

Revista

Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário

Ano VI — nº 35 — Nov-Dez 2016

EDIÇÃO ESPECIAL — Os IMPACTOS DO NOVO CPC NO DIREITO ADUANEIRO, MARÍTIMO E PORTUÁRIO

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Portaria CONJUD nº 610-001/2013
Tribunal Regional Federal da 2ª Região — Despacho nº TRF2-DES-2013/08087
Tribunal Regional Federal da 3ª Região — Portaria nº 04, de 31.05.2012 — Registro nº 27
Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Portaria nº 942, de 13.08.2013 — Ofício — 1528443 — GPRES/EMAGIS
Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Informação nº 001/2013-GAB/DR

EDITORIAL SÍNTESE

DIRETOR EXECUTIVO: Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA: Eliane Beltrami

COORDENADOR EDITORIAL: Cristiano Basaglia

EDITOR: Cristiano Basaglia

EDITORIAL IEM — INSTITUTO DE ESTUDOS MARÍTIMOS

DIRETORES: André Benevides de Carvalho

CONSELHO EDITORIAL

Adolpho Bergamini, André Benevides de Carvalho, Benjamin Gallotti Beserra (*in memoriam*), Demes Britto, Edison de Oliveira Vianna Júnior, Fábio Gustavo Alves de Sá, Luiz Leonardo Goulart, Marcelo David Gonçalves, Murillo de Moraes Rego Corrêa Barbosa, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Rodrigo Fernandes More, Vicente Marotta Rangel, Welber de Oliveira Barral, Wilen Manteli

COMITÊ TÉCNICO

Augusto Fauvel de Moraes, Benjamin Caldas Gallotti Beserra, Claudio Ribeiro Huguet, Denis Gamell, Felipe de Assis Serra, Henrique Santos Costa de Souza, Maria Augusta Paim, Mateus Soares de Oliveira

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Aline Bayer da Silva, Ana Clara Mendonça do Nascimento, Augusto Fauvel de Moraes, Breno Garbois, Caio Martins Rocha, Camila Mendes Vianna Cardoso, Felipe Acciaris, Felipe Costa Laurindo do Nascimento, Fernando Barbelli Feitosa, Francisco Carlos de Moraes Silva, Ingrid Zanella Andrade Campos, João Paulo Hecker da Silva, José Luiz Lourenço Junior, Juliana Gomes Leal, Luís Felipe Galante, Luisa Falcão Werneck Frohlich, Luiz Henrique Pereira de Oliveira, Luiz Roberto Leven Siano, Marcel Nicolau Stivaletti, Marcello de Oliveira Gulim, Marcelo David Gonçalves, Marcelo de Lucena Sammarco, Marcos Abussafi, Mateus Soares de Oliveira, Mônica Pimenta Júdice, Nelson Cavalcante e Silva Filho, Paulo Henrique Cremonese, Rodrigo Mazzei, Ronaldo Vasconcelos, Sidney Stahl, Thiago Testini de Mello Miller, Werner Braun Rizk

2011 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE e do IEM – Instituto de Estudos Marítimos.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos aduaneiros, marítimos e portuários.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo e-mail: pesquisa@sage.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 2.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço conselho.editorial@sage.com.br.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário. – Vol. 6, n. 35
(nov./dez. 2016) - São Paulo: IOB, 2011 -
v.; 23 cm.

ISSN 2236-5338
Bimestral.

1. Direito aduaneiro. 2. Direito marítimo. 3. Direito portuário.

CDU 347.79
CDD 342.29

Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855

sage | **SÍNTESE**

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP
www.sage.com.br

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900
E-mail: sacsintese@sage.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7283888

e
E
N
C

F
sã
qu
pu

su
os
ár

ric
nc
de

tor
qu
da

A *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário* apresenta em sua trigésima quinta edição um volume especial que tratará do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e seus reflexos em relação ao transporte aquaviário, à atividade portuária e às questões de cunho aduaneiro.

Cabe lembrar o caminho trilhado nas duas Casas do Congresso Nacional, onde seu trâmite se iniciou com a apresentação de um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado por uma comissão de juristas instituída Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.

Sob o comando do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, aquela Comissão contou com a participação da Doutora Teresa Wambier e os Doutores Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro.

Em dezembro de 2010, um texto substitutivo aprovado pelo Senado Federal é enviado para a Câmara dos Deputados onde o Plenário, em Sessão Deliberativa Ordinária, aprova em 26.03.2014 a Redação Final do texto que, com veto parcial, é transformado na Lei Ordinária nº 13.105/2015, publicada no DOU 17.03.2015, p. 001, col. 02.

Afinal, o Código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial nos termos do art. 1.045 e, com isso, debruçaram-se os especialistas para avaliar quais impactos haveriam para as mais diversas áreas do direito.

Oportuno, assim, que a *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário* compilasse e trouxesse para os seus leitores a posição destes especialistas no que tange aos pontos mais instigantes e de maior relevância nas três áreas de atuação.

Foram selecionados vinte e um textos de advogados, juízes, promotores, nos quais vemos representadas algumas destas questões, sendo certo que apenas nos propomos a iniciar os debates que, com certeza, se aprofundarão nos próximos volumes da Revista.

Aproveite este interessantíssimo conteúdo e tenha uma ótima leitura!

