2014.

⁶² A Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), por exemplo, prevê, em seu art. 103, que “[o] contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados”.

contrato. No entanto, nem sempre é o que ocorre na prática, sendo possível, ainda, que a regulamentação disponha sobre o tema.

Delineado esse breve panorama a respeito do reequilíbrio econômico-financeiro, cumpre ponderar a possibilidade de utilização da via arbitral para solução dos conflitos envolvendo os pleitos de reequilíbrio em face da Administração, ou seja, a arbitrabilidade da controvérsia sob os aspectos subjetivo e objetivo⁶³. Sob o ponto de vista subjetivo, não há dúvidas de que a Administração Pública pode ser parte em procedimento arbitral. Com o advento da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996 ("Lei de Arbitragem") e expressamente dispôs que *“administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem”*, não subsistem mais dúvidas quanto à arbitrabilidade subjetiva.

Mesmo antes da reforma legislativa, a norma que rege as Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) já autorizava a inclusão de convenção de arbitragem nesses contratos (art. 11, III), assim como a Lei de Concessões (art. 23-A), que passou a prever expressamente essa possibilidade a partir da Lei nº 11.196/2005. No âmbito da presente consulta, a própria Lei de Portos, em seu art. 62, §1º, faculta a utilização da arbitragem para dirimir litígios.

Superado o aspecto subjetivo, o exame da legalidade da cláusula compromissória perpassa pela arbitrabilidade objetiva da controvérsia. A Lei da Arbitragem dispõe, em seu art. 1º, §1º, que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem para solucionar conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. É possível verificar a disponibilidade do objeto do litígio por intermédio da presença ou não de atos de império, conforme apontam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁶⁴.

Como o reequilíbrio da concessão envolve aspectos econômicos ligados à proporção de encargos e benefícios suportados pelas partes, há alguma negociabilidade no conflito. É como conclui Gustavo Schmidt, ao defender que tanto a contratação quanto a recomposição da equação econômico-financeira de um contrato administrativo envolvem atos de disposição patrimonial⁶⁵.

⁶³ “8. O termo arbitrabilidade no Direito é dotado de um sentido razoavelmente preciso: significa a possibilidade, à luz da legislação nacional, de submissão de um dado conflito à arbitragem, ou seja, a permissão conferida pela ordem jurídica de que a controvérsia seja resolvida perante um juízo arbitral. 9. Neste contexto, a arbitrabilidade de um litígio pode ser examinada sob dois ângulos: um subjetivo e o outro objetivo. A arbitrabilidade subjetiva refere-se às pessoas que estão autorizadas a participar de um procedimento arbitral, ao passo que a arbitrabilidade objetiva está ligada aos tipos de litígios que podem ser levados à apreciação de um árbitro.” (BAPTISTA, P. F. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, p. 254, 2017).

⁶⁴ SUNDFELD, C. A.; ARRUDA CÂMARA, J. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, 2014, p.125

⁶⁵ SCHMIDT, G. R.. Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitrabilidade, legalidade, publicidade e a necessária regulamentação). In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI: Arbitragem na Administração Pública, Org. por DUBEUX,

Na linha da doutrina especializada, o Decreto nº 10.025/2019, que regula a utilização da arbitragem para dirimir litígios no setor de transporte, permite expressamente que conflitos que envolvam a recomposição da equação econômico-financeira sejam objeto de arbitragem. O parágrafo único do art. 2º deste decreto dispõe que “*consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos*”. Pacificado, assim, qualquer questionamento sobre a arbitrabilidade das questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro.

V.2. Controle da escolha da ANTAQ pela arbitragem.

Estabelecida a arbitrabilidade do conflito, é preciso verificar a possibilidade de o TCU controlar a escolha da ANTAQ pela arbitragem. A competência da Corte de Contas emana preliminarmente da CRFB/1988, principalmente dos arts. 70, 71, 72, §1º, 73 e 74, § 2º que embasam seu espectro de atuação, regulamentados pela Lei nº 8.443/1992 (“Lei Orgânica do TCU”) e pelo Regimento Interno do Tribunal.

Seguindo a sistematização proposta por André Rosilho⁶⁶, o TCU é competente para: (i) editar normas, (ii) praticar atos sancionatórios, (iii) praticar atos de comando, (iv) levantar dados e produzir informações, (v) formular orientações gerais e (vi) representar. Já a competência constitucional fiscalizatória atribuída ao TCU se desdobra nos seguintes objetos: fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas sob sua jurisdição, conforme se extrai dos arts. 70 e 71 da CRFB/1988.

A amplitude das relevantes funções de fiscalização não se confunde com a possibilidade de efetivo controle pelo Tribunal de Contas de todo e qualquer ato que não se adeque ao juízo de conveniência e economicidade do controlador. O controle não é irrestrito, obedecendo parâmetros legais pré-estabelecidos para avaliar o objeto de fiscalização. No caso em tela, a fiscalização por iniciativa própria está restrita à verificação quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, CRFB/88 e art. 230 do Regimento Interno do TCU) de atos, contratos e fatos administrativos de que resulte receita ou despesa (art. 249 do Regimento Interno do TCU).

O controle de legalidade⁶⁷ é a única modalidade de controle capaz de atrair as

B. T.e MANNHEIMER, S. N, Rio de Janeiro, APERJ, 2016, p. 180/181.No mesmo sentido: DI PIETRO, M.S. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Consultor jurídico, 2015.

⁶⁶ ROSILHO, A. J.. Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp.112

⁶⁷ Por meio do qual o TCU deve verificar a conformidade “do ato, medida ou atuação administrativa às respectivas normas embasadoras”, in MEDAUAR, O. *Controle da Administração Pública*. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp.128

competências para praticar atos sancionatórios e atos de comando⁶⁸, o que só pode ocorrer nas fiscalizações que envolvam matérias financeiras, orçamentárias, contábeis e patrimoniais⁶⁹. Tanto é assim que os incisos VIII e IX do art. 71 da CRFB/1988 condicionam a aplicação de sanções e comandos à verificação de *ilegalidades*.

Por outro lado, os controles de legitimidade e economicidade não podem licitamente dar ensejo a sanções, determinações cogentes ou sustação pela Corte de Contas. Nessas hipóteses, só cabe ao TCU formular orientações voltadas a aprimorar práticas e processos administrativos ou, se for o caso, representar às autoridades competentes⁷⁰. Ou seja, o Tribunal não pode sancionar ou determinar à Administração Pública que adote providências simplesmente por discordar das medidas por ela adotadas⁷¹.

O papel do TCU é de controlador externo ou de segunda ordem, conforme definido em sua própria jurisprudência⁷², não de revisor geral da Administração Pública. Assim, no exercício de sua competência de fiscalização de contratos administrativos, cabe à Corte de Contas apenas analisar a legalidade de cláusulas arbitrais incluídas em contratos de concessão, sendo-lhe, porém, vedado analisar a conveniência e oportunidade da escolha administrativa pela adoção de mecanismos não judiciais de solução de controvérsias.

Evidenciada a presença de todos os requisitos legais para a arbitrabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em tela, a Corte de Contas não poderá se sobrepor à discricionariedade da agência reguladora por preferir outra modelagem. É imperioso concluir que, embora o TCU seja competente para instaurar a fiscalização analisada, qualquer pretensão de aplicação de sanção ou comando à ANTAQ

⁶⁸ Definidos aqui como comandos constitutivos ou desconstitutivos de direitos.

⁶⁹ Ver: SUNDFELD, C.A.; ARRUDA CÂMARA, J. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188

⁷⁰ “Admitir que o Tribunal pudesse punir — indiretamente induzindo gestores a adotar certas práticas e a assumir certos comportamentos — exclusivamente a partir de constatações de supostos atos ilegítimos ou antieconômicos na prática importaria em dizer que a opinião do TCU sobre a gestão de recursos públicos seria ‘mais correta’ e teria ‘maior valor’ do que a opinião do Executivo (administrador público).” ROSILHO, A. J.. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp. 176

⁷¹ A despeito disso, a Corte de Contas, mesmo que reconheça a existência de esfera de discricionariedade, repetidamente afirma que “*pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos*” (TCU. AC nº 0644/2016, Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, p. em 24/07/2019).

⁷² Eduardo Jordão aponta que o Acórdão 1703/2004 baliza o entendimento jurisprudencial do tribunal sobre o limite da sua atuação sobre as agências reguladoras. A decisão indica que o TCU deve exercer apenas um “*controle de segunda ordem*” sobre “*a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório*”, o que não permite ao TCU “*se substituir às agências ou limitar os seus poderes*”. Mas, na prática, o TCU segue invadindo o campo discricionário das agências. Como conclui Jordão, “*o TCU respeitará a discricionariedade das agências quando concordar com as suas decisões. Se é isso que é o controle de segunda ordem, fica difícil saber o que é um controle de primeira ordem*”. (JORDÃO, E. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? In. *Direito do Estado*, 04 fev. 2021.)

referente à escolha da modelagem para resolução de processos de reequilíbrio econômico-financeiro é ilícita⁷³.

Além do amparo legal, o contrato conta com cláusula compromissória expressa, sendo privativa a competência do próprio Tribunal Arbitral para apreciar qualquer controvérsia e definir se é, ou não, competente para julgá-la. Dessa forma, o TCU se encontra impedido de analisar controvérsias cuja solução tenha sido delegada à arbitragem, em razão do princípio da Competência-Competência, positivado nos arts. 8º e 20, da Lei da Arbitragem.

Esse entendimento foi reforçado pelo STJ⁷⁴, em decisão na qual também se pontua a expressa permissão legal para que os contratos administrativos disponham sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. O precedente é fundamental por reconhecer que a jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo ao próprio Tribunal Arbitral deliberar sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Por fim, o processo instaurado pelo TCU se encontra em contradição com a sua própria jurisprudência, que, em diferentes precedentes⁷⁵, reconheceu o dever de deferência ao Tribunal Arbitral e, implicitamente, a adequabilidade da via arbitral em conflitos envolvendo o Poder Público. No Acórdão nº 1.171/2018, o voto da Ministra Relatora – acompanhado pelos demais ministros votantes – reconheceu que não compete ao TCU controlar o mérito da decisão arbitral.⁷⁶ No Acórdão nº 1.563/2020⁷⁷, o TCU admitiu o que já está positivado e vinha sendo defendido pela doutrina: a sentença arbitral tem caráter de coisa julgada, é imutável, inviolável, cabendo às Cortes de Contas lhe dar irrestrita eficácia⁷⁸.

⁷³ “[o TCU] não é competente para obrigar a administração e seus gestores a incorporar suas preferências a práticas administrativas, sob pena de deixar de ser órgão de controle externo (função que lhe foi expressamente atribuída pelo Texto Constitucional), passando a ser uma espécie de revisor geral do Executivo (função que propositadamente não lhe foi conferida pela Constituição).” ROSILHO, A. J. *Ob. Cit.*

⁷⁴ STJ. CC nº 139.519 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 10/11/2017.

