

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A arbitragem aplicada à resolução de conflitos no Direito Portuário Brasileiro: redução da
assimetria entre portos públicos e terminais privados**

Bruna Letícia Trupel
Acadêmico

Arno Dal Ri Júnior
Orientador

FLORIANÓPOLIS – SC
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A arbitragem aplicada à resolução de conflitos no Direito Portuário Brasileiro: redução da
assimetria entre portos públicos e terminais privados**

Monografia submetida ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

FLORIANÓPOLIS – SC

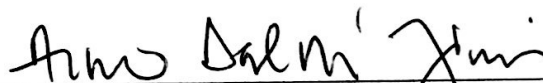
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "A ARBITRAGEM APLICADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO PORTUÁRIO: REDUÇÃO DA ASSIMETRIA ENTRE PORTOS PÚBLICOS E PORTOS PRIVADOS", elaborado pelo(a) acadêmica "Bruna Leticia Trupel", defendido em 04/07/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 04 de Julho de 2018



Arno Dal Ri Júnior
Professor Orientador



Polyana Trevisan
Membro de Banca



Arthur Rodrigues Dalmarco
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Bruna Letícia Trupel

RG: 5.875.652

CPF: 078669189-10

Matrícula: 13203936

Título do TCC: **A arbitragem aplicada à resolução de conflitos no Direito**

Portuário: redução da assimetria entre portos públicos e portos privados

Orientador: Arno Dal Ri Júnior

Eu, Bruna Letícia Trupel, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de julho de 2018.

Bruna Letícia Trupel

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por sempre me mostrar que escolhi o caminho mais feliz, por sempre me dar forças a continuar no caminho do Direito e buscar meus sonhos. E aos meus pais, que abdicaram de muito para me proporcionar uma educação de qualidade, instigando-me a estudar, a conquistar meu espaço no mundo e sempre investindo esforços nas minhas aventuras em busca de conhecimento e em direção às experiências de vida. Meu muito obrigada, Janaina de Lima Trupel e Luís Fernando Trupel, meus pais, o mar é o nosso lar e graças a vocês dois eu me apaixonei desde criança pelo mar e resolvi continuar perto do mar pelo resto da minha vida, escolhendo uma área de estudo e uma carreira que me faz feliz, que brilha meus olhos e aquece meu coração. Esse agradecimento se estende aos meus avós, Israel Jeovah de Lima e Maria Antônia de Lima, pelo carinho, pelas conversas, pelo apoio, pelo respeito. Aos meus padrinhos, Geovane de Lima e Jucemara Sartori, por me apoiarem e guiarem, por terem me dado de presente aos seis anos de idade um parceiro de vida chamado Pedro Sartori de Lima, meu primo querido e amado.

Ainda há aqueles que são como se família fossem para mim, as minhas irmãs de coração, Luzara Pinho e Amanda Pereira, que estiveram ao meu lado desde a minha preparação para chegar até a UFSC, como durante todo esse curso de graduação, durante a escolha do Direito Portuário como minha carreira profissional, como durante a elaboração deste trabalho. Assim como seus pais, Izáira, Júnior, Magda, José. Não obstante, a família Selli Nunes, que adotei como minha família há nove anos, à Fernanda Selli Nunes, minha irmã de alma, que me ajuda todos os dias a ser alguém melhor para eu mesma, que me orienta, apoia, acompanha todos os passos e me respeita. Ao irmão de alma, Gustavo, pelo seu carinho, pelo companheirismo e pelas aventuras. À Marta, por tantos conselhos sábios e por sempre acreditar tanto no meu potencial, mais que eu mesma. Ao Fernando, por tantos aniversários felizes juntos, tantas risadas e cumplicidade. À Nice, por ser uma tia para mim, sempre disposta a muito conversar, direcionar, apoiar.

Ao amor da minha vida, que fez o curso de graduação em Direito comigo, sempre muito curioso em saber o que eu estudo e, muitas vezes, apaixonando-se por temas e revoltando-se com as críticas. Antônio Nojikoski Júnior, seu apoio foi fundamental para eu ingressar nessa universidade, perseverar nela e me formar nela. Obrigada por ter a sensibilidade de me acolher

quando era necessário, de se emocionar e de me cuidar. A nossa parceria me levou a querer ser sempre alguém melhor e ter mais equilíbrio dentro de mim mesma. Gratidão, eu te amo infinito.