Eliane Beltramini

Gerente Editorial e de Consultoria

André Benevides de Carvalho

Diretor do IEM

Normas Editoriais para Envio de Artigos	7
---	---

Parte Geral

DOCTRINAS

OS IMPACTOS DO NOVO CPC NO DIREITO ADUANEIRO, MARÍTIMO E PORTUÁRIO

1. Reflexos das Tutelas de Urgência do Novo Código de Processo Civil no Procedimento Especial de Fiscalização Aduaneiro Augusto Fauvel de Moraes e Mateus Soares de Oliveira.....	9
2. Breves Considerações sobre a Inconstitucionalidade do Artigo 313, VII, do Novo Código de Processo Civil – Suspensão do Processo Judicial em Razão de Processo Administrativo de Competência do Tribunal Marítimo Breno Garbois e Ana Clara Mendonça do Nascimento	31
3. Mediação no Brasil: Recente Regulamentação e Aplicação no Âmbito do Direito Marítimo e Portuário Camila Mendes Vianna Cardoso e Luisa Falcão Werneck Frohlich	48
4. Protesto Interruptivo de Prescrição no Novo Código de Processo Civil Felipe Acciaris e Marcos Abussafi	63
5. Caso do M/T Vicuña e a Formação de Precedentes Através do Julgamento de Recursos Especiais Repetitivos Conforme o CPC/2015 Felipe Costa Laurindo do Nascimento.....	76
6. Programa de Parcerias e Investimentos para o Setor Portuário: Novas Teorias e Velhas Práticas Fernando Barbelli Feitosa e Juliana Gomes Leal.....	88
7. A Arbitragem como Solução de Conflitos Portuários Francisco Carlos de Moraes Silva.....	109
8. A Regulação de Avaria Grossa: Aspectos Processuais e a Atuação do Tribunal Marítimo Ingrid Zanella Andrade Campos.....	125
9. Arbitragem e Direito Marítimo: uma Breve Análise à Luz da Arbitragem na Lei dos Portos (e do Decreto nº 8.465/2015) João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e Marcello de Oliveira Gulim.....	145

10. Da Sub-Rogação da Seguradora nos Litígios sobre o Contrato de Transporte José Luiz Lourenço Junior	162
11. O Embargo de Embarcações no Novo CPC Luís Felipe Galante	167
12. O Tribunal Marítimo e as Regras da Vedação à Decisão Surpresa e da Obrigatoriedade da Fundamentação nos Parâmetros Delineados pelo Artigo 489, § 1º, do CPC Luiz Henrique Pereira de Oliveira e Caio Martins Rocha	194
13. Cláusulas Compromissórias Arbitrais e de Foro Estrangeiro em Contratos de Transporte Marítimo de Mercadorias Luiz Roberto Leven Siano	208
14. Dos Processos no Tribunal Marítimo Marcelo David Gonçalves	231
15. Arbitragem Marítima e o Novo Código de Processo Civil. Dos Efeitos da Cláusula de Arbitragem em Face do Segurador Sub-Rogado nas Disputas por Perdas e Danos de Cargas Marcelo de Lucena Sammarco.....	241
16. Os Procedimentos Especiais Marítimos Mônica Pimenta Júdice	253
17. O Regime das Avarias no Direito Brasileiro Nelson Cavalcante e Silva Filho.....	276
18. O Novo Código de Processo Civil e o Direito dos Transportes Da Invalidez e Ineficácia da Cláusula de Compromisso Arbitral no Contrato Internacional de Transporte Marítimo de Carga Paulo Henrique Cremonese.....	300
19. Da Ratificação dos Protestos Marítimos e dos Processos Testemunháveis Formados a Bordo no Código de Processo Civil de 2015 Rodrigo Mazzei e Werner Braun Rizk.....	311
20. Efeitos do Novo CPC na Graduação da Penalidade Aduaneira – Uma Reflexão sobre a Segurança e Razoabilidade das Interpretações e nas Sanções Sidney Stahl	322
21. Da Relação entre Poder Judiciário e Tribunal Marítimo. Inconstitucionalidade do Artigo 313, VII, do CPC Thiago Testini de Mello Miller, Marcel Nicolau Stivaletti e Aline Bayer da Silva.....	350
Índice Alfabético e Remissivo	367

Arbitragem e Direito Marítimo: uma Breve Análise à Luz da Arbitragem na Lei dos Portos (e do Decreto nº 8.465/2015)

JOÃO PAULO HECKER DA SILVA

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP, Sócio de Lucon Advogados, Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação do Mackenzie, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

RONALDO VASCONCELOS

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Sócio de Lucon Advogados, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

MARCELLO DE OLIVEIRA GULIM

Sócio de Lucon Advogados, Advogado.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução da Arbitragem na Administração Pública e contribuições do Decreto nº 8.465/2015 à arbitragem portuária; 2.1 Objeto arbitrável; 2.2 Procedimento; 2.3 Cláusula compromissória e compromisso arbitral no Decreto nº 8.465/2015; 3 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A recente Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013) trouxe consigo a possibilidade de instauração de procedimento arbitral para litígios concernentes às matérias específicas de direito marítimo¹. Atendendo à tendência de utilização da jurisdição arbitral pelo poder público, a lei assim dispôs sobre o tema:

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas 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 pror-

1 "Modernamente, a doutrina considera o direito marítimo em sentido genérico, onde os elementos técnicos e comerciais estão entrelaçados de tal maneira que é impossível separá-los, para constituí-los em ramos do Direito, distintos e autônomos." (SAMMARCO, Osvaldo; SAMMARCO, Marcus Vinícius. A fenomenologia do direito marítimo. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e; WARDE JR., Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz (Org.). *Direito marítimo e portuário: novas questões*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 99)

rogar 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.

