



VOTO

PROCESSO: 00058.018204/2019-50

INTERESSADO: VINCI AIRPORTS - CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO DE SALVADOR S.A

RELATOR: RICARDO BISINOTTO CATANANT

1. ANÁLISE

1.1. Conforme apontado no relatório (SEI 3978533), o presente processo trata de proposta de aditivo ao Contrato de Concessão de Aeroporto nº. 003/ANAC/2017-SBSV, Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A. (CASSA), para inclusão de cláusulas referentes à arbitragem para solução de controvérsias derivadas desse contrato de concessão ou a ele relacionadas.

1.2. A proposta inicial de aditamento foi feita pela Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA) à CASSA, nos termos do Ofício nº. 56/2019/GOIA/SRA-ANAC (SEI 3022230) e Proposta de Ato (SEI 3015491). No referido Ofício, a SRA indicou à CASSA que *“caso seja do interesse dessa Concessionária, propõe-se a celebração de aditamento contratual bilateral da cláusula arbitral, nos termos da Minuta de Termo Aditivo (SEI 3015491) que segue anexa para ciência e validação de seu conteúdo. Tal consentimento prévio pela Concessionária é essencial ao andamento do feito, qual seja, encaminhamento para análise específica da Procuradoria e posterior deliberação pela Diretoria Colegiada e, se aprovada, culminará na celebração do Instrumento em questão”*.

1.3. Após manifestação de interesse da CASSA na continuidade do processo (SEI 3594170), a Proposta de Ato foi submetida à análise da Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC (PFEANAC), que se manifestou pela *“viabilidade, do ponto de vista jurídico-formal, da proposta de alteração consensual do Contrato de Concessão nº. 003/ANAC/2017-SBSV para modificação e inclusão de cláusulas referentes à arbitragem para solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis (...), desde que atendidas as recomendações constantes na presente manifestação jurídica, em especial aquelas inseridas nos itens 20, 21, 23 e 28-30”*, conforme Parecer nº. 00214/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3715879).

1.4. Ainda a PFEANAC recomendou que *“atos dessa natureza (aditivos contratuais) sejam praticados no âmbito dos respectivos procedimentos administrativos que tratam de cada um dos contratos assinados, ou, ao menos, sejam transladados para os referidos autos, a fim de espelhar a evolução e o real estado do regramento contratual atual”*.

1.5. De modo contínuo, com base no Parecer da PFEANAC, a SRA realizou ajustes na Proposta de Ato de Termo Aditivo, fato que levou a nova consulta à CASSA quanto ao interesse na continuidade do processo, estando tais fatos registrados no Ofício nº. 164/2019/GOIA/SRA-ANAC (SEI 3765443) e na Proposta de Ato (SEI 3765557).

1.6. Tendo a CASSA novamente se manifestado de forma positiva (SEI 3858022), a SRA consignou seu posicionamento final na Nota Técnica nº. 2/2020/GOIA/SRA (SEI 3894337).

1.7. No que tange ao objeto do Termo Aditivo proposto, na atual estrutura de regramentos brasileira, esse está apoiado no previsto pela Lei nº. 13.448, de 05/06/2017, destacando-se o disposto no art. 31, *in verbis*:

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

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

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

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.

1.8. A alteração também encontra respaldo no Decreto nº. 10.025, de 20/09/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal no setor aeroportuário, entre outros.

1.9. Adiciona-se que compete à ANAC, em atenção ao inciso XXIV, art. 8º da Lei nº. 11.182, de 27/09/2005, “conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte” e à Diretoria da Agência, nos termos do art. 11, VI, da mesma lei, “aprovar minutas de editais de licitação, homologar adjudicações, transferência e extinção de contratos de concessão e permissão, na forma do regimento interno”, ficando evidente a competência do Colegiado desta Agência para a apreciação da proposta.

1.10. Quanto ao termo aditivo (SEI 3765557), em síntese, trata-se de modificações da Seção III - Da Arbitragem, do Capítulo XVII - Das Disposições Finais do Contrato de Concessão celebrado, correspondente à alteração da cláusula 17.5 e inclusão das cláusulas e subcláusulas 17.5.1, 17.5-A, 17.5-B, 17.5-B.1 a 17.5-B.4, 17.5-C, 17.5-D, 17.5-D.1, 17.5-E, 17.5-E.1 a 17.5-E.3, 17.5-F, 17.5-F.1 a 17.5-F.3, 17.5-G, 17.5-G.1, 17.5-G.2, 17.5-G.2.1, 17.5-G.3, 17.5-H, 17.5-I e 17.5-J.

1.11. Desse modo, a cláusula 17.5 passará a vigorar com a seguinte redação:

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, todas as controvérsias havidas entre as partes desde que relativas a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionadas, assim definidas nos termos da Lei nº. 13.448/2017 e regulamentação superveniente, verificadas durante a execução ou após a extinção do contrato, após a decisão definitiva da autoridade competente.