Aos meus amigos de Colégio dos Santos Anjos, Posiville, Universidade Federal de Santa Catarina, Aliança Francesa, devo agradecer por inúmeras conversas e muitas trocas positivas. A minha constante mudança foi notada, acompanhada e melhorada por cada um de vocês: Gabriela Faccio, Ana Carolina Souza, Natasha Zemczak, Amanda Colossi, Eduarda Busnardo, Ana Beatriz Lima, Maria Victória Gubert, Daniela Bannak, Eduardo Salles, Bruna Borges, Henrique Silveira.

Um destaque especial merece meus colegas de estágio, pois o quanto aprendi sobre o mundo jurídico e sobre a vida com eles foi como um outro curso de graduação. Muito obrigada Taine Dorigon Rodrigues, Maria Augusta da Silva, Lizeanne Beackhauser, Bruna Soccol, Bruna Rebelatto, Pedro Ivo Rebello, Monick Campos, Marília Pereira Biehler, Gilberto Gomes de Oliveira.

Em especial, ainda, tenho que agradecer a todos os membros do Grupo de Estudo em Arbitragem, que em muito me ajudaram a me tornar uma jurista muito realizada. A melhor parte da minha graduação foram esses dois anos muito intensos de competição, que me renderam amigos incríveis, colegas com quem eu sempre posso contar e muitas histórias memoráveis, seja em Florianópolis, em Porto Alegre ou em São Paulo. Meu muito obrigada Filipe, Vinicius, Bruno, Vanessa, Bruno, Rodrigo, Carlos e Gustavo por esses anos incríveis. Guardo vocês no coração e em muito cada um de vocês colaborou na minha pesquisa até chegar nesse trabalho.

Não posso me esquecer dos mestres que passaram pela minha vida e me despertaram admiração, a professora de francês Gabriela Vaz, aos meus professores de inglês no Canadá, ao meus mestres UFSC, professor Pilatti, professor Ubaldo César Balthazar, professora Carolina Medeiros Bahia, professora Vera Regina Pereira de Andrade, professor Rogério Portanova, professor Orlando da Silva Neto, professor Guilherme Reining, professor Cláudio Ladeira, professora Aline de Moura Beltrame. Obrigada também aos profissionais que me abriram os horizontes do Direito Português, Polyana Trevisan e Henry Rosseutscher.

Meu especial obrigada ao meu orientador, professor Arno Dal Ri Júnior, que encantou os olhos de muitos calouros em 2013 com o *Ius Gentium*. E, desde então, sabia eu que queria tê-lo por perto e como mentor. Seus conselhos, professor, serão levados comigo pela vida inteira.

“La mer est tout ! Elle couvre les sept dixièmes du globe terrestre. Son souffle est pur et sain. C'est l'immense désert où l'homme n'est jamais seul, car il sent frémir la vie à ses côtés. La mer n'est que le véhicule d'une surnaturelle et prodigieuse existence ; elle n'est que mouvement et amour ; c'est l'infini vivant, comme l'a dit un de vos poètes”

Júlio Verne, Vinte mil léguas submarinas

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar que a arbitragem portuária é factível e uma forma de reduzir a assimetria regulatória entre portos públicos e privados. Examinam-se os entraves no setor portuário, bem como os óbices ainda encontrados à arbitragem que toma como parte a administração pública e as diferenças existentes nos portos públicos e terminais privados, que inviabiliza uma concorrência justa entre eles. A pesquisa compreende uma teorização sobre o direito portuário, sobre os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, com destaque para a arbitragem. Para demonstrar as vantagens da arbitragem portuária, analisam-se procedimentos administrativos na área portuária, além dos aspectos jurídicos que envolvem os contratos de concessão de serviço público, bem como as normativas acerca do assunto. Uma vez firmado esse substrato teórico, enfrentam-se os óbices colocados à administração pública figurar como parte em um procedimento arbitral. A pesquisa conclui que a arbitragem portuária pode ser empregada como meio de resolução de controvérsias nos contratos que envolvem o setor portuário, celebrados pela Administração Pública e que os óbices sustentados por parte minoritária da doutrina não se sustentam e, ainda, que a arbitragem portuária pode trazer vantagens ao setor, diminuindo a assimetria regulatória existente entre portos públicos e portos privados.

Palavras-chave: Direito Portuário; Arbitragem Portuária; Arbitragem e Administração Pública; Contratos administrativos; Assimetria regulatória; Portos.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate that port arbitration is a possible way to reduce the regulatory asymmetry between public and private ports. It examines the obstacles within port sector, as well as the obstacles still found to the arbitration that takes as part the public administration and the differences that exist in public ports and private terminals, which prevent a fair competition between them. The research comprises a theorizing about port law, about alternative dispute resolutions, with emphasis on arbitration. To demonstrate the advantages of port arbitration, administrative procedures are analysed in the port area, in addition to the legal aspects that involve concession contracts, as well as regulations on the subject. Once established this theoretical substrate, the obstacles placed about public administration as a part of arbitration are faced. The research concludes that port arbitration can be used as a way to resolve disputes in contracts that involve the port sector, celebrated by the Public Administration, and that the obstacles sustained by a minority of the doctrine are not supported, and also that port arbitration can bring advantages to the sector, reducing the regulatory asymmetry between public ports and private ports.

