

## Arbitragem portuária

*Frederico Bussinger*

### Pontos-chave:

- 1) Arbitragem não é coisa nova no Brasil. Ganhou grande impulso com a lei de 1996. No mundo portuário novas perspectivas foram abertas com a lei de 2013 e o decreto de 2015.
- 2) Essa regulamentação, específica para os portos, ainda recente, começa agora a ser praticada. Saudada como um avanço, nem por isso deixa de ter recebido críticas e levantar dúvidas.
- 3) A CAMESC, de Itajaí-SC, ao comemorar seu 1º aniversário e o 20º da lei geral, vem de promover congresso focado, especificamente, na solução de controvérsias marítimas e portuárias.
- 4) Muito possivelmente, além da regulamentação de arbitragem, a modelagem para arrendamentos, e até o próprio modelo portuário devem também ser ajustados, como anuncia o Governo interino. Por que não articular-se esses processos de revisão/ajustes para que os resultados sejam sintônicos?

*"A vida de um ser humano, entre outros seres humanos, é impossível.  
O que vemos, é apenas milagre"  
[Guimarães Rosa, in "Fatalidade"]*

Arbitragem não é coisa nova no Brasil. Integra ([01](#), [02](#)) nosso arcabouço jurídico desde a 1º Constituição ([1824](#)) – art. 160. E, infra-constitucionalmente, esteve/está presente no Código Comercial de [1850](#) (ainda vigente no que diz respeito ao Direito Comercial Marítimo), códigos civis e códigos de processo civil.

Todavia ela ganhou grande impulso com a promulgação da [Lei nº 9.307/96](#) (parcialmente modificada pela [Lei nº 13.129/15](#)). Havia controvérsias sobre sua utilização no ambiente portuário; mas isso (entende-se!) foi dirimido com a edição da atual Lei dos Portos ([Lei 12.815/13](#)); particularmente seu art. 62.

Posteriormente o [Decreto nº 8.465/15](#) a regulamentou nesse aspecto; tendo sido saudado principalmente pela previsão de preferência pela arbitragem (art. 9º, § 2º) e a possibilidade de sua utilização, mesmo na ausência de cláusula no edital ou no contrato (art. 9º, § 3º). Essa é a norma que estabelece os contornos atuais de utilização da arbitragem no setor portuário brasileiro (art. 2º, I a III):

*I – inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;*

*II – questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e*

*III – outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.*

Na oportunidade da comemoração do seu 1º aniversário, e o 20º da lei geral, a Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina – [CAMESC](#) promoveu, dia 8/JUL passado, em Itajaí, um congresso para avaliar experiências e cenários da arbitragem no setor portuário e marítimo brasileiros (1º CAMPBRASIL): Cerca de 200 participantes e um grupo de experientes e

reconhecidos expositores contribuíram para que ao final da jornada tivesse sido alinhavada uma visão mais clara das dificuldades existentes e oportunidades a serem exploradas.

Os diversos instrumentos utilizados para solução de controvérsias foram arrolados e didaticamente explicados por Gilberto Giusti, um dos decanos da arbitragem no Brasil: negociação; mediação; conciliação e arbitragem... antes de adentrar-se à esfera judicial. Desses, destacou ele, analisando o comportamento empresarial, “*a mediação vai crescer muito no Brasil nos próximos anos*”. E fez 3 recomendações que merecem reflexões, principalmente dos novos árbitros: “*manifeste-se sobre o que é posto*”; “*quem perdeu precisa saber o porquê perdeu*”; e “*como juiz de futebol, tanto melhor quanto menos aparecer*” (o árbitro).

Todos os expositores trataram, e de forma praticamente consensual (defendendo-a), das vantagens de utilização de tais instrumentos; cuja evolução histórica foi minuciosamente detalhada por Jackeline Daros. Diego de Paula, inclusive, usou dados quantitativos para sua argumentação: no Brasil há 107 milhões de processos judiciais acumulados; estoque que cresce no ritmo de 1 nova ação judicial a cada 5 segundos! O prazo médio de um processo de arbitragem é de 18 a 24 meses; enquanto dos processos judiciais de 10 anos (casos complexos ainda mais!) – ou seja; 5 a 6 vezes maior!