⁷⁵ Importante pontuar que por muito tempo o TCU se colocou expressamente contrário à escolha pela arbitragem, inclusive determinando a retirada de cláusulas compromissórias de contratos de concessão. Argumentava que entes privados não poderiam decidir sobre o interesse público, e uma vez superado esse entrave por força da própria lei, o controlador passou a se embrenhar em discussões acerca da disponibilidade dos direitos patrimoniais que compunham o litígio. Nesse sentido ver: Acórdão nº 584/2003-2ª Câmara, Acórdão nº 537/2006-2ª Câmara, Acórdão nº 2.573/2012, Acórdão nº 1.330/2007, Acórdão nº AC-157-3/12-P.

⁷⁶ Conforme se extrai do trecho, “Penso que não cabe ao TCU, substituir o juízo arbitral e decidir o mérito das disputas sobre valores pendentes do arrendamento do Contrato PRES 32/98” TCU. Acórdão nº 1.171/2018, Representação nº 024.631/2016-7, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DJ 23.05.2018.

⁷⁷ “o juízo arbitral chegou a determinado débito, mediante sentença irrecorrível que tem força de título executivo judicial, nos termos dos arts. 18 e 31 da Lei nº 9.037/1996 e do art. 515 da Lei nº 13.105/2015 (CPC) (...) a decisão arbitral já é prontamente exigível, pelos meios comuns de cumprimento de sentenças”. TCU. Acórdão nº 1.563/2020, Representação nº 016.896/2020-3, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, DJ 17.06.2020.

⁷⁸ Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira analisa a importância das referidas decisões para a instauração de precedentes favoráveis à arbitragem no TCU. Ver: MOREIRA, Egon Bockmann ; CRUZ, E. S. . O TCU pró-arbitragem: uma análise do caso Libra. In: Luiz Guilherme Marinoni; Cristina Leitão. (Org.). *Arbitragem e Direito Processual*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021, v. 1, p. 413-426.

Portanto, considerando (i) a autorização legal para arbitrabilidade de questões envolvendo o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos com a Administração Pública, em especial o disposto no Decreto nº 10.025/2019; (ii) a presença de cláusula compromissória no contrato em análise; (iii) a competência do próprio Tribunal Arbitral para deliberar sobre as questões que fazem parte do objeto da cláusula compromissória; (iv) que o próprio TCU já reconheceu a adequação da via arbitral para solução de conflitos envolvendo a Administração Pública e seu dever de deferência às decisões do Tribunal Arbitral, conclui-se pela improcedência da fiscalização do TCU no tocante ao questionamento à modelagem escolhida pela ANTAQ para a resolução de processos de reequilíbrio econômico-financeiro.

V.3. Fiscalização pelo TCU da supressão de investimentos promovida pelo Tribunal Arbitral⁷⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio, tampouco poderia o Tribunal de Contas pretender reavaliar o conteúdo material da sentença arbitral. Ainda que se considere a amplitude das competências fiscalizatórias do Tribunal de Contas, não há hipótese no rol de competências constitucionais dos tribunais de contas que autorize o controle do mérito de uma decisão arbitral⁸⁰. Em contrário, o Tribunal deve deferência às decisões arbitrais⁸¹.

A decisão de mérito da arbitragem produz “*os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário*” (art. 31, Lei de Arbitragem). Por isso, é certo que o mérito da sentença arbitral se sujeita ao manto da coisa julgada e não poderia ser revisto nem mesmo pelo Poder Judiciário. O único controle possível é aquele exercido pelo Poder Judiciário, via ação anulatória, quanto à validade formal da sentença arbitral nos limites definidos nos artigos 32 e 33 da Lei nº 9.307/96. Esse entendimento é amplamente consagrado na jurisprudência do STJ, que já se manifestou no sentido de que “*o controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro*”⁸².

Nessa lógica, o processo de fiscalização instaurado para questionar a supressão de investimentos deve respeitar o conteúdo da decisão arbitral. Quando muito, o TCU poderia

⁷⁹ O aumento das tarifas, realizado pelo Tribunal Arbitral, para fins de reequilíbrio, não será analisado neste parecer, tendo em vista que, como narrado pelo Consultante, o ponto não compõe o objeto do processo de fiscalização instaurado pelo TCU.

⁸⁰ Nesse sentido, GARCIA, F.A.I. BRUMATI, L. O que os órgãos de controle da administração pública (não) podem fazer em relação às sentenças arbitrais?. In. MARINONI e LEITÃO, Coord. *Arbitragem e Direito Processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁸¹ Nesse sentido, MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, Arbitragem e Controle Externo. In: CUÉLLAR, L; MOREIRA, E. G.; GARCIA, F.A.; e Cruz, E. S. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁸² STJ. AgInt no AREsp nº 1662996/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 06/05/2022.

avaliar a presença de alguma das causas de nulidade da decisão, à luz do art. 32 da Lei de Arbitragem. Ainda assim, mesmo que a Corte de Contas entenda haver nulidade na sentença proferida, não poderá substituir-se ao Tribunal Arbitral quanto ao mérito⁸³, mas tão somente atuar no sentido de recomendar às autoridades competentes a adoção das providências cabíveis. Por outro lado, ao controlar o próprio contrato de concessão, o TCU poderia fazer recomendações para futuras melhorias da Administração, como, por exemplo, a restrição do rol de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem levados a juízo arbitral⁸⁴.

No caso concreto, considerando que nem todos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro são arbitráveis⁸⁵, caberia apenas verificar a arbitrabilidade do mecanismo definido pelo Tribunal Arbitral, mas não sua adequação com base em considerações de mérito. Diante disso, passa-se a averiguar mais detidamente a possibilidade de supressão de investimentos como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio da arbitragem.

Embora os tribunais e a literatura admitam a utilização de diferentes instrumentos para promover o reequilíbrio de contratos de concessão⁸⁶, somente serão passíveis de utilização pelo Tribunal Arbitral os métodos que não adentram na forma de prestação do serviço, isto é, os direitos patrimoniais disponíveis. A delimitação do modo de prestação se insere no âmbito das competências legais inderrogáveis da Administração e, portanto, configura interesse indisponível. Assim, à luz da distinção entre cláusulas regulamentares e econômicas, conclui-se que as cláusulas regulamentares traduzem direitos indisponíveis, e, em regra, não podem ser objeto de arbitragem⁸⁷, ao passo que as cláusulas econômico-financeiras, ao tratarem de direitos

⁸³ Pelo contrário, como visto, a própria jurisprudência da Corte já reconhece que o TCU deve dar cumprimento ao que foi decidido na sentença arbitral. Nesse sentido ver NRs 75 a 77. 1

⁸⁴ No Acórdão nº 4.036/2020, o TCU recomendou à ANTT que revisasse sua norma sobre arbitragens para restringir o rol de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de serem levados a juízo arbitral. Ver: MAIA PEREIRA, G. L.; ANDRADE ÁVILA, N; CARNEIRO DE ALBUQUERQUE, G. Arbitragem e a desconfiância do TCU ANTT acolheu recomendação do TCU para modificar norma sobre arbitragem. *In. Jota*, 23/02/2022.

⁸⁵ Como aduz Rafael Veras, deve-se avaliar se a forma de recomposição não influencia diretamente na forma de execução do serviço público delegado, nem subvertem as prerrogativas contratuais do Poder Concedente. (FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI: Arbitragem e Administração Pública, org. por DUBEUX, Bruno Teixeira e MANNHEIMER, Sergio Nelson. Rio de Janeiro, APERJ, 2016, p. 318.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. GUERRA, S. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In: MOREIRA, E.G. Tratado do Equilíbrio Econômico-financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 560.

⁸⁷ Como ensina Rafael Veras, as cláusulas regulamentares são aquelas que “constantes na lei, em regulamento ou no próprio contrato, disciplinam a execução dos serviços delegados ao agente privado, de acordo com o denominado jusvariandi do Poder Concedente”. Por outro lado, “as cláusulas econômicas são as que só podem ser alteradas em consonância com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. (FREITAS, R. V. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *R. de Dir. Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte: ano 14, n. 53, jan/mar. 2016, pp. 209-210.) Ver também: MATTOS, M.R.G. Contrato administrativo e lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2001, p. 121-131.

disponíveis, podem ser apreciadas no bojo da arbitragem. Nessa esteira, quanto à supressão de investimentos, objeto da fiscalização da Corte de Contas, poderá o Tribunal Arbitral adotar tal método como forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista a arbitrabilidade de cláusulas econômicas da concessão⁸⁸.

Como aponta Sundfeld, “*tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem*”⁸⁹, de modo que o cronograma de investimentos poderá ser discutido em sede arbitral. Pela mesma razão, tanto pode a arbitragem promover a prorrogação ou adiantamento de investimentos, como pode suprimi-los⁹⁰, já que a supressão não descaracteriza o fato de que o capital a ser investido traduz direito patrimonial disponível⁹¹.

Diante da arbitrabilidade do cronograma de investimentos da concessão, não se verifica, *in casu*, a nulidade da sentença arbitral, de modo que o processo de fiscalização deverá concluir por sua validade. Dessa forma, ainda que a ANTAQ esteja sob jurisdição do TCU e que o órgão entenda se tratar de matéria de natureza financeira, em função das possíveis repercussões da supressão de investimentos⁹², o TCU não poderá sequer representar às autoridades competentes contra a decisão do Tribunal Arbitral, visto que a decisão é válida e plenamente exigível.

VI. CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente parecer, apresentam-se a seguir as conclusões objetivas para cada um dos quesitos apresentados pela Consulente:

1) A demanda perante a ANTAQ deve ser julgada procedente? A demanda deve ser julgada improcedente, sendo válida a implementação do *software* com a finalidade de abertura de processo administrativo de fiscalização e sanção. Não há no caso delegação de poder de

⁸⁸ REINERT, E. E. B. Contratos administrativos e aplicabilidade da lei de arbitragem. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2010, p. 10-11.

⁸⁹ SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J.A. O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, vol. 248, 2014, p. 125.

⁹⁰ Na prática, diversos fatores poderão ser considerados para justificar supressões de investimentos. Como leciona Floriano P. Marques Neto, o “[regime] de proteção ao equilíbrio deve considerar os riscos próprios à atividade concedida, que envolvem não apenas oscilações de demanda (fortemente impactadas pela atividade de comércio internacional), como também o fato de que, especialmente após a Lei nº 12.815/2013, a concessão será explorada em regime de competição com terminais privados” (MARQUES NETO, F.P. *Ob. Cit.* p. 271). No entanto, essa análise é de mérito e compete tão somente ao Tribunal Arbitral fazer a ponderação em questão.

