3º CONGRESSO CAMESC
DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

CONCESSÕES E INFRAESTRUTURA

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

Arbitragem portuária e demais contratos de infraestrutura
Itajaí, 20 de julho de 2018.

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira
Professor Doutor de Direito Administrativo da USP. Pós-Doutor em Arbitragem.
Internacional pelo Max-Planck-Institut (Hamburgo, 2014) e Universidade de Amsterdam (Holanda, 2018). Árbitro na CCI, CAM-CCBC, CAMARB, Câmara FGV Rio, CBMAE e CAM-BOVESPA. Ex- Procurador do Estado do Paraná (1992/2006).

1. Panorama legal-institucional

Lei 13.129, de 26 de maio de 2015: autoriza a arbitragem na esfera da Administração Pública direta e indireta, como um todo

Lei 12.815 de 5 de junho de 2013: permite a arbitragem para resolver controvérsias oriundas de atividades portuárias

Decreto 8.033 de 27 de junho de 2013, alterado pelo Decreto 9.048 de 10 de maio 2017: regulamento da Lei 12.815/2013, mas não aborda a arbitragem

Decreto 8.465 de 8 de junho de 2015: regulamento o § 1º do art. 62 da Lei 12.815/13, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário

Lei 13.129, de 26 de maio de 2015:

- Delineia as peculiaridades das arbitragens público-privadas: **(i)** define qual a autoridade responsável para a celebração da convenção de arbitragem; **(ii)** proíbe a arbitragem por equidade; **(iii)** obriga a observância do princípio da publicidade

Lei 12.815 de 5 de junho de 2013:

- Determina a criação de comissão paritária para solucionar litígios no âmbito do órgão de gestão de mão de obra
- Em caso de impasse, obriga a arbitragem de ofertas finais: “as partes devem recorrer” (art. 37, § 1º)
- Não permite a desistência de qualquer das partes, uma vez firmado o compromisso arbitral
- Estatui que a escolha dos árbitros seja feita de comum acordo entre as partes
- Estabelece que o laudo arbitral constitui título executivo extrajudicial: o CPC define a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 515, VII)

Decreto 8.465 de 8 de junho de 2015:

- Edição anterior à nova redação da Lei de Arbitragem, mas adequa-se aos seus parâmetros basilares: **(i)** arbitragem de direito; **(ii)** aplicação do direito material brasileiro; **(iii)** sede no Brasil; **(iv)** língua portuguesa; **(v)** observância do princípio da publicidade ("todas as informações sobre o processo serão tornadas públicas"); **(vi)** arbitragem poderá ser institucional ou "ad hoc", mas com preferência à arbitragem institucional

- Determina que o painel arbitral tenha, no mínimo, 3 árbitros, se o valor da controvérsia for superior a 20 milhões

- **Evita o "due process paranoia"**: "prazo de defesa de no mínimo quarenta e cinco dias" (art. 3º, VI)

- **Quanto às despesas e perícias**: adiantamento pelo contratado, mas define que "a parte vencida arcará com os custos do procedimento de arbitragem"

Decreto 8.465 de 8 de junho de 2015:

- **Determina requisitos importantes da instituição arbitral e do árbitro**: mas, seria viável exigir que árbitros estrangeiros devam possuir **visto** que autorize o exercício da atividade no Brasil (art. 5º, p. u.)?

- **Estipula o escopo de abrangência** (art. 62, *caput* da Lei nº 12.815/2013): contratos de concessão (art. 2º, IX, da Lei nº 12.815/2013), arrendamento (art. 2º, XI, da Lei nº 12.815/2013) e autorização (art. 2º, XII, da Lei nº 12.815/2013)

- **Traz requisito não exigido na Lei 13.129/2015**: a cláusula compromissória deve constar de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato

Decreto 8.465 de 8 de junho de 2015:

- Alinha-se com a jurisprudência do STJ (Recurso Especial n. 904.813/PR): **possibilita a celebração de compromisso arbitral, mesmo que não haja cláusula compromissória no contrato**
- Possibilita as cláusulas compromissórias remissivas quanto ao procedimento de instituição arbitral
- O Decreto trata a escolha a contratação da instituição arbitral como **hipótese de inexigibilidade de licitação**, mas: a evolução doutrinária compreende pela inaplicação da Lei nº 8.666/93 (art. 1º, parágrafo único + art. 6, II)
- O cumprimento da sentença arbitral condenatória se dá "mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor" (art. 12): mas, desde que haja recursos orçamentários, é possível que o convencimento espontâneo dos agentes responsáveis conduza ao pagamento também espontâneo (boa-fé, confiança legítima etc.)

Procedimento Arbitral nº 78/2016 – CAM-CCBC/SEC7 (Libra)

- O primeiro termo de compromisso arbitral (set./15) foi firmado entre a União Federal, a Secretaria Especial de Portos, a ANTAQ e CODESP e, de outro lado, a Libra Terminal S/A, arrendatária do terminal T-37, situado no porto organizado de Santos, extinguiram-se 9 ações judiciais, conduzindo as controvérsias ao procedimento arbitral.

- A matéria objeto da arbitragem envolve, dentre outras questões correlatas:

Procedimento Arbitral nº 78/2016 – CAM-CCBC/SEC7 (Libra)

(i) Com referência ao litígio da CODESP/LIBRA 35, a ocorrência ou não de inadimplemento por parte da CODESP ou da LIBRA 35 com relação às obrigações previstas no Contrato PRES nº 32/98 e no Edital, desde a data da licitação que culminou na sua assinatura até a data no implemento de condição suspensiva (assinatura e protocolo das petições de desistência das Ações Judiciais, bem como sua homologação pelos juízos competentes do acordo judicial), definindo, inequivocamente, os valores do arrendamento (remuneração por metro quadrado e por movimentação de carga) e o valor da Movimentação Mínima Contratual – MMC;

Procedimento Arbitral nº 78/2016 – CAM-CCBC/SEC7 (Libra)

(ii) Com referência ao litígio da CODESP/LIBRA TERMINAIS, a responsabilidade pelo pagamento dos valores dispendidos pela LIBRA TERMINAIS na execução das obras realizadas no cais público defronte ao Terminal 37 do Porto de Santos, com a consequente condenação da CODESP a ressarcir a LIBRA TERMINAIS pelos valores desembolsados, caso de entenda ser dela, CODESP, a responsabilidade pelo pagamento de ditos montantes; e

Procedimento Arbitral nº 78/2016 – CAM-CCBC/SEC7 (Libra)

(iii) Com referência a ambos os litígios, os prazos para pagamento dos valores conforme a seguinte regra:

- Caso a sentença arbitral condene a LIBRA 35 (ou quem sucedê-la) ou a CODESP ao pagamento de quantia em dinheiro à outra Parte, o pagamento do respectivo crédito será realizado com juros e correção monetária, em prazo não inferior a 180 dias e não superior a cinco anos, cabendo aos Árbitros definir, justificadamente e levando em conta, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o vulto dos valores envolvidos e os instrumentos contratuais, o prazo máximo e a forma de pagamento e atualização do valor de eventual condenação;
- Caso a sentença arbitral condene a CODESP ao pagamento de quantia em dinheiro à LIBRA 35, o pagamento se dará da mesma forma e prazos acima expostos, ou, a critério da CODESP, mediante compensação com os valores definitivos de arrendamento fixados pela sentença arbitral;
- A União não arcará diretamente com o pagamento de nenhum valor decorrente da sentença do Termo de Compromisso Arbitral.

Procedimento Arbitral nº 78/2016 – CAM-CCBC/SEC7 (Libra)

Maiores informações sobre o Procedimento Arbitral, bem como os seus documentos, podem ser acessados no endereço:

http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200

2. Arbitrabilidade

- Conforme a Lei n. 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.