Impende salientar que à época dessa redação ainda inexistia, ao menos expressamente na Lei de Arbitragem, possibilidade de o Estado utilizar Arbitragem para resolver determinados litígios. Nada obstante isso, a jurisprudência já aceitava que o poder público utilizasse a jurisdição arbitral desde a década de 1970, consoante julgamento do caso paradigmático “Lage”, no qual se proferiu entendimento sobre a “legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal” (STF, AI 52181, Guanabara, Tribunal Pleno, Min. Rel. Bilac Pinto, J. em 14.11.1974).

Contudo, com o advento da Lei nº 13.129/2015, incluindo na Lei de Arbitragem a possibilidade de a Administração Pública utilizar a via arbitral² nos conflitos atinentes a direitos patrimoniais³ disponíveis⁴, sobreveio o Decreto nº 8.465/2015, regulamentando a Arbitragem no direito portuário⁵, em especial sobre o que foi estipulado no art. 62, § 1º, da Lei dos Portos. O objetivo do decreto pode ser compreendido pela leitura de seu art. 1º:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre as normas para a realização de arbitragem para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizatárias ou os operadores portuários em relação ao inadimplemento no recolhimento de

- 2 Sobre a utilização da Arbitragem pela Administração Pública, estudos demonstram que, “em se tratando de relação de direito público, em que o Estado atua preponderantemente como agente político, não haveria possibilidade de sujeição do Estado à Arbitragem. Por outro lado, se o Estado estiver atuando na esfera privada, em relação de direito privado, o recurso à Arbitragem seria possível” (MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem privada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese, n. 34, a. IX, p. 225, abr./maio/jun. 2012).
- 3 Vide art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.
- 4 A concepção clássica de “direitos patrimoniais disponíveis” estabelece que “são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. [...] são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39).
- 5 “A expressão ‘direito portuário’ é utilizada para designar o conjunto de normas jurídicas que regulam a exploração, administração e o funcionamento dos portos, assim como as atividades de movimentação e armazenagem desempenhadas em suas instalações.” (GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os aspectos administrativos e concorrenciais do direito portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e; WARDE JR., Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz (Org.). *Direito marítimo e portuário: novas questões*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 434)

tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, conforme o disposto no § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.

Nesse sentido, à luz das disposições legais da Lei dos Portos e do decreto pelo qual se regula a arbitragem portuária, o estudo terá como objetivo apreciar a compatibilidade dessas leis com a Lei de Arbitragem e de compreender peculiaridades e especificidades trazidas pelo decreto.

2 EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRIBUIÇÕES DO DECRETO Nº 8.465/2015 À ARBITRAGEM PORTUÁRIA

A jurisdição arbitral comumente sofre críticas no tocante à sua utilização para transacionar direitos patrimoniais do Estado, especialmente em razão do princípio basilar da Administração Pública de supremacia e indisponibilidade do interesse público⁶. O Decreto nº 8.465/2015 enfrenta obstáculos que vão muito além desse estigma da Administração Pública, colidindo, inclusive, com a jurisprudência assente do TCU (porém, pretérita à reforma da Lei da Arbitragem), no sentido de contrariar a possibilidade de se instaurar procedimento arbitral em concessões de serviço público:

22. Cabe-nos ressaltar que o contrato de concessão nada mais é do que um contrato administrativo, celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público. Nesse tipo de contrato, não existe equivalência das partes contratantes como ocorre nos contratos de direito privado, e sim o caráter da verticalidade, ou seja, da supremacia do interesse público. [...] 24. Nesse contexto, parece-nos descabida a possibilidade de interpretar a cláusula da Lei de Concessões como uma possibilidade de utilização do instituto da Arbitragem. Com efeito, não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela Arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público. (TCU, Acórdão nº 0391/2008, Plenário, Min. Rel. Marcos Vinícius Vilaça, J. em 12.03.2008)

[...] a utilização do Juízo Arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam na parte de Arbitragem situações que não obser-

6 Importantes críticas são feitas sobre a possibilidade de a Administração Pública utilizar a Arbitragem. Nesse sentido: “o Estado pode utilizar a Arbitragem quando o conflito de interesses diga respeito aos atos negociais que ele pratica. Nestes atos, como se sabe, o Estado assume uma posição de igualdade com o outro sujeito da relação jurídica que se forma, sendo certo que tais atos negociais são regidos pelas normas de direito privado” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/1996. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13).

vem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. 38. É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da Arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível. (TCU, Acórdão nº 1796/2011, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, J. em 06.07.2011)

O entendimento precede a reforma da Lei de Arbitragem, na qual se instituiu o § 1º do art. 1º, ratificando que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da Arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Contudo, o preconceito com a utilização da via arbitral ainda remanesce mesmo diante da demanda por métodos adequados e condizentes às complexidades dos litígios que surgem com a evolução das relações sociais, da tecnologia, dos negócios jurídicos celebrados etc.