⁹¹ Importante que o caráter disponível dos investimentos decorra de disposição contratual.

⁹² Como acertadamente diagnosticado pela Equipe do Observatório do TCU, “o Tribunal supõe necessária sua manifestação sempre que ações de agentes públicos, ou de privados com relação contratual com o Estado, puderem, por qualquer motivo, vir a ter algum impacto sobre as finanças públicas, ainda que de modo eventual e indireto. O problema dessa premissa é que, no limite, qualquer fato ou ato tem dimensão financeira. Como resultado, o TCU passou a se manifestar sobre praticamente qualquer assunto relacionado ao mundo público, incluindo, por exemplo, temas típicos de gestão, inseridos na função administrativa clássica.” (“TCU: justiça administrativa?”, JOTA, 2020).

polícia à tecnologia, uma vez que a decisão do *software* é validada pelo Poder Público, inclusive com revisão humana. Decisões originadas de IA devem, porém, seguir parâmetros de objetividade, publicidade, motivação e devido processo legal.

2) A demanda proposta pelo MPF deve ser julgada procedente? A demanda deve ser julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a nulidade da delegação da prerrogativa sancionatória. No caso, não há delegação das prerrogativas de ordem e de consentimento de polícia ao particular, já que o Poder Concedente tem a palavra final sobre o ato. Logo, neste ponto, a alegação do MPF não é procedente. A alegação também não deve ser julgada procedente quanto à prerrogativa fiscalizatória, visto que a delegação à Concessionária está de acordo com as atribuições conferidas pela Lei de Portos, bem como com a função inerente ao contrato de concessão. Por outro lado, no que se refere à prerrogativa sancionatória, a alegação do MPF é procedente, tendo em vista que a legislação aplicável ao caso atribui à ANTAQ a competência para aplicar penalidades aos particulares que cometem infrações no âmbito do porto organizado, de modo que a disposição contratual fere o texto legal.

3) A fiscalização do TCU deve ser julgada procedente? A demanda deve ser julgada improcedente, pois o TCU deve ser deferente ao Tribunal Arbitral. O reequilíbrio econômico-financeiro das concessões portuárias é arbitrável, na forma do art. 2º, parágrafo único, I, Decreto nº 10.025/2019, e há cláusula compromissória no contrato de concessão. Assim, o TCU não possui competência para rever a escolha da ANTAQ por esse método de solução de controvérsias. Em relação à supressão de investimentos como método de reequilíbrio, verificou-se que a matéria é arbitrável, na forma do art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem. Assim, como o TCU não pode pretender reavaliar ou invalidar decisão arbitral, com força de coisa julgada, conclui-se também pela improcedência do procedimento.

S.M.J. É o Parecer.

Local xx, data xx de xx de xxxx.

Parecerista

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Consulta. Direito Administrativo. Setor de infraestrutura portuária. Contrato de concessão de serviço público. Poder de polícia exercido pela Concessionária de serviços portuários. Processos de fiscalização e sanção realizados através de *softwares*. Recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão da pandemia. Delegação da resolução do pleito a árbitros privados. Utilização do *software* lícita. Possibilidade parcial de delegação do poder de polícia à Concessionária. Métodos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro lícitos. Possibilidade legal de utilização da arbitragem privada para determinar o reequilíbrio.

INTERESSADO: União, Concessionária, Empresa XYZ Transporte de Grãos S/A.

DATA: 30 de junho de 2022.

1. RELATÓRIO

O presente caso versa sobre a delegação da gestão do Porto à Concessionária, ao final de 2019, mediante contrato de concessão. O instrumento contratual que rege tal relação conferiu à Concessionária competências para: (i) organizar a gestão portuária; (ii) realizar investimentos no Porto; (iii) editar normas para os arrendatários de terminais instalados dentro do Porto; (iv) fiscalizar o cumprimento desses normativos; (v) sancionar os que violarem seus dispositivos; e (vi) consentir com a instalação de novos terminais.

Ressalta-se, no que tange às prerrogativas (iii) e (vi), que seu exercício foi condicionado, contratualmente, à aprovação do Poder Concedente, após o cumprimento de procedimento específico descrito. Quanto aos itens (iv) e (v), foi delegada a competência de exarar atos imputando multa, interdição do estabelecimento, apreensão de bens nocivos à gestão portuária (com sua posterior devolução), suspensão temporária de participação em licitação, e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Destaca-se que a anuência do Poder Público foi dispensada nos casos citados.

No exercício de suas atribuições, a Concessionária editou a Resolução nº 01/2020 que, além de prever obrigações contábeis aos arrendatários, determinou a realização da fiscalização e da sanção por *softwares*. Nesse último caso, a instauração de processo administrativo seria feito com a posterior validação da decisão pelo Poder Público.

O Arrendatário XYZ Transporte de Grãos S/A alegou perante a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”) abusividade no uso do aludido *software*, assim como no conteúdo das disposições da Resolução. Apresentou denúncia ao Ministério Público Federal (“MPE”) contra a delegação à Concessionária das prerrogativas elencadas, sob o argumento de que são exclusivas do Poder Público. A denúncia originou ação civil pública de nulidade de tal transferência de poderes.

Concomitantemente, a Concessionária requereu o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, alegando redução da produtividade em razão da pandemia de Covid-19. O pleito foi remetido a tribunal arbitral, em razão de cláusula arbitral presente no contrato, tendo sido determinado seu provimento mediante o aumento de determinadas tarifas, a postergação e/ou supressão da realização de certos investimentos previstos originalmente em contrato.

Em função disso, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) instaurou processo de fiscalização no qual foi questionada a supressão dos investimentos, visto a sua essencialidade ao Porto e à concessão, assim como a anuência da ANTAQ quanto à escolha da arbitragem privada como meio de resolução de processos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Diante desse cenário, o presente parecer tem por objetivo analisar cada controvérsia jurídica levantada, argumentando quanto ao mérito das questões, para opinar pela procedência ou improcedência dos procedimentos instaurados em suas respectivas esferas.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DA DELEGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE POLÍCIA À CONCESSIONÁRIA

I. Superação da indelegabilidade do poder de polícia

1. O poder de polícia pode ser definido, classicamente, como a atividade pela qual a Administração Pública condiciona o exercício de direitos individuais ao bem-estar coletivo, sob o fundamento do princípio da predominância do interesse público sobre o particular. É,

portanto, manifestação do poder coercitivo do Estado que possibilita a limitação da liberdade e da propriedade, tendo características como a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Esta é a posição doutrinária de MELLO (2015)¹ e DI PIETRO (2020)².

2. A partir desse cenário e como consequência da imperatividade da atividade exercida, a doutrina clássica igualmente defende a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, sob o fundamento de ser atuação típica do Estado.

3. Tal entendimento baseia-se, essencialmente, em uma fundamentação ética da indelegabilidade ao afirmar a verticalidade da relação entre a Administração e administrados, de modo que a legitimidade de atos do poder de polícia advém dessa hierarquia. De maneira geral, apenas se reconhece a possibilidade de delegação de atividades de polícia exclusivamente materiais, como atividades que executem materialmente decisão administrativa prévia ou que permitam a constatação objetiva de um fato³, cujo exemplo comumente empregado é o da fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos de fotossensores⁴.

4. No entanto, por uma última multiplicidade de fatores – tanto legislativos quanto doutrinários, jurisprudenciais e socioeconômicos –, a tese da indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, ora considerada como atributo constitutivo da própria definição de poder de polícia, passou por um amplo processo de reformulação, notadamente em decorrência de necessidades contemporâneas de modernização, relacionadas, dentre outras, à expansão da prestação de serviços públicos por particulares.

5. Destarte, vejamos de que modo se deu esta superação em nosso Direito Administrativo Contemporâneo, perpassando, respectivamente, (1) doutrina e (2) jurisprudência.

¹ “A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 846.

² “[...] atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

³ MELLO afirma não haver a possibilidade de “delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴ Nesse sentido: “Não se pode deixar de mencionar, no entanto, a existência de entendimento favorável à delegação de atividades de polícia exclusivamente materiais, desde que não envolvam o exercício de autoridade por um particular sobre outro cidadão. Seria o caso, por exemplo, da instalação de infraestrutura necessária para o exercício do poder de polícia, a colocação de sinalizações, a pura fiscalização (sem aplicação de sanções)”. (DI PIETRO, 2020, p. 331).

I.1. Superação pela doutrina

6. FONTE (2015)⁵ propõe a superação da fundamentação clássica do poder de polícia, responsável por dar azo à teoria da indelegabilidade. Para o autor, a justificativa clássica deste poder pode ser denominada como *hobbesiana*, já que nela há o objetivo precípua de viabilizar a coesão social e afastar o *bellum omnium contra omnes* (i.e., a guerra de todos contra todos). A maior consequência da adoção do modelo hobbesiano é a visão verticalizada entre a Administração e o administrado, responsável por fundamentar ideia de indelegabilidade do poder de polícia⁶.

7. Conforme MENDONÇA (2013), o exercício do poder de polícia não possui um vínculo intrínseco com regime jurídico de direito público, trata-se de uma mera aptidão institucional - no caso, do Estado - para seu exercício⁷. De acordo com o autor, o poder de polícia é exercido dentro do chamado ciclo de polícia, que divide a polícia administrativa em quatro fases: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia. Em tese, como este observa, cada fase pode ser exercida por uma pessoa diferente.

8. Há que se considerar que o regime privado, munido de determinadas características como a maior velocidade na resposta aos estímulos externos e a desobstrução burocrática, faz com que o exercício do poder de polícia seja realizado de maneira mais eficiente. Sobre esse aspecto, o autor propõe três requisitos de cautela para o exercício do poder de polícia pelos particulares, quais sejam: (i) ausência de conflito de interesses⁸; (ii) ausência de regime concorrencial⁹; e (iii) exercício do poder de polícia de forma acidental¹⁰⁻¹¹.

⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Revisitando os Fundamentos do Poder de Polícia no Brasil**. In: Rodrigo Brandão; Patrícia Ferreira Baptista. (Org.). Direito público. Rio de Janeiro: UERJ, 2015.

⁶ Não há, como alude FONTE (2015), evidências empíricas da premissa antropológica de que estaríamos fadados à guerra de todos contra todos; ademais, a ideia de ordem pública deve estar centrada não no absoluto império da Administração, mas nos direitos fundamentais por ela assegurados. Exemplos como a autorregulação demonstram a capacidade dos próprios particulares estabelecerem limites aos direitos de entes privados.

⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Estatais com poder de polícia: por que não?** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 252, set/dez. 2009, p. 143.