- Mas: não são apenas os "litígios relativos aos débitos" que são arbitráveis, pois a Lei de Arbitragem permite que outros direitos patrimoniais disponíveis sejam arbitrados: "§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (art. 1º, §1º, LA)

- O Decreto n. 8.465/15 consigna o rol de assuntos arbitráveis:

> Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:
>
> 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.

- LINDB e regulamentos: parcela da doutrina critica a edição de regulamentos, mas a nova redação da LINDB é favorável a tal prática (art. 30). O Governo Federal estuda a regulamentação da Lei n. 13.448/2017.

3. Regulação e arbitragem

- Objetivos da regulação: busca por credibilidade e estabilidade, com preponderância técnica e não política, afastando as decisões de momento e sem sustentabilidade

- Questões associadas à capacidade regulatória: **(i)** capacidade de fiscalização; **(ii)** capacidade analítica; **(iii)** capacidade de coordenação; **(iv)** capacidade de entrega (cf. relatório Regulação da infraestrutura logística no Brasil, LSE)

- O Estado regulador assume as funções de equalização, mediação e arbitragem das relações econômicas e sociais, ponderados os interesses em presença:
  - A arbitragem materializa a política regulatória, pois **(i)** soluções mais técnicas tendem a ser mais justas; **(ii)** a celeridade da arbitragem influencia o desenvolvimento de uma prestação de serviço com mais qualidade e reforça os laços de cooperação entre os agentes.

Instância	Média 07-13	2014	2015	Δ 15/14
Governo Federal	11,7	15,2	10,5	-30,90%
% PIB	0,30%,	0,27%	0, 18%	
Empresas Estatais Federais	9,8	14,6	17,1	17,10%
% PIB	0,25%	0,26%	0,29%	
Empresas Estaduais e Autarquias	20	27,8	26,6	-4,30%
% PIB	0,50%	0,49%	0,45%	
Setor Público	**41,5**	**57,6**	**54,2**	**-5,90%**
% PIB	**1,05%**	**1,02%**	**0,91%**	
Empresas Privadas	**46,3**	**73,4**	**69,5**	**-5,30%**
% PIB	**1,17%**	**1,28%**	**1,18%**	
Total	**87,8**	**131**	**123,7**	**-5,60%**
% PIB	**2,22%**	**2,30%**	**2,10%**	

Fonte: Inter.B (2016)

- Porém, dados econômicos revelam que o Governo precisa prover um melhor ambiente institucional

- O governo Temer aposta as suas fichas no PPI para incentivar o investimento em infraestrutura, parcerias com o setor privado, particularmente PPPs e privatizações, bem como medidas para melhorar o ambiente de negócios, com o fortalecimento das agências reguladoras e o estabelecimento de novas regras para concessões.

DESAFIOS REGULATÓRIOS - PORTOS

- "Uma questão principal relacionada ao comprometimento das obrigações contratuais é a prematura renovação das concessões. Com frequência concessões foram renovadas automaticamente ou prematuramente. O risco foi que renovações prematuras permitiram que os concessionários pudessem renegociar os termos originais das concessões. Esta situação sinalizou ao mercado que faltava ao processo de outorga de concessões transparência e paridade de tratamento, o que provavelmente acabou por dissuadir a participação de um maior número de investidores no setor portuário.

  (...)

- Enquanto a reforma de 2013 buscou reestruturar o marco regulatório e institucional do setor portuário, é questionável se esta reforma levou a uma racionalização das competências administrativas do setor dos entes atuantes do setor [CAP, DOCAS, ANTAQ, etc]. Assim, controle setorial efetivo prossegue sendo um desafio."

(Martin Lodge, Christian Von Stolk, Julia Batistella-Machado, Daniel Schweppenstedde, Martin Stepanek. Regulation of logistics infrastructure in Brazil, LSA – Cambridge, UK. p. 56).