As próprias leis de concessões de serviços públicos e de parceria público-privado se adequaram à realidade da Lei de Arbitragem incluindo a possibilidade de instauração da Arbitragem em contratos administrativos decorrentes de concessões, convênios, entre outros. A título de exemplificação, as leis citadas incluíram os seguintes artigos:

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. (*Lei nº 8.987/1995 – concessão e permissão de serviços públicos*)

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. (*Lei nº 11.079/2004 – parceria público-privada*)

Ante o exposto, o entendimento do TCU de que “questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da Arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível” demonstra incoerência aos dispositivos mencionados e à própria Lei de Arbitragem, que permite a transação de direitos patrimoniais disponíveis.

Aliás, a re do Programa de sória nº 727, de aceitação do Est intenção da lei, da interação en de contratos de infraestrutura e sugere a adoção melhora da infra meio de contrat consoante seu a

Art. 2º São c

I – ampliar a
volvimento
volvimento

II – garantir
adequadas;

III – promov
prestação de

IV – assegur
ma interven

V – fortalece
tatais de reg

Esperava-se utilização de Arb nos contratos ad líbrio financeiro, via arbitral poder conflitos estagnac estabilidade à atirança jurídica aos objetivos desta le

Infelizmente arbitral nem sobre

Aliás, a recente Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, criadora do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e oriunda da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016, também demonstrou certa vontade e aceitação do Estado à utilização de medidas típicas de iniciativa privada. A intenção da lei, de acordo com seu art. 1º, é de “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”. Toda sua estrutura sugere a adoção de medidas eficientes pela administração no concernente à melhora da infraestrutura e dos empreendimentos públicos executados por meio de contratos de parceria (concessões, permissões, autorizações etc.), consoante seu art. 2º:

Art. 2º São objetivos do PPI:

I – ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;

II – garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;

III – promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;

IV – assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e

V – fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Esperava-se, contudo, por algum dispositivo dizendo ser possível a utilização de Arbitragem para questões de natureza econômico-financeira nos contratos administrativos, equiparando problemas de tarifas e reequilíbrio financeiro, por exemplo, a direitos patrimoniais disponíveis, pois a via arbitral poderia contribuir para celeridade e eficiência na resolução de conflitos estagnados na jurisdição estatal. Essa simples medida traria maior estabilidade à atividade econômica desempenhada pelas empresas e segurança jurídica aos investidores, fomentando a atividade comercial (um dos objetivos desta lei) tão fragilizada pela crise econômica vivenciada.

Infelizmente, a Lei nº 13.334/2016 não dispôs sobre procedimento arbitral nem sobre equiparação de questões de natureza econômico-finan-

ceira a direitos patrimoniais disponíveis⁷, podendo-se dizer que no máximo tangenciou esses temas ao dizer que a Administração Pública deve criar programas que visem à “eliminação de barreiras burocráticas à livre organização da atividade empresarial” (art. 6º, inciso II).

Em face da ausência de previsões sobre a possibilidade de instauração de Arbitragem, em 24 de novembro de 2016, foi proferida a Medida Provisória nº 752 para regulamentar a Lei nº 13.334/2016 sobre a “prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria” (preâmbulo da MP), possuindo os seguintes artigos concernentes à Arbitragem:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria ficará condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, no qual constará, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

[...]

III – o compromisso arbitral entre as partes que preveja a submissão à arbitragem, ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Medida Provisória.

Art. 25. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata esta Medida Provisória após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à 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*.

§ 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 direitos patrimoniais disponíveis para fins desta Medida Provisória:

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

7 Sobre o tema, artigo “Medida Provisória nº 726/2016 sobre PPI: o Governo Temer renunciou a usar investimentos em infraestrutura no curto prazo para revitalizar a economia do País?”, de Maurício Portugal Ribeiro. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241939,41046-Medida+Provisoria+72716+sobre+PPI+o+Governo+Temer+renunciou+a+usar>>. Acesso em: 30 nov. 2016, às 17h19min.

8 A c
me
da
tec

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 Medida Provisória.

Louvável a intenção da medida principalmente no que tange ao teor do art. 25, o qual define a possibilidade de submeter à Arbitragem litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis após decisão definitiva da autoridade competente. Todavia, um óbice deve ser ressaltado dessa medida, pois o art. 25 diz sobre “as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria *nos setores de que trata esta Medida Provisória*” (g.n.). Em seu art. 1º, há a definição desses setores no seguinte sentido:

Art. 1º Esta Medida Provisória estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, *nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal*. (g.n.)

A MP, infelizmente, dispôs sobre Arbitragem apenas para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, deixando de lado o setor portuário da Lei dos Portos. Acreditamos que no futuro ela seja convertida em lei incluindo o setor portuário por uma questão de coerência e de concretude do ordenamento jurídico, porquanto a Lei dos Portos não é afrontada pelas disposições do art. 25 dessa MP.