⁸ A estatal que exerce poder de polícia deve existir com capital público (ou capital privado irrisório no caso de Sociedades de Economia Mista, como ocorre no caso da BHTRANS, onde o município de Belo Horizonte é majoritário).

⁹ Neste caso, o agente estaria a regular a sua própria atuação, situação que pode fornecer vantagem concorrencial ao regulador.

¹⁰ Diz-se que serviço público deve se beneficiar do exercício do poder de polícia como mero instrumento à consecução do próprio serviço; o autor rejeita a hipótese de um ente privado que possua como objeto social a atividade de poder de polícia, sem qualquer conexão com o serviço público prestado; pois, nesse caso, se admitiria o poder de império nas atividades econômicas prestadas em regime concorrencial.

¹¹ Esses requisitos de cautela são observados, igualmente, por SCHWIND (2014, p. 153), para quem (1) não deve haver conflito de interesses; e a (2) a atuação do particular deve seguir as diretrizes estabelecidas pela Administração. Sobre isso, pode-se citar o exemplo do art. 106 Código de Trânsito Brasileiro, as condições que o Poder Público estabelece para aprovação do veículo, por mais que o particular discorde, deverão ser aplicadas.

9. Reputa-se que as condições adstritas ao exercício do poder de polícia pelo particular devem estar previstas em lei formal, como leciona CARVALHO FILHO (2017)¹². A lei é, outrossim, um pressuposto de validade da atuação do poder de polícia pela delegação.

I.2. Superação pela jurisprudência

10. Inicialmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em conformidade com a doutrina clássica sobre o tema, era adepta à tese da indelegabilidade do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado. Neste contexto, a história do Supremo Tribunal Federal aponta dois casos emblemáticos: a ADI nº 2.310/DF e a ADI nº 1.717/DF. Em ambos os julgados, decidiu-se pela impossibilidade da delegação de poder de polícia, ora a partir de incompatibilidade com dispositivos constitucionais específicos¹³, ora sob uma primazia pelo exercício de poder de polícia por agentes ocupados em cargos públicos¹⁴.

11. Contudo, o entendimento consolidado por estes julgados foi paulatinamente afastado pelos Tribunais Superiores, que desenvolveram jurisprudência mais solícita à delegação de atividades relativas ao poder de polícia, em consonância com os mais recentes avanços de nossa doutrina e regulação – e isso ainda que de forma tímida.

12. Em 2012, o STF, ora adepto da tese da indelegabilidade do poder de polícia, reconheceu que “*a transferência de funções públicas tipicamente regulatórias, inclusive com poderes de polícia, para entidades privadas é um fenômeno que vem sendo verificado cada vez com maior frequência*”; afirmando, ainda, que estas delegações são legítimas, desde que existam “*parâmetros de controle e supervisão pelo Poder Público, bem como de instrumentos eficazes para assegurá-los*”¹⁵⁻¹⁶.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 86.

¹³ Já nesta ADI, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivo legal que permitia a fiscalização de profissões regulamentadas mediante delegação do Poder Público a ente privado, ainda que prescindida de autorização legal, o Plenário fundamentou que a “delegação do serviço (de fiscalização) a entidade privada não se mostra compatível com a Constituição”, segundo o entendimento de que “a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia”. (ADI 1.717 DF. Rel. Min. Sydney Sanches, PLENÁRIO, j. em 07/11/2002, DJ 18/11/2002).

¹⁴ Nesta ADI, o Min. Marco Aurélio, em despacho monocrático, suspendeu a eficácia do dispositivo que possibilitava a criação de empregos públicos regidos pela CLT no âmbito das agências reguladoras, sob o fundamento de que o exercício de poder de polícia exige que “aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público”. (ADI 2.310 MC. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/2000, DJ 01/02/2001).

¹⁵ Rcl 14.284 DF. Min. Marco Aurélio, j. em 22/12/2012, DJ 01/02/2013.

¹⁶ Em mesmo sentido, em 2015, o STF reconheceu a competência das guardas municipais para aplicar multas, sob o fundamento de que: “a fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais”. (RE nº 658570/MG, Tribunal Pleno, j. em 06/08/2015, DJ 30/09/2015).

13. Ademais, o tema da delegação de poder de polícia foi recentemente colocado em destaque pelo RE 633.782/MG, que se tornou *leading case* da Repercussão Geral nº 532: “*Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista*”. Em suma, o STF declarou constitucional a delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (“BHTRANS”)¹⁷, definindo a seguinte tese em sede de Repercussão Geral: “*É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.*”

14. Deste breve contexto jurisprudencial, retiramos duas importantes conclusões:

15. Primeiro, que as teses esboçadas nas ADI nºs 2.310/DF e 1.717/DF, adeptas da tese da indelegabilidade do poder de polícia, foram superadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, visto que todos os fundamentos ali levantados não encontram respaldo em nosso ordenamento jurídico. De início, nenhum dos artigos invocados pelo STF na ADI 1.717/DF – quais sejam, os arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal – permitem concluir pela vedação à delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado¹⁸.

16. Além disso, a tese, disposta no ADI nº 2.310/DF, de que haveria uma primazia pela ocupação dos cargos públicos aos serviços constantes do poder de polícia se pauta em fundamento essencialmente frágil e com consequências terríveis à Administração Pública, especialmente considerando que (i) a delegação de poder de polícia por particulares já constitui realidade, não havendo comprovação de isso ter gerado prejuízos à Administração Pública ou à população; e que (ii) não seria plausível limitar o exercício de polícia em nome da estabilidade do agente público¹⁹.

¹⁷ Neste sentido: “[...] a Constituição, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado e em regime não concorrencial, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado”. (Plenário, RE 633782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23/10/2020).

¹⁸ Com efeito, os arts. 21, XXIV, 22, XVI, 70, § único, e 149 da Constituição apenas definem competências específicas à União ou ao Tribunal de Contas, não estabelecendo qualquer impedimento à delegação de poder de polícia. De outro lado, o art. 175, ao obrigar o Poder Público a prestar serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, não implica qualquer vedação à delegação da atividade de poder de polícia, pois trata somente da execução indireta de serviços públicos.

¹⁹ Tal entendimento, como bem argumenta Carlos Ari Sunfeld, obrigaria a Administração Pública a tomar decisões absurdas, visto que, por exemplo, “um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o término do estágio probatório para começar a trabalhar”. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia**. Boletim de Direito Administrativo, v. 2, São Paulo, 1993.

17. Segundo, que os Tribunais Superiores passaram por uma alteração jurisprudencial favorável à delegação, havendo respaldo para justificar, jurisprudencialmente, a transferência de poderes discutida neste Parecer. Isso porque, de fato, inexistente fundamento constitucional vedando a delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, sendo este fato reconhecido pelos Tribunais Superiores, que passaram a defender a delegação de atividades de poder de polícia a particulares. Destarte, a delegação de atividades ao regime privado não resulta em uma atividade *per se* arbitrária, pois estas atribuições deverão se sujeitar às imposições do regime de Direito Público - cf., aliás, já defendido pela doutrina contemporânea.

II. Caso dos portos

18. À luz das considerações doutrinárias, não há razões para propugnar pela presença de conflito de interesses neste caso, pois somente haveria conflito de interesses caso o capital privado, que preza pela busca do lucro, tivesse sua receita adstrita às penalidades aplicadas. Por essa lógica, quanto maior a incidência da atividade de polícia, maior seriam as atividades lucrativas. No entanto, à vista do art. 77, V da Lei 10.233 (Lei da ANTAQ e ANTT) e do art. 50 da Lei dos Portos, o produto das arrecadações decorrentes da cobrança de emolumentos e multas constitui receita da Reguladora e não da Concessionária. Portanto, não há conflito de interesses, ainda que o capital da empresa seja inteiramente privado.

19. Ademais, a concessionária não atua em regime concorrencial, mas presta serviço público; dessa forma, não é possível sustentar que haveria vantagem concorrencial entre a concessionária e os demais regulados.

20. Salienta-se, ainda, que o objeto social não é somente o exercício do poder de polícia, apesar de sua relevância; este está, sobretudo, adstrito ao serviço prestado, que se beneficia de sua execução.

21. Por fim, a legislação e regulamentação imposta pela Administração deve direcionar a atuação da concessionária (art. 5, Resolução 75 da ANTAQ), contexto que afasta a ausência de uma diretriz impositiva à concessionária.

II.1. Ato normativo e de consentimento

22. Quanto aos atos normativos, é importante diferenciar, em um primeiro momento, os atos normativos originários e os atos normativos derivados. Os primeiros, emanados do Estado, inovam a ordem jurídica e instituem direitos novos, de maneira que a competência de editá-los encontra-se constitucionalmente estabelecida. Os segundos, todavia, buscam

especificar conteúdos normativos preexistentes, visando à sua aplicação. Destaca-se que a delegação da função legislativa, para edição de atos normativos originários, não se encontra em debate no presente caso, dispensando-se comentários a seu respeito.

23. Por outro lado, a delegação de atos normativos derivados é identificada no caso em apreço, uma vez que a Concessionária possui a prerrogativa de edição de normas para os arrendatários dos terminais. A natureza infralegal dos atos normativos derivados, dentre o contexto analisado, alude à regulamentação, à limitação e ao condicionamento das atividades privadas por eles regidas - características próprias do poder de polícia.

24. Não obstante, destaca-se a estreita vinculação entre o poder regulamentar e o princípio da legalidade, de modo que tal delegação transfere os mesmos limites regulamentares aplicáveis à Administração. Isso significa dizer, de maneira simplista, que a Administração e, por consequência, o particular a quem o poder regulamentar foi delegado estão sujeitos a prescrições legais para a edição de normas derivadas. Tal vinculação, como bem apontam MEDAUAR (2012)²⁰ e ARAGÃO (2004)²¹, deve ser ponderada e mensurada, principalmente no que se refere ao nível de densidade normativas.

25. No que diz respeito ao ato de consentimento, sabe-se que esse se refere a uma “*disciplina normativa que condiciona a constituição de direitos privados ao assentimento prévio da Administração Pública*”²². O exercício de determinadas atividades privadas, pois, é condicionada pelo legislador a um prévio consentimento do Estado.

26. A delegação de atos normativos e de consentimento, no caso em análise, além de definida contratualmente, é prevista legalmente. Isso porque o art. 17 da Lei nº 12.815/2013 e o art. 8º da Resolução nº 75 da ANTAQ²³ dispõem sobre a possibilidade da autoridade portuária, representada pela Concessionária, exercer atividades regulamentares e de consentimento²⁴.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: RT, 2012.

²¹ Em outras palavras: “[...] até que ponto a lei deve preestabelecer os conteúdos dos atos a serem expedidos infra-legalmente pela Administração”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

²² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum. 2016, p. 96.