1.12. Já as cláusulas e subcláusulas incluídas possuem a seguinte redação:

17.5.1 O processo de arbitragem terá início mediante comunicação remetida por uma parte à outra, requerendo a instalação do Tribunal Arbitral, indicando a instituição arbitral pretendida, na forma do item 17.5-B, e detalhando a matéria em torno da qual gira a controvérsia, as partes envolvidas, descrição dos fatos, pedidos e documentos comprobatórios.

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

17.5-B A arbitragem de que trata a presente Seção será institucional, de direito, observadas as normas de direito material brasileiro, devendo as partes, de comum acordo, designar a instituição arbitral que conduzirá o procedimento de acordo com o Decreto n. 10.025/2019, e, no que não conflitar com o presente Contrato, também conforme o seu Regulamento de Arbitragem.

17.5-B.1 Não havendo consenso entre as partes, a Agência Nacional de Aviação Civil indicará uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia.

17.5-B.2 O Tribunal Arbitral será composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) nomeado pela parte requerente, 01 (um) nomeado pela parte requerida. O terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas partes.

17.5-B.3 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a instituição arbitral eleita procederá à sua nomeação, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

17.5-B.4 O disposto nos itens 17.5-B e 17.5-B.1 não impede que as partes, de comum acordo e mediante decisão fundamentada, optem pelo estabelecimento de tribunal ad hoc, o qual estará sujeito às Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL.

17.5-C O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, devendo a parte que quiser produzir provas em idioma estrangeiro ou indicar testemunhas que não falem o português providenciar a necessária tradução ou intérprete, conforme o caso.

17.5-D Brasília, no Distrito Federal, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral.

17.5-D.1 A sentença arbitral somente poderá adotar, como fundamento jurídico, normas de direito material brasileiro.

17.5-E No que tange às matérias submetidas a arbitragem, fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal exclusivamente para:

17.5-E.1 O requerimento de medidas cautelares ou de urgência antes da remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral;

17.5-E.2 O ajuizamento da ação de anulação prevista na art. 33, caput, da Lei nº 9.307/96; e

17.5-E.3 A execução judicial da sentença arbitral.

17.5-F Para os fins do item 17.5-E.1, havendo necessidade de medidas cautelares ou de urgência antes de instituída a arbitragem, a parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação aplicável, cessando sua eficácia se a arbitragem não for requerida no prazo de 30 (trinta) dias da data de efetivação da decisão.

17.5-F.1 O Tribunal Arbitral deverá decidir, tão logo instalado e antes de qualquer outra providência processual, pela preservação, modificação ou cessação dos efeitos da tutela provisória obtida antecipadamente por uma das partes em processo judicial.

17.5-F.2 As partes concordam que qualquer medida cautelar ou urgente que se faça necessária após a instauração da arbitragem será unicamente requerida ao Tribunal Arbitral.

17.5-F.3 Disposições sobre árbitro de emergência previstas no regulamento da instituição arbitral eleita não se aplicarão, observando-se, caso necessário, o disposto no Capítulo IV-A Lei nº 9.307, de 23 de setembro 1996.

17.5-G As despesas com a realização da arbitragem serão antecipadas pela Concessionária, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de diligências ou perícias e demais despesas com o procedimento, devendo cada parte arcar com a remuneração e demais custos de seus assistentes técnicos, os quais não serão ressarcidos pela parte vencida.

17.5-G.1 Os honorários dos árbitros serão fixados pela instituição arbitral eleita, ou tribunal ad hoc, quando fundamentadamente estabelecido, sempre em parâmetros razoáveis, considerando a complexidade da matéria que lhes for submetida, o tempo demandado e outras circunstâncias relevantes do caso, segundo as práticas de mercado e o respectivo regulamento.

17.5-G.2 Ao final do procedimento arbitral, a Concessionária, se vencedora, poderá ser restituída das custas e despesas que houver adiantado, conforme determinado pela sentença arbitral, incluídas as despesas e os honorários advocatícios fixados nos termos dos artigos 84 e 85 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil ou norma que os suceda, à exceção da remuneração e demais custos do assistente técnico que não serão objeto de restituição.

17.5-G.2.1. Não será devido nenhum outro ressarcimento de despesas de uma parte com sua própria representação, especialmente honorários advocatícios contratuais.

17.5-G.3 No caso de procedência parcial do pleito levado ao Tribunal Arbitral, os custos serão divididos entre as Partes na proporção da sucumbência de cada uma, ressalvada determinação diversa fundamentada na sentença arbitral.