- Para além disso, é preciso enfrentar os desafio da governança regulatória:

  - **O desafio do processo de decisão**: adequação no grau centralização ou descentralização decisória
  - **O desafio do compromisso**: a provisão adequada de incentivos financeiros como requisito regulatório importante
  - **O desafio de controle**: desafios de monitoramento e fiscalização, considerando mudanças na tecnologia e a amplitude da discricionariedade concedida aos órgãos de fiscalização regulatória, por exemplo
  - **O desafio da incerteza**: mudanças geopolíticas, mudanças nos fluxos de comércio, localidades concorrentes (“polos logísticos”) e mudanças nas expectativas sociais e ambientais

Fragilização institucional e instabilidade do quadro regulatório-normativo do setor portuário

- Em síntese, constata-se fragilização do quadro regulatório-normativo do setor portuário pelas seguintes razões:

(i) MP 595 convertida na Lei 12.815/13 é objeto de investigação Operação Skala, sob a suspeita de ter trazido benefícios ilícitos; e

(ii) o Decreto 9.048/2017 tem dispositivos que permite a renovação de contratos num prazo de até setenta anos (art. 19 do Decreto), o que seria ilegal para o TCU

OPERAÇÃO SKALA

- Operação deflagrada no dia 29/03/2018, que apura se, em troca de propina, Presidente da República beneficiou com Decreto a empresa Rodrimar, do setor Portuário;
- A mencionada Operação faz parte das medidas solicitadas pela Procuradora-Geral da República – e autorizadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso (STF) – com objetivo de coletar provas sobre se houve edição de ato normativo por Temer em troca de propina para favorecimento de empresas portuárias;
- O inquérito foi instaurado a partir de depoimentos de Joesley Batista e Ricardo Saud, delatores da Lava Jato;
- O Decreto assinado por Temer aumentou o prazo das concessões das áreas portuárias de 25 para 35 anos, com chance de prorrogação por até 70 anos, beneficiando empresas do setor.
- Um dos elementos que levou à investigação do Presidente foi uma planilha contábil em que se faz supor que Temer, dentre outros, recebeu recursos das empresas Libra, Rodrimar e Multicargo.

Fonte: https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-operacao-skala-da-policia-federal-que-prendeu-amigos-de-temer.ghtml

OPERAÇÃO PORTO SEGURO

- Operação deflagrada em 2012 pela Polícia Federal para apuração de venda de pareceres técnicos em órgãos públicos.
- No dia 03/07/2018, a AGU demitiu três advogados públicos investigados após conclusão de processo administrativo disciplinar. Dentre eles, encontram-se José Weber (ex-adjunto do Advogado-Geral da União); Glauco Alves Cardoso Moreira (Procurador-Geral da ANTAQ) e Jefferson Carús Guedes (ex-vice-presidente jurídico dos Correios).
- Inicialmente, em 2013, os investigados foram afastados das funções de confiança, mas continuaram nos quadros da AGU por serem concursados. Nas portarias dos dias 29/06 e 02/07, que tratam da exoneração dos servidores, o motivo apontado foi improbidade administrativa.

Fonte: https://www.jota.info/justica/apos-cinco-anos-agu-demite-procuradores-investigados-na-operacao-porto-seguro-03072018

TC 030.098/2017-3

- A Polícia Federal solicitou ao TCU acesso a processo em curso em que se identificou "forte indícios de ilegalidade" em normas do Decreto dos Portos, que foi assinado por Temer em 2017.
- Uma das constatações é que o Decreto beneficia empresas com contratos anteriores a 1993 no setor portuário. Essa informação contraria uma das alegações apresentadas pela defesa de Temer, de que companhias que conseguiram concessões antes de 1993 como a Rodrimar não poderiam ser beneficiadas pela medida. Segundo o relatório, existe uma preocupação com o fato de que, com o decreto, o prazo de vigência de contratos já assinados seja prorrogado além do que seria permitido pela legislação.
- O documento afirma que o Decreto dos Portos "contempla disposições normativas com fortes indícios de ilegalidade e, com base nas novas regras trazidas pela norma infralegal, poderão ser assinados mais de cem termos aditivos a contratos de arrendamento portuário, cristalizando direitos e trazendo novas relações jurídicas viciadas."
- Ademais, a lei de 2013 que regula a atividade portuária não autoriza a alteração de cláusulas de contratos de arrendamento já firmados, com isso, o Decreto "operou *ultra legem* (além do que é permitido pela legislação) e ainda, na medida em que possibilita a extrapolação dos prazos máximos originalmente desses contratos, atua *contra legem* (contrariamente à lei)."