²³ Art. 8º da Resolução nº 75 da ANTAQ: “Compete à autoridade portuária estabelecer, no âmbito do regulamento do porto, o horário de seu funcionamento e, sem prejuízo do atendimento às diretrizes estabelecidas pelo poder concedente, os critérios e procedimentos de: I - habilitação ao tráfego e às operações; II - movimentação e armazenagem de carga, conforme suas especificidades e periculosidade; III - ordem e prioridades de atracação e de uso das instalações portuárias; IV - uso de armazéns, pátios, galpões e silos; V - jornada de trabalho no cais público; e VI - cessão de equipamentos de sua propriedade.”

²⁴ Como exemplo, cita-se: Lei nº 12.815/2013, art. 17, § 1º, VIII: “[...] autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; [...] IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto.”

27. É nesse sentido que BINENBOJM (2016) destaca a possibilidade de concessionárias de serviços públicos exercerem, mediante previsão legal e contratual, poderes públicos regulamentares em caráter infralegal, bem como poderes públicos administrativos gerais.

28. Importa ressaltar, por fim, que, no caso em questão, o exercício de tais prerrogativas está condicionado, contratualmente, à aprovação do Poder Concedente, a quem a proposta de ato normativo ou de consentimento deve ser remetida após sua elaboração. A regulamentação e a fiscalização do serviço concedido pelo Poder Concedente, de todo modo, é prevista na Lei nº 8.987/1995 e, portanto, ainda que inexista a execução direta dos atos formulados, é clara a possibilidade de transferência de tais prerrogativas à concessionária.

II.2. Fiscalização

29. No que tange à delegação da fiscalização, o art. 17, § 1º, V e VI da Lei dos Portos (Lei 12.815) prevê que é competência da concessionária *“fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias”* e *“fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente”*.

30. A operação portuária, em substância, é definida pelo inciso XIII, art. 1º da Lei dos Portos como as *“atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado”*. De acordo com a Resolução 75 da ANTAQ, nos arts. 16 e 17, a autoridade portuária (concessionário) é responsável por realizar a fiscalização direta dessas operações.

31. Acerca dessas competências, não há um condicionamento legal que preveja a anuência do Poder Público para seu exercício. É necessário, contudo, que a fiscalização do concessionário esteja adstrita às hipóteses do art. 17, § 1º e à regulamentação do poder concedente prevista no art. 29, I da Lei 8.987/85.

II.3. Sanção

32. Atinente à sanção, é cediço, pela lição de autores como BINENBOJM (2016), que a concessionária dos portos pode *“[...] para além de meros atos materiais, exercer atividades relacionadas à prática de atos coativos, fiscalizatórios, de consentimento, arrecadatários,*

sancionatórios e regulamentares”. Este atributo pode ser colocado em posição semelhante à atividade principal da concessionária, o que a afasta da mera atividade acessória²⁵.

33. A previsão legal, verificada na Lei dos Portos (art. 17, § 1º), dispõe que é competência da concessionária estabelecer sanções como a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto (inciso VII) e a suspensão de operações portuárias que prejudiquem seu funcionamento (inciso X). As demais infrações devem ser reportadas à ANTAQ (inciso XI), com a finalidade de instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos.

34. Nesse sentido, a Resolução nº 3.259 da ANTAQ, que dispõe sobre o procedimento sancionador da reguladora, prevê que a Autarquia é competente para sancionar infrações à legislação do setor aquaviário e correlacionadas à regulamentação e aos instrumentos contratuais sob regulação da ANTAQ (art. 46). Nessa ambiência, a Resolução nº 75 igualmente confere à ANTAQ competência para a imposição de relevantes penalidades como multa, cancelamento do credenciamento do operador portuário, suspensão e cassação²⁶.

35. A remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto (art. 17, § 1º, VII) da Lei dos Portos ilustra a única possibilidade em que a concessionária pode apreender um bem nocivo à gestão portuária.

36. Por essa exegese, outras penalidades como multa, interdição do estabelecimento²⁷, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração²⁸ são de competência da Agência Reguladora, uma vez que não encontram fundamento das competências delegadas à concessionária pelo art. 17 da Lei dos Portos. O

²⁵ GONÇALVES ensina as concessionárias de serviços públicos podem, dentro do exercício regular das atividades que lhe foram cometidas, e desde que previsto na lei e no contrato de concessão ou permissão, exercer o poder sancionatório. Nesse sentido: GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 805/806.

²⁶ A Resolução ANTAQ Nº 75, de 02 de junho de 2022 dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas a serem aplicadas pela ANTAQ “Art. 27 [...] I – advertência; II – multa; III – proibição de ingresso na área do porto organizado por período de trinta a cento e oitenta dias; IV – suspensão da atividade de operador portuário, pelo período de trinta a cento e oitenta dias; V – cancelamento do credenciamento do operador portuário; VI – suspensão; VII – cassação; e VIII – declaração de inidoneidade”.

²⁷ O art. 13 da Resolução 3.259 da ANTAQ dispõe que “[...] o Agente de Fiscalização, no exercício do poder de polícia administrativa, poderá aplicar Medida Administrativa Cautelar de interdição de atividades, operações, áreas, estabelecimentos, instalações, equipamentos e/ou embarcações, de acordo com o art. 78-C da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, combinado com o art. 3º, parágrafo único da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, sem prejuízo da lavratura do Auto de Infração”.

²⁸ Cf. a Resolução 3.259 da ANTAQ, a cassação impossibilita a participação em licitação e aplicada pelo poder concedente (art. 59); a declaração de inidoneidade impossibilita, igualmente, a participação em licitação (art. 61); o mesmo ocorre no caso de declaração de caducidade, aplicada pelo poder concedente (art. 62).

mesmo ocorre, em situações não descritas pelo art. 17, na hipótese de apreensão de bens nocivos à gestão portuária²⁹.

37. No que diz respeito à utilização do *software*, MELLO (2014) aponta que “*as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana*”. É por essa razão que não há distinção entre o equipamento pertencente ao Poder Público e ao Particular, tampouco abusividade da forma de tratamento dos administrados.

38. MELLO (2014) leciona, ainda, que na hipótese em que um ato jurídico de polícia é inteiramente expedido por máquina (como no caso de parquímetros que expeçam auto de infração), o bem privado, responsável por constatar um fato (inadimplemento) e iniciar o procedimento de sanção, com o consentimento (ou validação da decisão digital), opera como veículo de expressão do Poder Público, não sendo, pois, o caso de se cogitar de uma delegação - seja de poderes fiscalizatórios ou sancionatórios -, situação que dispensa o consentimento do concessionário.

2.2. DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

I. O instituto do reequilíbrio econômico-financeiro

39. O conceito de equilíbrio econômico-financeiro é pedra angular dos contratos administrativos, com especial destaque no que se refere aos contratos de concessão e parcerias. Pode-se dizer, de forma simples, que o equilíbrio econômico-financeiro é extraído de dois princípios gerais dos contratos: (i) o princípio do *pacta sunt servanda*, i.e., aquilo que foi pactuado entre as partes no momento de negociação possui força obrigatória durante toda vigência do contrato; e (ii) o princípio *rebus sic stantibus*³⁰.

²⁹ A apreensão de bens nocivos pode ocorrer pela via da interdição como dispõe o art. 14 da Resolução 3.259 “A interdição poderá ser aplicada quando houver grave risco à segurança, ao meio ambiente, à saúde pública, à sociedade e, em especial, no caso de operação sem autorização da ANTAQ e de empresas brasileiras de navegação sem comprovação de operação comercial, conforme norma específica da ANTAQ.”

³⁰ Isto é, “aqueles contratos de trato sucessivo e em relação aos quais os eventos futuros podem incidir devem ser interpretados à luz da cláusula em debate”. (PEREIRA, Kylce Anne de Araujo. **A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 149 jan./mar. 2001. p. 270).

39.1. Tais princípios, quando aplicados em divergências contratuais, originam a Teoria da Imprevisão³¹. Esta Teoria, originalmente associada ao Direito Civil, é também aplicável aos contratos administrativos, como já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal³².

40. A partir dos princípios contratuais *supra*, é possível firmar entendimento de que, ao realizar uma contratação, a Administração Pública deve procurar manter, durante toda sua vigência, “*uma igualdade entre as vantagens que se concedem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas*”³³.

41. O direito do contratado pela Administração Pública (*in casu*, do concessionário de serviços públicos) ao equilíbrio econômico-financeiro está positivado no direito brasileiro, por meio de diferentes instrumentos normativos. Encontra respaldo na Constituição, na forma do art. 37, inc. XXI, que garante a remuneração do contratado, “*mantidas as condições efetivas da proposta*”³⁴, na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei 8.666/93”)³⁵, e na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei Geral de Concessões”)³⁶.

42. Ainda, mais recentemente, o tema foi abordado pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (“Nova Lei de Licitações”)³⁷, que estabeleceu o novo regime de licitações e contratos,

³¹ Entende-se Teoria da Imprevisão como o “reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 9. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 230).

³² “[...] é perfeitamente possível transportar para os contratos administrativos, regidos pelo direito público, o vetor da teoria da imprevisão, como forma, também nesta esfera, de legitimar a intervenção do Poder Judiciário no contrato para restabelecer o equilíbrio econômico perdido durante a sua execução.” (ACO 3119, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-164 DIVULG 29-06-2020, PUBLIC 30-06-2020).

³³ Trecho da primeira decisão que tratou da questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, proferida pelo Conselho de Estado Francês no processo de interesse da “Cie. Française des Trammways”, de 11-3-1910. Citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias Administração Pública**. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

³⁴ Na íntegra: “Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” [grifo nosso].

³⁵ A lei 8.666/93 institui normas gerais para licitações e contratos administrativos para todos os Poderes da União, dos Estados, do DF e dos municípios e prevê a possibilidade de readequação do equilíbrio econômico-financeiro para algumas situações. Em seu art. 65, inciso II, alínea “d”, autoriza a repactuação dos contratos administrativos para fins de recomposição, quando “sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

³⁶ A referida lei dispõe, em seu art. 10, que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

³⁷ Ao tratar do reequilíbrio econômico-financeiro, a Nova Lei de Licitações levou em conta as peculiaridades do objeto contratado, trazendo inovações como o regramento da matriz de riscos, que garante maior respaldo jurídico em relação aos riscos inerentes à execução do contrato. Isso porque, ao ser contratualmente estipulada, a matriz de riscos realiza a distribuição dos riscos da contratação entre contratado e contratante e formas de mitigação de suas consequências, contribuindo, pois, com o planejamento e com o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

trouxe inovações e concentrou tendências até então encontradas apenas em leis específicas (e.g. Regime Diferenciado de Contratações – “RDC”), jurisprudência e doutrina³⁸.