17.5-H Ressalvada a hipótese de deferimento de medida cautelar ou de urgência, a submissão à arbitragem, nos termos desta Seção, não exime o Poder Concedente ou a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, observadas as prescrições deste contrato.

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

17.5-J A ANAC poderá editar ato regulamentar superveniente relativo à arbitragem ou a outros meios alternativos de solução de conflitos em conformidade com as regras desta Seção.

1.13. Quanto à redação proposta, faz-se crucial retomar o Parecer nº. 00214/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3715879) emitido pela Procuradoria Federal Especializada junta à ANAC. Como anteriormente indicado neste Voto, aquele egrégio Órgão apontou pela viabilidade jurídico-formal da proposta “*desde que atendidas as recomendações constantes na presente manifestação jurídica, em especial aquelas inseridas nos itens 20, 21, 23 e 28-30*”. A SRA realizou análise técnica das recomendações feitas pela PFEANAC, consignando seu posicionamento na Nota Técnica nº. 2/2020/GOIA/SRA (SEI 3894337).

1.14. O item 20 trata de expressa remissão à obrigatoriedade de cumprimento das disposições do Decreto nº. 10.025/2019, tal como estabelecido em seu inciso IV do §1º do art. 5º. A SRA aponta que tal recomendação foi atendida com a redação do item 17-B da Minuta de Termo Aditivo.

1.15. O item 21 trata recomendação de reprodução das disposições contidas no Decreto nº. 10.025/2019 no Temo Aditivo em análise. Considerando que PFEANAC indicou que tal reprodução não é obrigatória, a SRA entendeu que “*a remissão expressa à obrigatoriedade de cumprimento das disposições do Decreto já é suficiente para conferir clareza e segurança na interpretação do contrato. Ademais, caso haja mudança normativa, será respeitada a hierarquia das normas e os critérios de sua aplicação no tempo, proporcionando segurança jurídica sem comprometer a adaptabilidade do instituto*”.

1.16. O item 23 está relacionado à obrigatoriedade de credenciamento das instituições para atuarem como câmara arbitral, nos termos dos artigos 3º, IV e 11 do Decreto nº. 10.025/2019. Sobre tal ponto, a SRA apontou que a recomendação “*afigura-se, por ora, prejudicada até que os requisitos de credenciamento sejam regulamentados pela própria AGU. De todo modo, entende-se que a observância a tal recomendação já se encontra inserida na alteração da cláusula 17.5-B, ao determinar que a arbitragem será conduzida conforme o Decreto nº 10.025/2019, e, por conseguinte, submeter-se-á ao credenciamento da câmara arbitral, quando regulamentado*”.

1.17. Os itens 28 e 29 tratam do potencial alcance do Termo Aditivo em análise às “*controvérsias ainda não judicializadas decorrentes de fatos ocorridos anteriormente à eventual celebração do termo aditivo*”. Sobre tal ponto, em parecer distinto referente ao contrato de concessão do Aeroporto de Brasília (Parecer n. 00015/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, SEI 2693184), a PFEANAC, se manifestou apontando:

13. Não obstante a identidade de cláusulas, tem-se que a situação fática que envolve os contratos futuros, objeto do Edital de Leilão nº 01/2018, e os contratos atualmente em vigor, tal como o Contrato de Concessão nº 001/ANAC/2012 - SBBR, que ora se pretende alterar, revela ao menos dois marcos temporais com relevantes consequências distintas para fins da deliberada opção da ANAC pela arbitragem como mecanismo compulsório de solução de controvérsias, uma vez que compreende i) as controvérsias havidas entre as partes após a assinatura do contrato ou termo aditivo e, portanto, com pleno conhecimento deste (situação em que há identidade entre as propostas), e ii) as controvérsias atualmente já instauradas e existentes entre as partes, seja na via judicial ou administrativa, o que repise-se, constitui relevante distinção entre as situações fático-jurídicas, demandando, inclusive, análise específica quanto aos seus efeitos e repercussões.

14. Com efeito, tratando-se de controvérsias já existentes entre as partes, ou mesmo de decisões adotadas pela Agência e contra as quais ainda não houve insurgência da parte contrária, tem-se que a eventual modificação dos contratos de forma geral e irrestrita para o estabelecimento da arbitragem como mecanismo compulsório de solução de controvérsias, sem a necessária análise específica de cada uma das controvérsias (ou mesmo potenciais controvérsias) já existentes, constituiria uma espécie de compromisso arbitral às cegas, com inequívoco impacto na estratégia de defesa da Agência, uma vez que a opção pela jurisdição judicial ou arbitral pode inclusive constituir elemento integrante daquela estratégia, a depender das peculiaridades de cada caso concreto.

(...)