Esse cenário, no qual gradualmente a Arbitragem vem sendo instituída na Administração Pública, sugere certa relativização da indisponibilidade do interesse público a fim de possibilitar eventual composição de litígios com esse objeto em sede de jurisdição arbitral⁸. E o Decreto nº 8.465/2015, que regulamenta as possibilidades de Arbitragem estipuladas pela Lei dos Portos (em especial nos contratos administrativos regulados por ela), encontra-se alinhado a essa percepção.

Muitos de seus aspectos apontam para evolução do procedimento arbitral portuário, demonstrando que o legislador aceita o procedimento arbitral como importante instrumento ao deslinde adequado de determi-

⁸ A doutrina já relata que “a antiga visão da indisponibilidade de direitos está a cada dia mais enfraquecida, pois mesmo nos direitos indisponíveis pode haver transação em relação ao tempo, modo, forma de cumprimento da obrigação” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 63).

dados casos. Contudo, ainda há resquícios do preconceito da utilização da Arbitragem na Administração Pública⁹, o que podemos notar em alguns dispositivos do decreto reduzindo a autonomia da vontade das partes em determinadas situações das quais também serão tratadas neste estudo.

Dá-se a impressão, a bem da verdade, que a regulamentação da Arbitragem pelo decreto foi pensada à luz dos interesses da Administração, mas não a fim da obtenção da melhor resolução de um litígio.

2.1 OBJETO ARBITRÁVEL

A Lei dos Portos faculta a utilização da via arbitral nos casos atinentes ao inadimplemento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras pelas concessionárias, arrendatárias e autorizatárias. O decreto regulamentador dessa previsão dispôs, de forma mais detalhada, aquilo que entende por “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem” em seu art. 2º, prevendo, por meio de rol exemplificativo, as seguintes hipóteses:

- I – inadimplemento 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.

As duas primeiras possibilidades, não obstante dotadas de certa amplitude de significado, possuem limites bem especificados. Em outras palavras, os incisos I e II delimitam de forma ampla que são arbitráveis quaisquer questões atreladas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” e à “recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos”.

9 Sobre os problemas encontrados sobre a Arbitragem no direito portuário, recente artigo eletrônico diz que o decreto “torna burocrática e complexa a atuação dos agentes públicos federais no que se refere à adoção da arbitragem. Embora seja ineficaz em relação aos particulares (partes, árbitros e instituições arbitrais), seus dispositivos poderão dificultar a utilização da Arbitragem no setor portuário e prejudicar o desenvolvimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil também em outros setores” (Trecho extraído do artigo “O Decreto nº 8.465 e a Arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto”, de Cesar A. Guimarães Pereira, produzido em 27 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047-0+decreto+8465+e+a+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre>>. Acesso em: 30 nov. 2016, às 16h46min).

Depreende-se, portanto, que essas matérias podem ser transacionadas pela via arbitral, desde que as partes especifiquem se desejam ou não dispensar a jurisdição estatal para tal. Ou seja, a amplitude do significado desses incisos é delimitada pela autonomia das partes, pois a transação do direito patrimonial disponível depende da anuência daqueles que buscam o procedimento arbitral.

No mesmo sentido vai a interpretação do inciso III, que, a despeito dos incisos I e II, possui significado muito mais amplo e abrangente, haja vista já iniciar com termo indefinido e vago, dizendo que pode ser submetido à Arbitragem “outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq”. A instauração do procedimento arbitral para a matéria desse inciso também se condiciona à autonomia da vontade das partes, havendo necessidade de elas anuírem por meio de convenção arbitral.

Em suma, os três incisos delimitam de forma ampla as matérias passíveis de serem arbitráveis. A dispensa ou não da jurisdição estatal, nesses casos, condiciona-se à anuência das partes. Ou seja, para resolução dos conflitos enumerados nos referidos três incisos do decreto ora analisado, é necessária a anuência da Administração Pública.

Há um óbice, contudo, que deve ser feito para fins de compreensão da possibilidade ou não de instauração de procedimento arbitral, uma vez que, para sua instauração, há necessidade de (i) a matéria estar contida nos objetos arbitráveis dos incisos I, II e III do art. 2º do decreto; (ii) haver anuência entre Administração Pública e particular, devendo, cumulativamente a tudo isso, (iii) o árbitro analisar a validade da Arbitragem requerida¹⁰, porquanto a utilização da jurisdição arbitral depende de ele confirmar sua competência para tal, à luz do princípio competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), pelo qual incumbe ao árbitro analisar as questões submetidas ao seu crivo para, por fim, dizer o que lhe compete ou não, consoante art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem:

Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

10 Não podemos nos esquecer, contudo, de que “o poder e a competência para o árbitro derivam da vontade das partes” (COUTO, Jeanlise Velloso. *Árbitro e Estado: interesses divergentes? Coleção Atlas de Arbitragem*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111).

