3º CONGRESSO CAMESC
DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

CONCESSÕES E INFRAESTRUTURA

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS AO AUTOR
Proibida a reprodução sem indicação da fonte.

Arbitragem no Setor Portuário

O caso *União e Codesp vs. Libra*

Felipe Nogueira Fernandes

Advogado da União

Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes

OS CONTRATOS DE LIBRA EM SANTOS

Contratos de arrendamento do Grupo Libra – Porto de Santos			
Contrato	PRES/11.95	PRES/32.98	DP/019.2000
Terminal	T37	T35	T33
Arrendatário	Libra Terminais S/A	Libra Terminal 35 S/A	Libra Terminais S/A
Início de vigência	4.9.1995	25.6.1998	16.5.2000
Prazo	20 anos	20 anos	20 anos
Fim de vigência	4.9.2015	25.6.2018	16.5.2020
Possibilidade de prorrogação	Prorrogável por igual período	Prorrogável por igual período	Prorrogável por igual período

OS PLEITOS DE LIBRA

REEQUILÍBRIO CONTRATUAL (CONTRATO 32/98 – T35)

A) AUSÊNCIA DE PROFUNDIDADE ADEQUADA NOS BERÇOS
- Perda de mercado potencial

B) ENTREGA DE ÁREA MENOR QUE A ESTABELECIDA NO EDITAL
- Perda de escala/maiores custos operacionais

C) AUSÊNCIA DE REMANEJAMENTO DO SISTEMA RODOFERROVIÁRIO
- Maiores custos operacionais/perda de capacidade

D) OUTROS EVENTOS
- Crises econômicas
- Majoração de tributos

VALIDADE DO 2º TERMO ADITIVO AO CONTRATO 32/98, FIRMADO EM 2005

RESSARCIMENTO POR DESPESAS DECORRENTES DE OBRAS EM CAIS PÚBLICO (CONTRATO 11/95 – T37)

OS LITÍGIOS JUDICIAIS QUE PRECEDERAM A ARBITRAGEM

Exceção do contrato não cumprido e cobrança (ações 1, 2 e 3)	Reequilíbrio do Contrato T35 (ação 4)	Validade do Aditivo 2005 – T35 (ação 8)	Ressarcimento de despesas com obras em cais - T37 (ação 9)
Liminar 1ª instância (estadual) favorável à Libra	**Liminar 1ª instância (estadual) favorável à Libra**	Não houve pedido de liminar	Não houve pedido de liminar
Liminar mantida no TJ-SP (agravo intempestivo)	**Liminar cassada no TJ-SP**		
Juíza federal considerou desnecessária dilação probatória	**Juíza federal defere produção de prova pericial**	**Juíza federal defere produção de prova pericial**	**Não houve dilação probatória**
Sentenças favoráveis à Codesp	Não houve sentença	Não houve sentença	**Sentença favorável à Libra**
Antecipação de tutela recursal favorável à Libra			

O COMPROMISSO ARBITRAL: BASE LEGAL

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 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. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013.

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento)

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015). (Vigência)

DECRETO Nº 8.465, DE 8 DE JUNHO DE 2015

Art. 9º Ainda que o contrato não contenha cláusula compromissória de arbitragem, a administração pública poderá celebrar compromisso arbitral para dirimir os litígios de que trata o art. 2º.

Demora para a conclusão dos processos judiciais

PARECER n. 00031/2014/DEE/PGU/AGU

24. Considerando tudo o que exposto até o momento, seria temerário estimar em datas a expectativa de prazo para o trânsito em julgado das ações envolvendo a LIBRA e a CODESP. Entretanto, a fim de que não reste inconclusivo esse parecer, no ponto, conclui-se que o tempo deverá ser consideravelmente maior do que os 8 (oito) anos mencionados no estudo realizado pelo IPEA/CNJ, ante a alta complexidade das matérias discutidas e o estágio inicial da maioria dos processos judiciais acima expostos.