43. Percebe-se, portanto, que o equilíbrio econômico-financeiro assume papel central nos contratos administrativos, sendo sua recomposição, quando houver desequilíbrio, cabível no ordenamento jurídico brasileiro.

II. Equilíbrio econômico-financeiro no setor portuário e suas formas

44. Ao se tratar especificamente da questão no setor portuário, nota-se que a Lei nº 12.815/2013 (“Lei de Portos”) não oferece regulamentação específica sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro aplicável a concessões portuárias. Contudo, a doutrina compreende aplicável o regime de equilíbrio a esse tipo de concessão, tendo em vista (i) a aplicação subsidiária da Lei Geral de Concessões e da Nova Lei de Licitações; e (ii) a alusão, na Lei de Portos, à revisão tarifária, comumente usada para recomposição do equilíbrio³⁹.

45. Ainda, a nível infralegal, há normativos que tratam sobre o tema. Vale destacar a Portaria nº 530, de 13 de agosto de 2019, do Ministério da Infraestrutura, que estabelece normas para alterações em contratos de arrendamento portuário (“Portaria 530/2019”).

46. Em consonância com o regramento dado pelo art. 10º da Lei Geral de Concessões, a Portaria 530/2019 prevê que o poder concedente deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário sempre que ocorrer **evento que implique impacto no fluxo de caixa do empreendimento e cujo risco esteja alocado à Administração Pública**⁴⁰. Como regra, considera mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que forem atendidas as condições contratuais.

47. Vale ressaltar que, cf. o art. 81 da Portaria 530/2019, o procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro será realizado buscando “*neutralizar os impactos advindos especificamente de seu fato gerador*”. Exige-se, portanto, um nexo causal entre a diminuição do fluxo de caixa do empreendimento e o evento que afete o equilíbrio inicial⁴¹.

³⁸ A título exemplificativo, cita-se o tratamento legal dado à matriz de risco (inicialmente manejado na jurisprudência do TCU, Acórdão nº 1.510/2013-Plenário), à rescisão do contrato (NIEBUHR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (e-book). 2020, p. 210) e à ideia de nulidade (SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 41-44).

³⁹ Nesse sentido, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões., cit., p. 235.

⁴⁰ Cf. art. 80 da Portaria 530/2019. Na íntegra: “Art. 80. O poder concedente promoverá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário sempre que vier a ocorrer evento que implique impacto no fluxo de caixa do empreendimento e cujo risco tenha sido assumido pela Administração Pública. Parágrafo único. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

⁴¹ Nesse sentido, v. também a Resolução ANTAQ nº 53, de 18 de agosto de 2021, que dá nova redação ao art. 13 da Resolução-ANTAQ nº 3.220/2014. Na íntegra: “Art. 13 [...] Parágrafo único. Quando não houver disposição contratual específica acerca da periodicidade, a revisão contratual somente será realizada na presença de **fatos**

48. Por fim, vale trazer que a Portaria 530/2019, ao prever os meios que o poder concedente pode recompor o equilíbrio econômico-financeiro, oferece quatro instrumentos, que poderão ser escolhidos a critério da Administração Pública⁴²: (i) aumento ou redução de obrigações financeiras previstas no contrato de arrendamento; (ii) modificação das obrigações contratuais do arrendatário; (iii) extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; ou (iv) pagamento de indenização⁴³.

49. Essencial que, como a Lei Geral de Concessões aplica-se subsidiariamente às concessões e arrendamentos portuários, os procedimentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro previstos no referido diploma legal serão os mesmos. Isso significa dizer que o reequilíbrio poderá se dar de três formas⁴⁴, a saber: (a) reajuste; (b) revisão ordinária; e (c) revisão extraordinária.

III. Reequilíbrio no setor de transportes frente ao cenário pandêmico

50. Merece atenção especial, ainda, a crise pandêmica, posto que é notório que a pandemia de Covid-19 gerou danos consideráveis à economia e, em especial, ao setor de logística e transportes. Estando este impossibilitado de atuar com plena capacidade, devido às restrições estabelecidas com o objetivo de combater a proliferação do vírus, a demanda por esses serviços diminuiu consideravelmente⁴⁵.

51. No âmbito do Direito Administrativo, faz-se necessário discutir se a pandemia de Covid-19 pode ser reconhecida como evento de “*força maior*” ou “*caso fortuito*”, passíveis

que configurem os nexos causais indispensáveis ao início da instrução processual requerida (o pleito de reequilíbrio)”. [grifo nosso].

⁴² Cf. art. 82 da Portaria 530/2019.

⁴³ A ANTAQ possui decisões colegiadas nas quais a Diretoria aplicou alguns desses meios para recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, v. Acórdão nº 773-ANTAQ, de 15.12.2021, no qual a ANTAQ deferiu pleito de reequilíbrio em razão de investimentos realizados por determinação da Receita Federal; Acórdão nº 253-ANTAQ, de 19.04.2022, no qual a ANTAQ autorizou que empresa adquirisse equipamentos visando manter sua Licença de Operação, consentindo que fossem computados na apresentação do Projeto Executivo como antecipação do investimento emergencial (alteração de cronograma); Acórdão nº 648-ANTAQ, de 26.10.21, no qual a ANTAQ definiu premissas para pleito de reequilíbrio, bem como definiu que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve se dar por meio de descontos no pagamento de remuneração variável pagos ao Poder Concedente.

⁴⁴ Entende-se, pois, que o reequilíbrio pode ser dado por (a) mecanismo periódico previsto em cláusula contratual para atualizar o valor das tarifas e acompanhar as movimentações inflacionárias; (b) mecanismo também contratualmente previsto que configura a reanálise periódica das condições contratuais; e (c) mecanismo não contratualmente previsto fundamentado em casos supervenientes e imprevisíveis. Cabe mencionar, ainda, a não exclusividade de aplicação dos mecanismos, de modo que podem ser aplicados concomitantemente.

⁴⁵ Nesse sentido, v. Confederação Nacional do Transporte (CNT). **Mudanças no setor de transporte pós-COVID-19**. Transporte em movimento, 2020.

de serem enquadrados na álea extraordinária⁴⁶ e enseje a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, tal como previsto no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei 8.666/93.

52. Buscando endereçar essa questão, em 15 de abril de 2020, a Advocacia Geral da União (“AGU”) emitiu o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (“Parecer 261/2020”)⁴⁷, reconhecendo o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão dos setores *aeroportuário* e *rodoviário*, com base nos prejuízos decorrentes da pandemia. De acordo com a AGU, o direito ao reequilíbrio também se estende às empresas/consórcios que exploram terminais arrendados em *portos públicos*.

53. O Parecer 261/2020, elaborado em resposta à Consulta formulada pela Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura, buscava endereçar dois questionamentos centrais: (a) se a pandemia de Covid-19 poderia ser classificada como evento de força maior ou caso fortuito, para fins de fundamentar recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão; e (b) em quais situações os contratos deveriam ser reequilibrados.

54. A AGU reconheceu que a pandemia de Covid-19 – e as consequentes medidas de restrição realizadas com o objetivo de reduzir o contágio – podem caracterizar “*álea extraordinária*” para fins de aplicação da Teoria da Imprevisão, ensejando recomposição do equilíbrio. No entanto, a aplicação da força maior ou caso fortuito não é automática e, por conseguinte, não significa que os contratos devem, obrigatoriamente, ser reequilibrados.

55. Nesse sentido, segundo o Parecer 261/2020, o Poder Concedente deverá proceder uma análise caso-a-caso, buscando compreender a alocação de riscos prevista no contrato de concessão, além de avaliar se a pandemia, *de facto*, gerou impactos significativos nas receitas ou despesas das concessionárias.

56. Vale ressaltar que, cf. a posição da AGU, não se faria necessário tipificar o evento – seja força maior, caso fortuito ou fato do príncipe⁴⁸ –, tendo em vista que o relevante seria

⁴⁶ “Todo contrato possui uma álea, que é justamente o direito que cada parte mantém de, eventualmente, lucrar mais do que a outra no cumprimento do contrato. [...] A álea ordinária, ou empresarial, trata-se de um risco normal que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado. E este, sendo previsível, por ele responde o particular. A álea extraordinária compreende a álea administrativa e a álea econômica. A álea administrativa corre inteiramente por conta do poder concedente. Concerne aos riscos derivados da modificação unilateral das cláusulas da concessão ou de medidas do poder concedente alheias à sua posição “contratual”, mas que repercutem especialmente sobre o equilíbrio econômico-financeiro. Já a álea econômica extraordinária decorre de acontecimentos não imputáveis diretamente à Administração”. In: MELLO MATOS, Fernanda de. **O equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão de serviço público**. 2008, p. 17.

⁴⁷ Brasil. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica Junto Ao Ministério Da Infraestrutura. Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU. 2020.

⁴⁸ Por fato do príncipe, cf. exposto por Marçal Justen Filho, entende-se “o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 1300).

reconhecer o evento ensejador de recomposição do equilíbrio como um evento da natureza, i.e., ou o evento ou suas consequências não poderiam ter sido nem previstos, nem antecipados ou evitados pelas concessionárias quando apresentaram suas propostas nas licitações.

57. No mesmo sentido, a melhor doutrina⁴⁹ compreende que, de fato, a pandemia de Covid-19, tendo causado significativos impactos no equilíbrio das contas das concessões, enseja recomposição. Seguindo tal tendência, há precedentes nesse sentido, como, por exemplo, a Decisão nº 496, de 17 de dezembro de 2021, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que aprovou revisão extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Porto Alegre para recompor seu equilíbrio econômico-financeiro.

58. Resta claro, portanto, que é passível a recomposição de equilíbrio, no setor de transportes – inclusos as concessões e arrendamentos portuários –, fundamentada pelos impactos deletérios da pandemia de Covid-19.

IV. Análise do pleito de reequilíbrio

59. Como apresentado *supra*, caberá ao poder concedente promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sempre que as condições efetivas da proposta se alterarem. Cf. magistério de Floriano de Azevedo Marques Neto, a aferição do cabimento desse reequilíbrio ocorre em quatro momentos:

*“(i) a constatação de ocorrência de um evento com o condão de afetar o equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio e; (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.”*⁵⁰

60. Tendo em vista os quatro momentos diferentes e correlações necessárias, pode-se analisar com a devida fundamentação os dois questionamentos envolvendo equilíbrio econômico-financeiro, a saber: (i) a pandemia de Covid-19 enseja a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para a operação do Porto, mediante revisão extraordinária do

⁴⁹ “A amplitude assumida pela crise e a velocidade com que se alteram as condições impõem às concessionárias condutas incontornáveis. No âmbito dos contratos de concessão, a situação implica o rompimento da equação econômico-financeira e o direito à sua recomposição.” (PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões**. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. Covid-19 e o Direito brasileiro. São Paulo: Justen Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. *E-book*.)