A importância do *kompetenz-kompetenz* reside justamente na vagueza e na amplitude das convenções arbitrais em delimitar a matéria submetida à Arbitragem, o que se torna latente, por exemplo, com a redação dada pelos incisos I, II e III do art. 2º do decreto, porquanto dotados de significado aberto e não específico, restando ao árbitro decidir por aquilo que lhe incumbe ou não julgar, como bem elucidado pela decisão monocrática do STJ e pela recente decisão do TJSP:

A teor do disposto nos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/1996, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro. Trata-se da *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), um dos princípios basilares da Arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. (STJ, Reclamação nº 9.030/SP, (2012/0116373-4), decisão monocrática, Relª Min. Nancy Andrichi, J. em 18.09.2012)

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INEFICACIZAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.307/1996 – PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA – RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE – 1. A alegação de nulidade da cláusula arbitral deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização, pois vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do *kompetenz-kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2262605-42.2015.8.26.0000, 35ª CDPriv., Des. Rel. Artur Marques, J. em 04.07.2016)

Assim, entendemos que a Arbitragem no direito marítimo exigirá dos árbitros um trabalho contumaz a fim de averiguar a possibilidade ou não de sua instauração, haja vista a lei não especificar detidamente o que entende por objeto arbitrável. O problema se agrava com o fato de a Administração Pública submeter-se ao princípio da legalidade estrita, podendo realizar apenas o que a lei lhe autoriza¹¹. O árbitro, diante da convenção arbitral, deverá enquadrar o objeto do litígio em uma das hipóteses do decreto por meio de uma justificativa pormenorizada e sólida, sob o risco de a administração se esquivar da jurisdição arbitral se assim não o fizer.

11 "Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64)

qua
mer
sar
cria

algu
cio

ser v
aper
aos
art. 1

de d
exig
vont
luçã
tajos

port
cara
funç
corc

12 /
c
f

2.2 PROCEDIMENTO

O decreto também previu um plexo de condições a serem obedecidas quando da utilização da Arbitragem para os conflitos atinentes a inadimplemento de tarifas portuárias. Algumas dessas condições aparentam ultrapassar a função constitucional de um decreto, que é de regulamentar a lei sem criar obrigações ou deveres.

A título de exemplificação, o § 2º do art. 3º estabelece limitações a algumas situações das quais a Lei de Arbitragem incumbe às partes convenionarem livremente, *in verbis*:

Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições:

[...]

§ 2º No caso de litígios que devam ser necessariamente decididos por colegiado de árbitros, na forma do inciso V do *caput*, pelo menos um dos árbitros será bacharel em Direito, sem prejuízo da obrigatoriedade de cumprimento dos requisitos do art. 5º.

Sabendo da natureza regulamentadora do decreto, no sentido de lhe ser vedada a criação ou limitação de direitos, haja vista a ele ser incumbido apenas o papel de regular determinado dispositivo, o § 2º não se coaduna aos dispositivos da Lei de Arbitragem, extrapolando a função de regular o art. 62, § 1º, da Lei dos Portos.

Repise-se que a Lei de Arbitragem atribui às partes a discricionariedade de escolherem sobre quem deve ocupar o posto de árbitro, inexistindo a exigência de ao menos um deles ser bacharel em Direito. A autonomia da vontade prevalece no procedimento arbitral em prol da eficiência da resolução do caso, à medida que em determinadas situações pode ser mais vantajosa a escolha de árbitros especialistas em matérias diferentes da jurídica.

Outro dispositivo importante sobre a forma do procedimento arbitral portuário diz respeito à publicidade das informações. A confidencialidade, característica típica de uma Arbitragem, é deixada de lado em razão da função da Administração Pública de zelar pelo princípio da publicidade, corolário do *caput* do art. 37 da Constituição¹².

¹² *In verbis*: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]."

O que devemos ter em mente é que a exigência por publicidade não implica prejuízo ao procedimento arbitral que envolva a Administração Pública, muito pelo contrário. Enquanto exigência constitucional, haja vista a necessidade de transparência administrativa para legitimação e controle das atividades estatais, a publicidade foi corroborada pela reforma da Lei de Arbitragem em seu art. 3º, § 3º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)”.

O decreto apenas confirma uma previsão prevista pela própria Lei de Arbitragem, sem inovações ou restrições, atuando exclusivamente na sua função regulamentadora no inciso IV, art. 3º, ao ratificar que “todas as informações sobre o processo serão tornadas públicas”¹³.

Outro ponto importante do decreto no que tange ao procedimento é o estabelecimento de um valor limite a partir do qual a Arbitragem deve ser instaurada utilizando um Colegiado de no mínimo três árbitros. O inciso V estabelece a seguinte baliza: “em caso de questões cujo valor econômico seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o litígio deverá ser dirimido por colegiado de no mínimo três árbitros”.

Também inexistente um limite econômico para instauração de Arbitragem colegiada na Lei de Arbitragem. Contudo, a redação complementa a exigência de Colegiado composto com pelo menos um bacharel em Direito criada pelo § 2º.

2.3 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL NO DECRETO Nº 8.465/2015

Para viabilizar a instauração da Arbitragem, o decreto previu o modo pelo qual cláusula e compromisso arbitral devem ser elaborados, sendo importante colacionar o art. 6º na medida em que estipula as regras básicas desses dois negócios jurídicos processuais:

Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013, poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto.

13 Carmona critica a exigência de publicidade nas Arbitragens que envolvam a Administração Pública discorrendo sobre um problema prático, pois “as secretarias das Câmaras não podem se transformar em cartórios, expedindo certidões e fornecendo cópias de documentos ou de peças de processos arbitrais. Não se espera também que os atos dos processos arbitrais – mercê da publicidade imaginada pela lei – devam ser praticados à vista do público, em grandes auditórios abertos à população” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a Arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, a. XIII, p. 07-21, jul./ago./set. 2016).