Rapidez do procedimento arbitral

TERMO DE COMPROMISSO ARBITRAL

5.5. O prazo para a prolação da(s) sentença(s) arbitral(is) será de 24 (vinte e quatro) meses a contar da Data de Eficácia.

5.5.1. Excepcionalmente, será admitida a prorrogação do prazo da(s) sentença(s) arbitral(is), uma única vez, exclusivamente por solicitação dos Árbitros e desde que haja concordância de ambas as Partes.

5.5.2. Na hipótese do item 5.5.1, os Árbitros deverão justificar a necessidade e o prazo da prorrogação, que não poderá ultrapassar o estritamente necessário para a conclusão da(s) sentença(s) arbitral(is).

O COMPROMISSO ARBITRAL: JUSTIFICATIVAS

Complexidade e natureza técnica das questões envolvidas no litígio

PARECER n. 00031/2014/DEE/PGU/AGU

26. Sucede que, como se sabe, todas as ações que envolvem o conflito são permeadas de questões técnicas e fáticas de alta complexidade, ao que se soma o fato de que não há, reforce-se, precedentes jurisprudenciais específicos, seja de Tribunais Regionais Federais, seja de Tribunais Superiores, que possam servir de parâmetro consistente ou auxílio para nortear a construção de solução que termine o litígio.

Baixa previsibilidade quanto ao resultado das ações judiciais

PARECER n. 00031/2014/DEE/PGU/AGU

31. Fica evidente, pois, após a demonstração dos esforços da administração pública acima relatados, que a abordagem do mérito das controvérsias das ações judiciais, além de difícil, revela-se de inviável diagnóstico perante o Judiciário.

32. Portanto, seria temerário, com base nesse histórico, sedimentar posições que denotem horizontes de probabilidade de êxito ou fracasso de quaisquer das partes, motivo pelo qual esse expediente, nesse ponto, se restringirá aos informes prestados, para manter uma posição que prestigie o princípio da prudência.

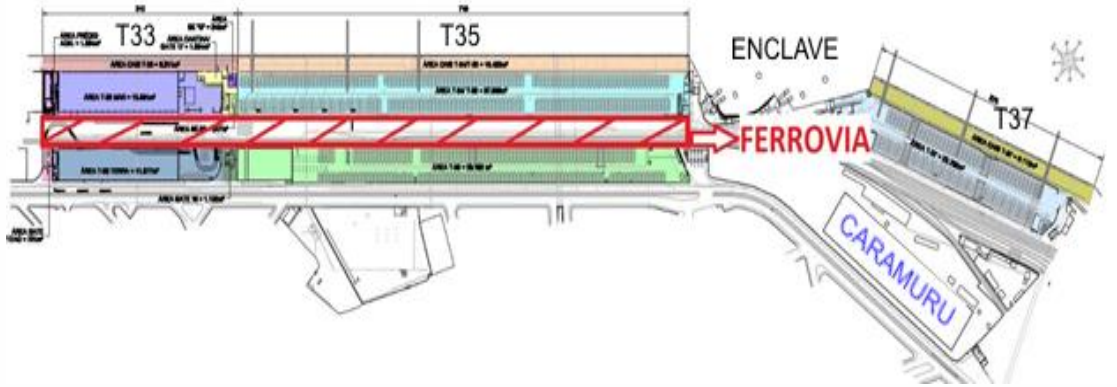
33. Ratificamos, por derradeiro, que das ações acima relatadas, 3 (três) tiveram decisão de primeira instância favorável à CODESP (Processo nº 0005951-69.2003.4.03.6140 (medida cautelar); Processo nº 0005952-54.2003.4.03.6104 (ação ordinária); Processo nº 0008341-12.2003.4.03.6104); e uma com decisão antecipatória favorável à LIBRA (Processo nº 0019750-15.2004.8.26.0562). Muito embora essas decisões ainda possam ser revertidas em instâncias ordinárias e superiores, representam posicionamentos judiciais do momento.