⁵⁰ Nesse sentido, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, cit., p. 191.

contrato de concessão⁵¹? e (ii) Se sim, os meios definidos em sentença arbitral para promover essa recomposição são lícitos?

61. **Sobre (i), vejamos:**

62. Cf. o Parecer nº 261/2020, a pandemia de Covid-19 pode, sim, ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, incluindo, também, os contratos de arrendamento portuário.

63. Mister lembrar que, ao realizar a alocação de riscos, os contratos de concessão e arrendamento portuário não transferem todos os riscos do empreendimento ao Concessionário. Há uma divisão de riscos entre as partes, a qual, tradicionalmente, considera que o parceiro privado assume os *riscos ordinários* do negócio (álea ordinária ou empresarial), enquanto o Poder Público assume os *riscos extraordinários*⁵².

64. Em regra, o risco de demanda enquadra-se na álea ordinária, a ser suportado pelo Concessionário e não ensejando a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro⁵³. No entanto, é razoável supor que a impossibilidade parcial ou total de realizar movimentação de cargas e passageiros, graças às restrições impostas para o combate à pandemia – movimentação essa da qual depende diretamente a remuneração do Concessionário –, enquadra-se como evento excepcional e imprevisível, motivando a revisão do contrato de concessão com base na teoria da imprevisão.

65. A jurisprudência pátria converge ao entender que a revisão dos contratos com base na Teoria da Imprevisão só pode ocorrer quando o evento for (i) extraordinário e imprevisível; (ii) cuja ocorrência e/ou consequências sejam inevitáveis e estranhas à vontade das partes; e (iii) que tenha gerado desequilíbrio no contrato, onerando excessivamente uma das partes⁵⁴.

⁵¹ Há três procedimentos usuais para recomposição: critérios de reajuste, revisão ordinária e revisão extraordinária. Tendo em vista que o reequilíbrio ensejado com fundamento nos impactos causados pela pandemia de Covid-19 trata-se de “fator imprevisível suficiente para desequilibrar o balanço contratual” (cf. MARQUES NETO, **Concessões**, cit., p. 195), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da operação do Porto preferencialmente dar-se-á mediante revisão extraordinária.

⁵² Nada impede, no entanto, que haja alocação diferenciada dos riscos do empreendimento. Todavia, assume-se como premissa uma alocação usual das cláusulas de matriz de riscos.

⁵³ Nesse sentido, v. FREITAS, Rafael Vêras. **O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias**. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017. p. 214. “Tradicionalmente, o risco da demanda é alocado ao concessionário, considerando-se racional que ele, por deter maiores informações do que o Poder Público, poderia suportar tal risco de forma mais econômica. Mais que isso, de que se trataria de um risco ordinário, empresarial, o que justificaria o próprio trespasse do cometimento público para administração privada.”

⁵⁴ Nesse sentido, v. REsp 1129738-2010, STJ, 2ª Turma: “é requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato”.

66. Utilizando esses critérios, é evidente que a pandemia de Covid-19, além de ser extraordinária e imprevisível, trouxe consequências diretas para a operação dos serviços públicos concedidos e geraram desequilíbrios nos contratos firmados.

67. Vale lembrar que, cf. o Parecer nº 261/2020, caberá à Concessionária demonstrar que o impacto da pandemia foi significativo, levando em conta os fatores aplicáveis à concessão em questão. Tal comprovação deverá ser dada por meio de demonstrações claras e fundamentadas das consequências negativas ocorridas nas concessões, através da apresentação de dados concretos, índices, laudos técnicos, relatórios de desempenho etc. que demonstrem um nexo causal entre as consequências e as medidas de isolamento social.

68. Portanto, respondendo ao quesito *(i)*, **a pandemia de Covid-19 pode ensejar a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para a operação do Porto, desde que sejam apresentados, quando da realização do pleito de reequilíbrio, dados que sustentem que houve significativo impacto na operação da concessão em decorrência da pandemia de Covid-19 e das medidas de isolamento social estabelecidas para combatê-la.**

69. **Sobre *(ii)*, vejamos:**

70. A decisão arbitral que determinou a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do Porto determinou que essa seja feita por meio *(i)* do aumento de determinadas tarifas, cobradas dos arrendatários; *(ii)* da postergação da realização de determinados investimentos previstos originalmente em contrato; e *(iii)* da supressão de outros investimentos, também constantes no contrato. Diante de tal cenário, o TCU instaurou processo de fiscalização questionando a supressão dos referidos investimentos, uma vez que seriam essenciais à modernização do porto e representariam um dos principais fatores para a concessão do porto a um concessionário privado.

71. É questionado se os meios enumerados em sentença arbitral constituem mecanismos lícitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Vejamos:

72. No que se refere ao aumento das tarifas cobradas dos arrendatários, objetivando promover o reequilíbrio, este é o mecanismo preferencial de recomposição⁵⁵, cf. dispõe o art. 9º, §§ 2º e 3º da Lei Geral de Concessões⁵⁶ e o TCU⁵⁷.

73. No que se refere à postergação e supressão da realização de determinados investimentos previstos originalmente em contrato, ambas são lícitas. Tanto a alteração do cronograma de investimentos previsto no início da vigência do contrato de concessão quanto a supressão de investimentos enquadram-se na “*modificação das obrigações contratuais do arrendatário*”, meio de recomposição de equilíbrio que é autorizado ao Poder Concedente de arrendamentos portuários, cf. apresentado no item 48 do presente Parecer.

74. No entanto, ao promover o reequilíbrio econômico-financeiro por qualquer um dos métodos autorizados pelas normas infralegais, *deve-se prestar atenção à modicidade tarifária*. Isso pois, ao pagar uma tarifa, o usuário está pagando por determinados investimentos esperados durante a concessão. Portanto, o atraso ou supressão desses investimentos precisam vir, evidentemente, com a diminuição da tarifa que é cobrada por aquele serviço, proporcional e calculada de acordo com a modificação da obrigação do concessionário. Esse é o posicionamento adotado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná sobre o tema⁵⁸.

75. Resta claro que, caso a Concessionária não realize os investimentos ou altere o cronograma da sua realização no Porto, deverá tomar as devidas precauções para não incorrer em enriquecimento ilícito.

⁵⁵ A majoração tarifária, por suposto, afeta o usuário do serviço concedido. No entanto, é possível considerá-la o mecanismo mais adequado, pois os usuários desses serviços serão diretamente beneficiados pelos investimentos realizados pelos parceiros privados. Esse mecanismo é, portanto, eminentemente respaldado pela legalidade.

⁵⁶ Na íntegra: “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

⁵⁷ O TCU entende esse mecanismo como o mais adequado em concessões de serviços públicos, argumentando que “mostra-se mais justo e razoável o restabelecimento da equação original do contrato por intermédio do ajuste de tarifas, que transfere aos usuários os ônus e os bônus das modificações de investimentos”. (Cf. voto do relator no Acórdão nº 1234/2022 – Plenário. Rel. Min. Jorge Oliveira. J. em 1º de junho de 2022).

⁵⁸ Nesse sentido se posiciona a Procuradoria Geral do Estado do Paraná: “De um lado, reduziram-se ou postergaram-se os encargos pertinentes aos investimentos. De outro, não houve, nas planilhas, redução de valor ou alteração do fluxo de caixa referente à manutenção e conservação correspondente aos investimentos reduzidos ou postergados. Ora, se há redução ou supressão de determinado investimento, por óbvio, deve haver redução ou supressão dos respectivos recursos alocados para sua manutenção e conservação. [...] Tais encargos irrealis serão indevidamente computados na tarifa, de modo que o usuário estará pagando por algo que não existe, sendo indevidamente onerado e, por outro lado, proporcionando enriquecimento ilícito à concessionária. A incorreção do tripé, além de gerar ônus desnecessário ao usuário, afronta a modicidade tarifária, porquanto a tarifa efetivamente paga cobre custos não existentes.” [grifo nosso]. (Procuradoria Geral do Estado do Paraná – Núcleo Jurídico na Administração do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná (“DRE/PR”). Parecer nº 43/2013-PGE).

76. Nesse sentido, em resposta ao quesito (ii), **há elementos suficientes para dizer que todos os métodos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro empregados em sentença arbitral são lícitos, ainda que exijam determinados cuidados, como a devida preocupação com a modicidade tarifária.**

2.3. DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PRIVADA NO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

I. A possibilidade legal de utilização da arbitragem privada na Administração Pública

77. A previsão da utilização da arbitragem como método de solução de conflitos na Administração Pública, direta e indireta, possui respaldo na Lei de Parcerias Público Privadas (11.079/2004)⁵⁹, na Lei de Concessões (Lei 8.987/1995)⁶⁰ e na Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)⁶¹.

78. Em 2015, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) foi alterada para prever, em seu art. 1º, §1º, que *“administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*.

79. Soma-se, ainda, as previsões em leis e regulamentos setoriais, como é o caso da Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), que possibilita o uso da arbitragem em litígios envolvendo a Administração Pública federal em relação a débitos das concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias, ao mesmo tempo que a Lei 10.233/01 possibilita a inclusão de cláusulas compromissórias em contratos de transporte aquaviário e terrestre celebrados com a ANTT e a ANTAQ.

80. Na mesma linha, o Decreto 10.025/2019 regulamenta o emprego da arbitragem para disputas que envolvam a Administração Pública, especialmente no setor portuário. Este decreto, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, estipula que são consideradas controvérsias

⁵⁹ Lei nº 11.079/2004: “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.”

⁶⁰ Lei nº 8.987/1995: “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 Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁶¹ Lei nº 13.303: “Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão: [...] Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.”

sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras, “*as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos*”. Assim como, em seu art. 5º, prevê que os contratos de parceria poderão conter cláusula compromissória ou que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias⁶².

81. Em 2021, a ANTAQ posicionou-se, no Acórdão N° 370-ANTAQ⁶³, favoravelmente em relação à celebração do Compromisso Arbitral com a arrendatária ECOPORTO SANTOS S.A., para definir o desequilíbrio econômico-financeiro da avença, uma vez presentes os pressupostos das alíneas “a” e “b” do inciso II do § 1º do art. 6º do Decreto nº 10.025/2019⁶⁴.

82. No mesmo ano, no Acórdão 382-2021-ANTAQ⁶⁵, em que se analisou solicitação de arbitragem acerca de cobrança atinente à movimentação variável de contrato de transição, foi reconhecido que não há impedimento para a ANTAQ dar continuidade ao procedimento de arbitragem pleiteado pela Administração Portuária.