§ 1º Em caso de opção pela inclusão de cláusula compromissória de arbitragem, o edital de licitação e o instrumento de contrato farão remissão à obrigatoriedade de cumprimento das normas deste Decreto.

§ 2º A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada:

I – constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato; e

II – excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza, observados os requisitos do art. 9º.

§ 3º A ausência de cláusula compromissória de arbitragem no contrato não obsta que seja firmado compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios abrangidos no art. 2º, observadas as condições estabelecidas no art. 9º.

Note-se que os contratos costumeiramente celebrados com a Administração Pública encontram-se contemplados pelo *caput* do artigo (concessão, arrendamento e autorização), contrariando o antigo posicionamento do TCU em dificultar a utilização da Arbitragem nos contratos de concessão, em especial no tocante às concessões de serviços públicos.

Ademais, percebe-se com a leitura do § 1º que o legislador do decreto coadunou a gênese da cláusula arbitral aos ditames da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sugerindo que a cláusula deva estar presente não apenas no instrumento de contrato, como também no edital de licitação. Esse entendimento é reforçado pelas peculiaridades da Lei nº 8.666/1993, porquanto princípios como o da vinculação do instrumento convocatório impedem a Administração de incluir no contrato elementos não previstos *a priori* no edital de licitação, podendo redundar em nulidade do contrato se assim não o fizer, como dispõe o § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993: “A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”.

Complementando a exigência de se cumprir o que foi estipulado pelo edital, temos os seguintes dispositivos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.

Nesse sentido, o princípio da vinculação do instrumento convocatório resguarda o direito do contratado, por exemplo, de instaurar procedimento arbitral na hipótese de o edital ter estipulado a cláusula compromissória. O objetivo em determinar que edital e contrato façam remissão à obrigatoriedade de cumprimento das normas do decreto implicitamente demonstra a possibilidade de o edital conter cláusula arbitral vinculando a Administração a aceitar a arbitragem se houver necessidade.

Indo além, o inciso I, § 2º, do art. 6º do decreto confirma as elucidações anteriormente citadas afirmando que “constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato” a cláusula compromissória. O parágrafo também faz uma ressalva sobre a utilização da cláusula compromissória (inciso II) ao impossibilitá-la de dispor sobre “questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza”.

No tocante à ressalva, impende salientar mais uma vez o forte resquício de preconceito com a utilização do procedimento arbitral nas causas envolvendo a Administração Pública, haja vista sua redação aproximar-se de uma medida defensiva à Administração, atribuindo ao Estado a faculdade de aceitar eventual compromisso arbitral se lhe for vantajoso. Essa conclusão pode ser extraída da combinação do § 3º do art. 6º com as disposições do art. 9º, *caput*, e seus respectivos §§ 1º, 2º e 4º e incisos:

Art. 6º [...]

§ 3º A ausência de cláusula compromissória de arbitragem no contrato não obsta que seja firmado compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios abrangidos no art. 2º, observadas as condições estabelecidas no art. 9º.

A
t
c
§
t
e
l
§
l
c
a
b
§
d
p
a
l
a
d
a
n
II
le
A
flitos re
regulan
da pos:
tão son
lução c
contrat
Admini
os prot
F
desvan
lução c

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.

§ 1º No caso de celebração de compromissos arbitrais na situação de que trata o *caput*, a administração pública deverá avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa.

§ 2º Será dada preferência à arbitragem:

I – nos casos de litígios que envolvam análise técnica de caráter não jurídico; ou

II – sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa:

a) gerar prejuízo à adequada prestação do serviço ou à operação do porto; ou

b) inibir investimentos considerados prioritários.

§ 4º Caso já tenha sido proposta ação judicial por qualquer das partes, além das condições estabelecidas no *caput*, a celebração de compromisso arbitral para dirimir a questão dependerá do cumprimento dos seguintes requisitos adicionais:

I – o órgão competente para a celebração do compromisso arbitral solicitará ao órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento da ação judicial um relatório sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário; e

II – a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometam a levar a questão ao juízo arbitral.

A cláusula compromissória vincularia as partes à resolução dos conflitos referentes a equilíbrio econômico-financeiro pela Arbitragem caso a regulamentação do decreto previsse essa hipótese. Sem previsão no decreto da possibilidade de a Administração firmar cláusula compromissória, mas tão somente o compromisso arbitral, resta apenas a possibilidade de a resolução do conflito ocorrer por Arbitragem após sua ocorrência. Ou seja, os contratantes podem querer, mas dependem da anuência do Estado, pois “a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral para dirimir” os problemas atinentes a equilíbrio econômico-financeiros.

Para anuir, a Administração (i) avaliará previamente as vantagens e desvantagens da Arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa

(§ 1º, art. 9º); (ii) analisará se a natureza do litígio demanda por técnica de caráter não jurídica (inciso I, § 2º, art. 9º); (iii) averiguará se o caso é passível de ser resolvido pelo Judiciário com celeridade (alíneas a e b, inciso II, § 2º, art. 9º), e, por fim, (iv) analisará, se já houver demanda judicial ajuizada, o parecer da AGU sobre as possibilidades de decisão favorável à Administração Pública (inciso I, § 4º, art. 9º).