À navegação marítima foi dedicado pequeno espaço; mas o suficiente para ser demonstrado, como o fez Bruno Tussi, que está quase tudo praticamente para ser desenvolvido no País – quiçá refletindo a baixíssima participação de empresas brasileiras no setor: a esmagadora maioria das controvérsias é tratada em tribunais internacionais, com destaque para a “*London Maritime Arbitrators Association - LMAA*”, de Londres – a mais antiga delas (1960); a “*Society of Maritime Arbitrators, Inc - SMA*”, de Nova Iorque (1963); e a “*Singapore Chamber of Maritime Arbitration - SCMA*”, de Cingapura (2004). Apresentando alguns casos concretos, com respectivos tratamentos e resultados, ele concluiu avaliando o quadro atual como desfavorável para os usuários brasileiros que, em muitos casos, nem mesmo têm total clareza dos direitos e alternativas procedimentais.

### **Portos:**

A maior parte do evento, como era esperado, foi dedicado ao setor portuário.

Por ora a experiência de aplicação da regulamentação específica é ainda pequena; vez que ela é bastante recente. Na prática, apenas um caso de maior repercussão: o da Libra Terminais X CODESP (com interveniência da ANTAQ), envolvendo valores que montam a, pelo menos, R\$ 1 bilhão, referentes a dívidas de arrendamento do T-35. Este caso, considerado o maior passivo portuário brasileiro, já se [arrastava](#) em processos judiciais por 15 anos (aguardando decisão do [TRF 3ª Região](#)). Com a nova regulamentação teve logo seu Compromisso Arbitral firmado pouco tempo depois ([SET/2015](#)); apesar de que a notícia da semana passada é que, mais uma vez, “*o processo empacou*”.

O cenário futuro, olhado em perspectiva, é mais animador: oportunidades foram identificadas e analisadas, verificando-se serem múltiplas; seja pela aplicação da lei e decreto portuário específico, seja com base na lei geral de arbitragem. Isso porque um porto pode ser visto como uma “*PPP implícita*”: ambiente onde atua uma dezena de agentes públicos (em geral, “*autoridades*”: marítima, portuária, alfandegária, agrícola, sanitária, ambiental, policial, municipal - prefeituras); e privados (operadores portuários, arrendatários, TUPs, despachantes, praticagem, rebocadores, sindicatos – particularmente de TPAs, armadores, operadores logísticos, concessionários ferroviários e rodoviários, operadores hidroviários; para ficar nos mais conhecidos).

Interessante observar, para que o quadro esteja mais bem composto, que os agentes públicos e privados atuam de forma bastante autônoma; e, principalmente, sob [referenciais](#) distintos. No caso específico das autoridades, ademais, vale observar que aquelas com atribuições formalmente definidas estão, em geral, na linha hierárquica de ministérios diferentes, com corpos próprios de leis e normas, muitas vezes, até, referenciados a capítulos diferentes da

Constituição Federal. Também que aquelas intervenientes para funções e em casos específicos (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos; p.ex.) vêm tendo crescente participação nos processos decisórios, infraestruturais e de serviços públicos no País – inclusive anulando ou revisando decisões tomadas por outros agentes públicos.

São, pois, várias dúzias de interfaces, com potenciais interações 24 h/dia, 365 dias/ano para o funcionamento portuário; candidatas inevitavelmente a serem incubadoras de controvérsias: curial; não? Assim, ainda que restrito àquelas no âmbito dos “*direitos patrimoniais e disponíveis*” (art. 1º da Lei), é possível descortinar-se, aí, um vasto campo para atuação da arbitragem.

Nas interfaces dos atores privados com os agentes públicos, todavia, certamente reverberando a doutrina administrativa clássica que não aceitava antes do Estado se submetendo a câmara arbitral privada (fora do âmbito do judiciário), segue havendo controvérsias. Tais restrições são aparentemente apontadas com mais frequência por aqueles que, com maior tenacidade, defendem porto (ou da atividade portuária) como serviço público – malgrado a explícita menção introduzida no art. 1º da lei geral pela [Lei nº 13.129/15](#): “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (§ 1º).

Já nos mecanismos previstos pelo modelo e regulamentação para os portos (visto mais como “*comandos ao agente público*”), ao contrário, há bastante concordância... mas nas críticas: Começa pela própria necessidade de ter sido editado um decreto específico para o ambiente portuário; pois a lei geral já seria suficiente. E, mesmo para os mais recalcitrantes, é invocado o art. 62 da Lei dos Portos.