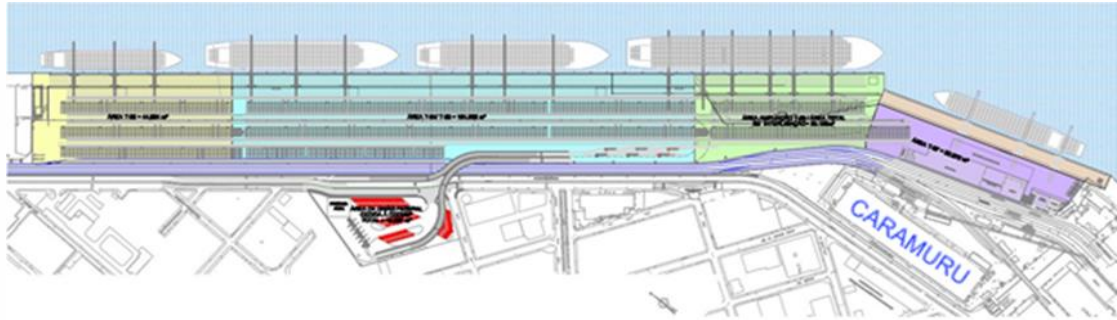
Viabilização de novos investimentos

Nota Informativa nº 14/2015/DOUP/SPP/SEP/PR

22. Apesar dos investimentos propostos, a expectativa de prazo para o trânsito em julgado das ações deverá ultrapassar 8 (oito) anos, conforme o já mencionado Parecer nº 00031/2014/DEE/PGU/AGU (fls. 132-136v), o que inviabiliza a realização dos referidos investimentos nos termos propostos pela arrendatária.

23. Além disso, considerando que a unificação de contratos de um mesmo arrendatário em áreas contíguas é um procedimento que gera efeitos operacionais positivos, como ganhos de escala, a não realização da arbitragem, que levaria à não realização do procedimento de unificação contratual, pode vir a gerar efeitos negativos, sob o ponto de vista operacional, ao Porto de Santos.





Nota Técnica nº 75/2015/DOUP/SPP/SEP/PR

185. Tendo em vista as projeções de crescimento na capacidade de movimentação e armazenagem apresentadas pelo Grupo Libra, e nas projeções de crescimento da demanda verificadas nos instrumentos de planejamento do setor portuário, conclui-se que os investimentos propostos tendem a contribuir para o avanço da eficiência das operações e estão em conformidade com as políticas e diretrizes públicas, com o planejamento do setor portuário e com a vocação das áreas arrendadas.

O COMPROMISSO ARBITRAL: ASPECTOS PRINCIPAIS

1) Matéria da arbitragem:

a) Ocorrência ou não de inadimplemento contratual por alguma das partes (T35);
b) Responsabilidade por obras no cais público defronte o T37

2) Arbitragem institucional:

CAM-CCBC definida no termo de compromisso por “inexigibilidade de licitação”

3) Definição do tribunal arbitral (3 árbitros)

a) Escolha por indicação da câmara arbitral
b) Cada polo processual tem a faculdade de rejeitar até 3 indicados

4) Despesas com a arbitragem

a) Adiantadas pelo parceiro privado (Libra)
b) Serão ressarcidas ao final caso Libra seja vencedora
c) Cada parte arca com os honorários de seus advogados e assistentes técnicos

5) Publicidade

Todas as informações sobre o processo devem ser tornadas públicas

EQUIPES DE DEFESA – QUADRO COMPARATIVO

	Libra	Codesp	União
Defesa jurídica	FCDG Advogados	Wald Advogados	AGU (CONJUR-MTPA e PRU da 3ª Região)
Pareceres jurídicos contratados	5 para as ações judiciais e 2 para a arbitragem	3 para a arbitragem	0
Pareceristas jurídicos	Diógenes Gasparini; Antonio Cezar Peluso; Carlos Ari Sundfeld; Marçal Justen Filho; Eduardo Talamini; Cesar A. Guimarães Pereira; Gustavo Binembojm.	Anderson Schreiber; Carlos Ari Sundfeld; Floriano de Azevedo Marques Neto.	Não houve
Consultorias/consultores contratados	4	4	Quadro próprio: MTPA, Antaq e Codesp
Manifestações técnicas apresentadas durante a arbitragem	8	7	1
Técnicos subscritores de manifestações técnicas	10	9	6