17. Deste modo, recomenda-se a alteração da proposta a fim de incluir no objeto cláusula compromissória tão-somente as controvérsias decorrentes de fatos ocorridos após a eventual celebração do termo aditivo e, de igual modo, expressamente excluindo da proposta quaisquer efeitos de compromisso arbitral em relação às controvérsias já existentes, sem prejuízo da possibilidade, em relação a estas últimas, se for o caso, de se firmar compromissos arbitrais para controvérsias específicas, com a necessária avaliação dos riscos e benefícios envolvidos em cada caso concreto.

18. Tal recomendação, repise-se, decorre da constatação de que a opção pela arbitragem para solução das controvérsias já existentes constitui prerrogativa da Agência e depende da necessária avaliação dos riscos e benefícios envolvidos, incompatível com a mera extensão da opção a ser adotada de forma geral para casos futuros, mormente diante do potencial impacto na estratégia de

defesa e atuação na representação judicial e extrajudicial da Agência no tocante às controvérsias já existentes.

1.18. No que se refere a esses pontos, a SRA informa que se manifestou nos autos do processo 00058.511248/2017-92, especialmente na Nota Técnica nº. 11/2019/GOIA/SAS (SEI 2767234), mantendo seu posicionamento, sendo ele:

5.5 No que tange às prudentes considerações, é necessário apenas aprofundar a análise quanto à natureza de tais controvérsias já existentes, se judiciais ou administrativas.

5.6 Para aquelas que são objeto de demandas judiciais em curso não há dúvida quanto à necessária alteração da Minuta de Termo Aditivo para expressamente excluir quaisquer efeitos de compromisso arbitral em relação a tais lides, como bem recomendado, evitando questionamentos nesse sentido capazes de atrasar ou embaraçar a solução do litígio.

(...)

5.12 De outro modo, com relação a controvérsias existentes apenas na esfera administrativa, (não judicializadas), essa área técnica não vislumbra prejuízo ou impedimento a que sejam submetidas a arbitragem logo após a entrada em vigor do aditamento contratual postulado.

5.13 Isso porque, dentre outras razões, do ponto de vista técnico, a ANAC necessariamente terá a oportunidade de decidir a controvérsia, haja vista que é somente após decisão administrativa definitiva da autoridade competente que as controvérsias podem ser submetidas à arbitragem, considerando-se definitiva a decisão sobre a qual recaia preclusão administrativa, (...)

1.19. Especificamente aos itens 28 e 29, entende-se que o posicionamento ressaltado pela área técnica no caso em análise expressa suficiente segurança para a adoção da proposta de minuta contida no documento SEI 3765557, excluindo-se da possibilidade de aplicação de arbitragem “a controvérsias que sejam objeto de demandas judiciais em andamento, relativas ou decorrentes do Contrato de Concessão, ajuizadas por qualquer das partes”, sem, no entanto, excluir a possibilidade das partes se valerem da arbitragem para dirimir litígios referentes às controvérsias existentes, atualmente, apenas na esfera administrativa.

1.20. Por fim, quanto ao item 30, esse trata de recomendação geral, já destacada, para que os aditivos contratuais sejam tratados, ou transladados, nos procedimentos administrativos que tratam de cada um dos contratos assinados, a fim de se registrar a evolução e o real estado do contrato de concessão, não impactando tal recomendação no mérito da presente análise.

2. DO VOTO

Considerando:

a) os elementos constantes nos autos trazidos pela SRA, em especial a Nota Técnica nº. 36/2019/GOIA/SRA (SEI 3015373) e a Nota Técnica nº. 2/2020/GOIA/SAS (SEI 3894337);

b) o manifestado interesse da Concessionária do Aeroporto de Salvador S.A. na celebração do aditamento, contido na Carta nº. 1323/2019/CASSA (SEI 3594170) e na Carta nº. 1466/2019/CASSA (SEI 3858022); e

c) a manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC no Parecer nº. 00214/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU (SEI 3715879),

VOTO FAVORAVELMENTE à celebração do aditivo ao Contrato de Concessão nº. 003/ANAC/2017-SBSV, correspondente à alteração da cláusula 17.5 e inclusão das cláusulas e subcláusulas 17.5.1, 17.5-A, 17.5-B, 17.5-B.1 a 17.5-B.4, 17.5-C, 17.5-D, 17.5-D.1, 17.5-E, 17.5-E.1 a 17.5-E.3, 17.5-F, 17.5-F.1 a 17.5-F.3, 17.5-G, 17.5-G.1, 17.5-G.2, 17.5-G.2.1, 17.5-G.3, 17.5-H, 17.5-I e 17.5-J.

É como voto.

RICARDO BISINOTTO CATANANT

Diretor - Relator

Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Bisinotto Catanant, Diretor**, em 18/02/2020, às 16:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sistemas.anac.gov.br/sei/autenticidade>, informando o código verificador **3978606** e o código CRC **F9789DDB**.

SEI nº 3978606