Mas há também críticas pontuais, que podem ser arroladas e sistematizadas a partir das intervenções dos diversos expositores. As principais delas: o tornar público informações do processo (art. 3º, IV); tanto a necessidade de colegiado para questões acima de R\$ 20 milhões, como a definição desse valor pela Administração (V); prazo mínimo de defesa (45 dias) (VI); adiantamento das despesas da arbitragem pelo contratado (VII); limitação à sucumbência (IX); necessidade de comum acordo para escolha dos árbitros (art. 3º, §3º - tema sobre o qual, inclusive, há controvérsias sobre a interpretação do *modus operandi*); fixação de honorários dos árbitros (art. 8º, V); intimação à AGU somente pessoal – não postal (art. 10, §1º); obrigatoriedade de execução por precatório (art. 12). “*Um cabedal de impropriedades*”, na síntese incisiva de Floriano de Azevedo Marques.

Rafael Wallbach Schwind, ao identificar contradições entre o art. 2º, II e o art. 6º, § 2º, II, acaba por arguir a pertinência do uso da arbitragem para discussão de reequilíbrio econômico-financeiro. Incidentalmente é um dos usos que se imagina mais frequente para tais instrumentos; e com maiores impactos em termos de valor. Tais análises/discussões são essenciais, p.ex., nos processos de renovação antecipada de contratos de arrendamento – a grande “*linha de produção*” do momento!

No cenário portuário mundial o modelo dominante de governança é o denominado “*landlord port*”; consolidado nos últimos 7 séculos: berço [europeu](#), mas com grande contribuição das [reformas portuárias](#) em curso, mundo afora, nas últimas décadas. Neste a figura central é a autoridade portuária. E uma das suas funções mais nobres é justamente a solução (até mesmo a prevenção!) de conflitos entre seus parceiros; dentro do “*shopping center*” - como são vistos os portos. Portanto, em portos de países que praticam efetivamente o “[landlordismo](#)”, tal discussão certamente não teria esse enfoque – ou, o mais provável, talvez nem estaria posta!

No Brasil, todavia, apesar das frequentes [missões](#) de técnicos, executivos e agentes públicos a portos estrangeiros, acabamos seguindo modelo portuário próprio: um “*aplicativo*” que opera sobre um “*sistema operacional*” de governança bastante complexo e, principalmente, imprevisível: grande desafio, não?

**“Cenas do próximo capítulo”**

Nesse quadro, apesar dos [avanços](#) na utilização da arbitragem nos últimos anos, inclusive envolvendo o setor público, tudo indica que alguns (ou muitos?) ajustes precisarão ser feitos para uma utilização mais corrente desses instrumentos extrajudiciais de solução de controvérsias no mundo portuário.

E, para tanto, há matéria-prima mais que suficiente: as críticas apresentadas pelos palestrantes poderiam ser convertidas em temas, sistematizados em uma pré-pauta para os inevitáveis debates futuros (que tal para o 2º CAMPBRASIL?). A eles poderiam ser acrescentadas as dúvidas e questões também por eles compartilhadas. P.ex: Identificação do interesse jurídico da União para fins de estabelecer a sua participação no compromisso arbitral; exigência do bacharelado em direito (de ao menos um nas arbitragens colegiadas), necessidade da escolha de comum acordo entre as partes, visto para árbitros estrangeiros e sede no Brasil para arbitragens institucionais (Rafael). Limitação das matérias a serem submetidas à arbitragem e inexigibilidade de licitação para contratação de árbitro ou de instituição arbitral (Jackeline). E um rol incluído nas conclusões do Floriano: A importância da arbitragem sem prerrogativas (não existe meia gravidez!); a impropriedade da separação entre temas técnicos e temas jurídicos (arbitragem é jurisdição!); a importância de árbitros disponíveis e o prazo máximo de 24 meses; a sindicabilidade ampla da jurisdição arbitral e o tema da presunção de legitimidade e veracidade; a questão da 'Autoridade Portuária' e seu papel nos conflitos; os conflitos Porto Organizado *versus* autorização em infraestruturas compartilhadas.

A pauta é longa! A urgência aparentemente grande! Bom que, pelo que se observou, a CAMESC parece animada; assim como a maioria da dúzia de outras câmaras catarinenses que também participaram do evento.

Como subsídio: Muito possivelmente, além da regulamentação de arbitragem, a modelagem para arrendamentos, e até o próprio modelo portuário devem também ser ajustados, como anuncia o Governo interino. Por que não articular-se esses processos de revisão/ajustes para que os resultados sejam sintônicos?