OBSTÁCULOS E DIFICULDADES

A) Relacionados à equipe jurídica

- Ausência de um departamento na AGU especializado em arbitragem
- Baixa flexibilidade de gestão de equipes nas consultorias jurídicas dos Ministérios
  - Nota nº 63/2015/CGAPS/Decor/CGU/AGU: compete às unidades de consultoria jurídica junto aos Ministérios representar a União em procedimentos arbitrais

B) Relacionados à equipe técnica

- Dificuldade em conseguir dedicação exclusiva dos técnicos do quadro próprio
- Estrutura de incentivos
- Dificuldade de contratação de consultores técnicos externos

C) Controle externo

- Falta de compreensão da dinâmica de uma arbitragem
- Falta de compreensão das dificuldades dos gestores públicos

OBSTÁCULOS E DIFICULDADES

RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO TC 005.157/2018-8, de 19.abr.2018:

A) CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PELA CODESP POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A1) AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO OBJETO

- **Existência de vários escritórios de reconhecida expertise em arbitragem**
- **O fato de que o serviço possui característica especial, que exige profissionais especializados, não justifica a inexigibilidade de licitação**

67. Os escritórios citados por este Tribunal foram obtidos em uma pesquisa rápida feita na internet. Ao consultar todos estes escritórios, a Codesp demonstra que o serviço contratado não é um serviço singular e, portanto, a contratação deveria ter observado o processo licitatório.

68. O fato de o serviço possuir característica especial, que exige técnicos profissionais especializados, não pode ser utilizado como argumento para a Codesp fugir do processo licitatório.

OBSTÁCULOS E DIFICULDADES

RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO TC 005.157/2018-8, de 19.abr.2018:

A) CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PELA CODESP POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A2) JUSTIFICATIVA DE PREÇO INADEQUADA

- Foram obtidas apenas 3 propostas e que tinham diferentes critérios de precificação, impossibilitando uma efetiva comparação dos valores

- Imprecisão da proposta que foi aceita
  - Valor máximo dos honorários mensais (por hora trabalhada)
  - Valor dos honorários de êxito em caso de vitória parcial

- Impossibilidade de fixação de parte da remuneração em horas trabalhadas
  - Cita o Ac. 332/2015-P: serviço de construção e montagem industrial em plataformas de petróleo

- Falta de estimativa do custo total da defesa
  - Falta de estimativa das horas de trabalho necessárias
  - Imprecisão quanto aos honorários de êxito
  - Possibilidade de contratação indefinida de serviços auxiliares e pareceres

OBSTÁCULOS E DIFICULDADES

RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO TC 005.157/2018-8, de 19.abr.2018:

B) CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS AUXILIARES PARA A DEFESA DA CODESP NA ARBITRAGEM

B1) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SINGULARIDADE DO OBJETO

B2) AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS

- Cita o Ac. 1002/2015-P, que trata de pesquisa de preços para elaboração de orçamento estimado para pregão para contratação de serviços de manutenção predial

B3) Contratação de "serviços administrativos inerentes à apresentação da defesa" (produção de apresentação em powerpoint)

B4) Dupla contratação da mesma empresa para realizar serviço idêntico

167. Não existe nenhuma explicação lógica, a não ser o mau uso de verba pública, para a Codesp recontratar essa empresa, embora com outro nome, para apresentar laudo técnico complementar, em relação a um laudo que ela mesmo fez, e que já contemplava a prestação de serviços de engenharia consultiva durante todo o procedimento arbitral.

OBRIGADO

Felipe Nogueira Fernandes

felipe.fernandes@agu.gov.br

Principais documentos da arbitragem disponíveis em:
http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200