Fonte: http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalhe/porto%26mar/tcu-ve-fortes-indicios-de-ilegalidade-em-normas-do-decreto-dos-portos/?cHash=cd761095c630f57d174e67af6c006c08

4. O TCU e a arbitragem no setor portuário

- O TCU (**TC 024.631/2016-7**), em **23/05/2018**, confirmou o cabimento da arbitragem no setor ao julgar válido o aditivo de arrendamento portuário em que se previu arbitragem segundo o Decreto nº 8.465, bastando-se em criticar a "morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral" e inconsistências do referido Decreto

- A "metarregulação" pelo TCU: posicionamento mais ativista do TCU (**TC 017.245/2017-6**. acórdão 588/2018, rel. min. Bruno Dantas, j. **22.3.2018**), a fim de identificar "as causas primárias de inefetividade estatal" e incentivar "a adoção das boas práticas de governança e gestão"

  - Problemas: conflitos com órgãos ativos da Administração Pública, gerando insegurança jurídica
  - Imbróglio com o Decreto nº 9.048, de 2017: defendido pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, recusado pelo TCU e alvo de investigação no STF

5. CONCLUSÃO

IMPACTOS DO USO DA ARBITRAGEM NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ATINENTES AO SETOR PORTUÁRIO

1. Arbitragem como **ESCOLHA ESTRATÉGICA** para determinados tipos de contratos administrativos

- reforça a gestão eficiente dos contratos;
- atrai investimentos nacionais e estrangeiros do setor privado (players);
- pode reduzir custos de transação, ao lado da previsão de matriz de risco (partilha de responsabilidades), MIPs e MPMIs;
- pode estimular a obtenção de propostas mais vantajosas dos licitantes, pois tende a reforça o compliance das cláusulas contratuais pelo poder público;
- prevenção dos litígios contratuais por inexecução intencional;

2. Arbitragem como **REFORÇO DA TRANSPARÊNCIA E CELERIDADE** na solução dos litígios decorrentes do contrato

- fortalece os negócios públicos em geral;
- afasta em regra a suspensão da execução do contrato enquanto o litígio é decidido;
- o tempo de resolução do litígio é infinitamente menor (média de um ano e meio a dois anos) quando comparado à sede judicial
- custos financeiros X custos de oportunidade (menor tempo de resolução do litígio e maior especialidade do árbitro);

3. Arbitragem como **RENOVAÇÃO DO ESPAÇO DE CONSENSUALIDADE** para a resolução amigável dos litígios decorrentes do contrato

- Ambiente mais favorável ou estimulador da composição pela via do acordo (*second round*);

4. Arbitragem como **MECANISMO COMPENSATÓRIO** dos riscos políticos e incertezas/inconsistências regulatórias do país

- O difícil tema do "*enforcement público x enforcement privado*" e a disponibilidade patrimonial dos direitos em disputa;

5. Arbitragem como **FACILITADORA** do cumprimento mais célere das obrigações contratuais ou indenizações decorrentes da solução arbitral

- Laudo arbitral como título executivo judicial;
- Precatórios – redução do período para formação do título executivo judicial e inscrição do precatório;
- Maior potencialidade de acordos no transcurso do procedimento arbitral, com potencial redução dos valores;
- A possibilidade de cumprimento espontâneo, desde que haja prévia existência de rubrica orçamentária vocacionada para este fim.

Obrigado

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

+55 (11) 3525-7274 - www.justinodeoliveira.com.br
gustavo@justinodeoliveira.com.br

Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Al. Lorena, 800, cj. 701 – Jardins São Paulo/SP - Brasil - CEP 01424-001

Tel.: +55 (11) 3525-7274

blogdojustino.com.br

www.justinodeoliveira.com.br

gustavo@justinodeoliveira.com.br