83. Nesse sentido, a legislação legal e infralegal permite a utilização do procedimento arbitral, por câmaras privadas, para resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. O Decreto nº 10.025/2019, como exposto, regulamentou a arbitragem no setor portuário, de modo a não restar dúvidas de seu cabimento nesta área.

84. Semelhantemente, o entendimento da ANTAQ nos últimos anos vem a não obstar a utilização da arbitragem - como nos acórdãos supracitados, em que a agência reguladora concordou com a submissão dos conflitos ao procedimento arbitral privado, isto é, por câmaras arbitrais, desde que presentes os requisitos previstos na lei.

I.2. Utilização da arbitragem privada no reequilíbrio econômico-financeiro

85. Cabe trazer à baila que o TCU, na Representação TC 000.723/2020-7⁶⁶, que questiona a legalidade e a legitimidade de cláusulas de contratos administrativos que preveem a possibilidade de arbitragens em câmaras privadas, nos casos relativos a temas cuja

⁶² Decreto nº 10.025/2019: “Art. 5º Os contratos de parceria abrangidos por este Decreto poderão conter cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias.”

⁶³ ACÓRDÃO N° 370-ANTAQ, DE 9 DE JULHO DE 2021. Processo: 50300.004448/2021-29 Partes: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Secretaria Nacional de Portos - Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e Ecoporto Santos S.A.

⁶⁴ Decreto nº 10.025/2019: “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: [...] 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.”

⁶⁵ ACÓRDÃO N° 382-ANTAQ, DE 13 DE JULHO DE 2021. Processo: 50300.007703/2020-12 Parte: Companhia Docas de Santana.

⁶⁶ GRUPO I – CLASSE VII – Plenário. TC 000.723/2020-7. Natureza: Representação. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Interessado: Deputado Federal Eli Corrêa Filho.

competência de exame pertence às Agências Reguladoras, especialmente no setor portuário, analisou profundamente o tema.

86. Nesta Representação, inicialmente, a ANTAQ informou que o ordenamento jurídico prevê a arbitragem administrativo-regulatória e a arbitragem propriamente dita, cabendo ao Poder Concedente autorizar arbitragem em câmaras privadas. Manifestou-se por entender que uma vez existindo cláusula compromissória ou compromisso arbitral entre as partes, o juízo arbitral é o único competente para dirimir o litígio. A AGU, por sua vez, sustentou que a utilização da arbitragem permite análise profunda de questões controvertidas, por altas com alta *expertise*, mostrando-se uma opção vantajosa e de acordo com o interesse público.

87. Na mesma linha, o Plenário do TCU defendeu a possibilidade da utilização da arbitragem privada como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos - incluindo contratos de concessão portuários. Também demonstrou que, na fase pós-tribunal, pode-se vislumbrar o TCU no acompanhamento do cumprimento da sentença arbitral, para garantir a devida fundamentação da sentença e a compatibilidade das questões orçamentárias.

88. Nesse sentido, a Representação em questão foi julgada improcedente, reforçando o entendimento de que a arbitragem privada pode ser utilizada para resolução de conflitos decorrentes de litígios envolvendo a Administração Pública, em contratos de concessão no setor portuário, desde que a controvérsia se relacione a *direitos patrimoniais disponíveis*.

89. Portanto, o entendimento do TCU é claro ao reconhecer que o procedimento arbitral via câmaras privadas é amplamente aceito pela legislação brasileira em vigor. Além de que, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis, não há lesão ao interesse público, assim como a arbitragem privada não impede que haja *accountability* e fiscalização por parte do TCU da sentença arbitral proferida.

A) Reequilíbrio econômico-financeiro como direito patrimonial disponível

90. Cf. ALENCAR (2019)⁶⁷, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro se inclui dentre os direitos patrimoniais disponíveis para fins de utilização da via arbitral. Segundo a autora, estes direitos são *passíveis de negociação* e, portanto, podem ter seus conflitos dirimidos por meio da arbitragem, caso as partes de tal modo pactuarem.

91. Assim mesmo, SOMBRA (2017) aduz que as cláusulas que têm por objeto o equilíbrio econômico-financeiro estão sujeitas à arbitragem, uma vez que atinentes a atos de

⁶⁷ ALENCAR, Leticia Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte, Fórum, 2019, pp. 235-242.

gestão do Poder Público, ao contrário que cláusulas que contemplem atos de império ou potestade⁶⁸.

92. SUNDFELD e CÂMARA (2008)⁶⁹, por sua vez, sustentam a possibilidade da arbitragem nos contratos administrativos quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, isto é, aqueles que são passíveis de negociação, como as questões que envolvem aspectos econômicos dos contratos.

93. Em vista disso, o reequilíbrio econômico-financeiro, que visa a recomposição ou revisão de preços para se restabelecer o equilíbrio da equação financeira da relação firmada entre a Administração e o contratado, é um direito passível de negociação e, por consequência, inclui-se no rol de direitos patrimoniais disponíveis, não havendo óbice para sua discussão através do procedimento arbitral - inclusive em câmaras privadas.

94. Tanto que o Decreto nº 10.025/2019, supracitado, inclui expressamente no art. 2º, parágrafo único, inciso I, “*as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos*” dentre os direitos patrimoniais disponíveis.

95. Logo, não restam dúvidas de que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser objeto de arbitragem a ser realizada por árbitros privados, tomando-se em consideração que é um direito negociável e sua discussão ou rediscussão, em câmara arbitral privada, não causa lesão ou ameaça à direito ou ao interesse público.

96. Pelo contrário, a via arbitral se apresenta, em muito, mais adequada e preparada para recepcionar estas questões, permitindo que a sentença arbitral que determina o reequilíbrio econômico-financeiro conte com árbitros especializados e *experts* no assunto.

97. Dessa forma, o procedimento arbitral apresenta vantagens claras à resolução do desequilíbrio, o que tende a garantir que os interesses, tanto públicos quanto privados, estejam melhor resguardados. Uma vez que as partes expressamente pactuaram o compromisso arbitral no contrato de concessão, esta vontade deve prevalecer.

⁶⁸ Nesse sentido, “No contrato administrativo, por exemplo, as cláusulas que objetivam o equilíbrio econômico financeiro podem ser configuradas como direitos patrimoniais disponíveis da Administração e, por conseguinte, sujeitarem-se à arbitragem. São cláusulas atinentes a atos de gestão do Poder Público, ao contrário das cláusulas exorbitantes que contemplem atos de império ou potestade”. SOMBRA, Thiago Luís. **Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública**. In: João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, (Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2017, Volume XIV Issue 54), pp. 54 - 72.

⁶⁹ Nesse sentido, “Ninguém discute que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. Logo, os direitos oriundos da exploração do referido serviço por terceiros são, indiscutivelmente, passíveis de negociação. Preços, condições de pagamento, cronograma de investimentos, financiamentos, enfim, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem”. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo, 248, 2008, pp. 117-126.

98. Ressalta-se, ainda, que, cf. afirmou o TCU, o procedimento arbitral privado não impede que as autoridades competentes realizem a devida fiscalização de todo o processo, o qual deve, por lei, ser público. Portanto, tanto o controle interno quanto o externo são perfeitamente cabíveis, caso a sentença seja inexecutável, equivocada ou irrazoável.

II. Análise do pleito

99. O arcabouço jurídico da legislação brasileira, desde a Lei de Arbitragem de 1996 até o Decreto 10.025/2019, evoluiu gradativamente para reconhecer as possibilidades da arbitragem para resolução de litígios envolvendo a Administração Pública, inclusive e especialmente no setor portuário.

100. Não resta dúvidas que o procedimento arbitral é possível - e muitas vezes até mesmo necessário, quando se trata de questões altamente complexas e técnicas, frequentes no setor de infraestrutura.

101. Uma vez presente a cláusula compromissória de arbitragem, permitida pelo art. 6º supracitado do Decreto 10.025/2019, e tratando-se de reequilíbrio econômico-financeiro, que constitui um direito patrimonial disponível sujeito à arbitragem, a modelagem escolhida para a resolução da questão é plenamente compatível com a legislação legal e infralegal, bem como os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários - cf. elucidado.

102. A ANTAQ, agência reguladora competente para tratar do reequilíbrio econômico-financeiro, tendo anuído com o procedimento arbitral instaurado, reforça o entendimento aqui defendido.

103. Nestes termos, mediante concordância do Poder Concedente em relação à arbitragem por câmara privada, não estão presentes fundamentos que possam pressupor ilegalidades ou irregularidades no que tange ao método escolhido para o reequilíbrio, *in casu*.

104. Em virtude disso, o processo administrativo instaurado pelo TCU, em que se questionou a delegação da resolução do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão a árbitros privados, **parece-nos improcedente neste aspecto**, uma vez que **não se vislumbra ilegalidade em relação ao procedimento arbitral**.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

105. Diante do exposto, opina-se nos seguintes termos:

(i) Pela **improcedência** da demanda administrativa instaurada pelo arrendatário privado XYZ Transporte de Grãos S/A, pois a utilização do *software* é legal e não consiste em efetiva

delegação da atividade sancionatória, visto que é um mero veículo de expressão do poder público, e não demanda consentimento da concessionária, ainda que operado por agente privado. Afasta-se, igualmente, a noção de abusividade pela igualdade completa no tratamento dos administrados.

(ii) Pela **procedência parcial** da Ação Civil Pública originada a partir da denúncia apresentada pelo MPF, tendo em vista:

- (a) A possibilidade de delegação das prerrogativas de edição de normas e de consentimento, previstas no art. 17 da Lei 12.815/2013;
- (b) A possibilidade de delegação de atividades fiscalizatórias, previstas no art. 17, § 1º, V e VI da Lei 12.815 e nos arts. 16 e 17 da Resolução 75 da ANTAQ;
- (c) A possibilidade de delegação de competências sancionatórias à Concessionária, condicionada às previsões legais do art. 17 da Lei dos Portos e limitada, no caso em questão, à apreensão de bens nocivos à gestão portuária (inciso VII). Ressalvadas as competências da Reguladora (Resoluções 3.259 e 75 da ANTAQ) na aplicação de multa, interdição do estabelecimento, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e apreensão de bens nocivos à gestão portuária, fora da hipótese do art. 17, VII da Lei dos Portos.

(iii) Pela **improcedência** do processo administrativo de fiscalização instaurado pelo TCU, tendo em vista que:

- (a) os métodos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro empregados na sentença arbitral são lícitos, desde que tomadas as devidas precauções quanto à modicidade tarifária; e
- (b) não se demonstra ilegalidade em relação à modelagem escolhida para composição do reequilíbrio econômico-financeiro, sendo compatível a instauração do procedimento arbitral por meio de câmara privada para a resolução do pleito.

Salvo melhor juízo, é o que nos parece.