Em outras palavras, o decreto dá a entender que a Arbitragem de litígios envolvendo equilíbrio econômico-financeiro apenas ocorrerá se houver vantagem à Administração Pública, pouco importando se o procedimento arbitral é ou não mais adequado à natureza e especificidade do litígio. E isso fica claro quando verificamos que as exigências do art. 9º não demonstram preocupação com o correto deslinde do caso, mas com a defesa dos interesses da Administração.

3 CONCLUSÃO

Acredita-se, ante a exposição, que a Arbitragem no direito marítimo vem se desenvolvendo ainda de forma tímida, pois, não obstante sua regulamentação pelo Decreto nº 8.465/2015, ainda prevalecem preconceitos sobre a sua utilização pela Administração Pública.

Esses preconceitos decorrem, sobretudo, de uma leitura equivocada dos princípios de supremacia e de indisponibilidade do interesse público. Note-se, pelo menos no direito marítimo, que há certo receio e temor de o Estado utilizar a jurisdição arbitral, haja vista, por exemplo, as inúmeras condições impostas pelo decreto para que a Administração aceite compromisso arbitral versando sobre reequilíbrio econômico-financeiro. Sobre esse mesmo tema, aliás, o decreto escusou o Estado de celebrar cláusula compromissória, o que pode ser entendido como receio de a Administração Pública se vincular à Arbitragem antecipadamente ao litígio.

É certo que a jurisprudência corretamente já admite a utilização da jurisdição arbitral pelo Estado em se tratando de direito patrimonial disponível, o qual coincide com o interesse público secundário do Estado, ou seja, o interesse particular da Administração Pública. Todavia, percebe-se que o Estado ainda tenta se esquivar da utilização desse importante instrumento por motivos que soam mais como de comodidade do que de relevância.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei nº 9.307/1996. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, a. XIII, jul./ago./set. 2016.

_____. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COUTO, Jeanlise Velloso. Árbitro e Estado: interesses divergentes? *Coleção Atlas de Arbitragem*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os aspectos administrativos e concorrenciais do direito portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e; WARDE JR., Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz (Org.). *Direito marítimo e portuário: novas questões*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem privada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Síntese, n. 34, a. IX, abr./maio/jun. 2012.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O Decreto nº 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto. Publicado em 27 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047-O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre>>. Acesso em: 30 nov. 2016, às 16h46min.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Medida Provisória nº 726/2016 sobre PPI: o Governo Temer renunciou a usar investimentos em infraestrutura no curto prazo para revitalizar a economia do País? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241939,41046-Medida+Provisoria+72716+sobre+PPI+o+Governo+Temer+renunciou+a+usar>>. Acesso em: 30 nov. 2016, às 17h19min.

SAMMARCO, Osvaldo; SAMMARCO, Marcus Vinícius. A fenomenologia do direito marítimo. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e; WARDE JR., Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz (Org.). *Direito marítimo e portuário: novas questões*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

Da Sub-Rogação da Seguradora nos Litígios sobre o Contrato de Transporte

JOSÉ LUIZ LOURENÇO JUNIOR

Advogado (com experiência profissional no mercado de seguros), Pós-Graduado em Direito Marítimo pela Universidade Católica de Santos, Secretário-Geral do Núcleo ACS Jovem da Associação Comercial de Santos, Membro da Comissão de Direito Marítimo da OAB-Santos.

RESUMO: Estudo sobre a sub-rogação legal da seguradora nos litígios sobre os contratos de transporte abordando suas especificidades, o mercado segurador e a importância de tal instituto para o direito marítimo e ainda os meios pelo qual é efetivado nesta cadeia logística.

PALAVRAS-CHAVE: Sub-rogação; mercado de seguros; indenização; reparação.

ABSTRACT: Legal subrogation of the insurer about on transport contracts addressing its specificities, the insurance market and the importance for Maritime Law and also the means by which it is implemented in this logistics chain.

KEYWORDS: Subrogation; insurance market; claims; indemnity.

SUMÁRIO: Breve introdução; 1 A natureza jurídica do contrato de transporte marítimo; 2 Do segurador da carga; 3 Do instituto da sub-rogação e sua ampla aplicação; Conclusão.

BREVE INTRODUÇÃO

O estudo que aqui propomos acerca do tema da sub-rogação da seguradora nos contratos de transporte marítimo passa longe de encerrar o debate, levantando pontos importantes de interesse do direito marítimo.

O importante instituto da sub-rogação torna o segurador um grande e importante ator desta cadeia logística de fundamental importância para o mercado mundial.

Além do direito civil, a sub-rogação surgiu primariamente no seio do direito comercial, e é de fundamental importância, tendo em vista que sua existência é um peso importante no cálculo do seguro de transporte, visto se tratar de garantia da seguradora em recuperar por meio de indenização parte ou a totalidade do prejuízo causado por outrem ao segurado.

O instituto da sub-rogação deve ser entendido como uma reparação que compensa o sacrifício suportado por terceiro-segurador, obrigado atra-

ROM

vés
ad

taç
ab

tra

1 A

vál
em
ao

Ma
exi
par
me

2 DI

o si
te c
cas

altc

do
o p
a p

doi
to c
cau