Keywords: Port Law; Port Arbitration; Arbitration and Public Administration; Administrative contracts; Regulatory asymmetry; Ports.

RESUMÉ

Ce travail vise à démontrer que l'arbitrage portuaire constitue un moyen possible de réduire l'asymétrie réglementaire entre les ports publics et privés. Il analyse les obstacles propres au secteur portuaire, ainsi que les obstacles liés à l'arbitrage de l'administration publique et des différences existantes entre les ports publics et les terminaux privés, qui paralyse la juste concurrence entre eux. La recherche s'articule autour d'une réflexion théorique sur le droit portuaire et sur les modes extrajudiciaires de résolution de conflit, en particulier l'arbitrage. Pour démontrer les avantages de l'arbitrage portuaire, les procédures administratives du secteur portuaire sont analysées, ainsi que les aspects juridiques qui engagent les contrats de concession de service public, tout comme les normes relatives à ce sujet. Une fois ce substrat théorique établi, le travail aborde les obstacles dont l'administration publique fait face dans le contexte d'une procédure d'arbitrage. La recherche permet d'affirmer que l'arbitrage portuaire peut être employée comme mode de résolution des différends contrats qui engagent le secteur portuaire, signés par l'administration publique, et que les obstacles pris en charge par une partie minoritaire de la doctrine n'y résistent pas. L'arbitrage portuaire peut alors apporter de nombreux avantages à ce secteur d'activité, notamment en diminuant l'asymétrie réglementaire entre ports publics et privés.

Mots-clés : Droit portuaire ; Arbitrage portuaire ; Arbitrage et administration publique ; Contrats administratifs ; Asymétrie réglementaire ; Ports.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADRs – Alternative Dispute Resolutions

AMCHAM – Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio no Brasil

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ATP – Adicional de Tarifa Portuária

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil

CAM-BOVESPA – Câmara de Arbitragem do Mercado

CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CAMCIESP/FIESP – Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo -
CIESP/FIESP

CAM-FGV – Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas

CAMRJ - Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro

CAP – Conselho de Autoridade Portuária

CCI – Câmara de Comércio Internacional

CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo

CVRD – Companhia Vale do Rio Doce

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

ETC – Estações de transbordo de Carga

FPN – Fundo Portuário Nacional

IP4 – Instalações portuárias públicas de pequeno porte

Mercosul – Mercado Comum do Sul

MMC – taxa de movimentação mínima

MTPA – Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

MVOP – Ministério da Viação e Obras Públicas

OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra

PAC – Processo Administrativo Contencioso

PNGC – Plano Nacional de Gerenciamento

PORTOBRÁS – Empresa de Portos do Brasil S.A.

PORTONAVE – Terminais Portuários de Navegantes

SCTM – Conselho Superior de Trabalho Marítimo

SEP – Secretaria Especial dos Portos

Sine-Porto – Sistema Nacional de Emprego Portuário

SNP – Secretaria Nacional de Portos

SUAPE – Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros Ipojuca

TMP – Taxa de Melhoramento dos Portos

TUP – Terminais de Uso Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO PORTUÁRIO	16
1.1 Direito Portuário como ramo autônomo do Direito	18
1.1.1 Conceito Operacional do Direito Portuário.....	19
1.2 A diferenciação entre o Direito Portuário e o Direito Marítimo.....	20
1.3 O histórico do Direito Portuário Brasileiro.....	21
1.3.1 A criação de uma lei nuclear	28
1.3.2 A Nova Lei dos Portos	32
1.4 Questões latentes no direito portuário brasileiro na alvorada do século XXI	36
2. ARBITRAGEM E DIREITO PORTUÁRIO.....	42
2.1 O Brasil e a falta de tradição em arbitragem	44
2.2 Os ADRs (Alternative dispute resolutions)	46
2.3.1 Serviço portuário como serviço público.....	49
2.3.2 Sistema de outorgas no regime portuário: concessão, arrendamento e autorização	52
2.4.3 As assimetrias regulatórias na concorrência entre portos públicos e privados.....	57
2.4.4 O processo n. 5006865-09.2017.1.04.0000 frente à Justiça Federal e o Procedimento Administrativo Contencioso nº. 50303.001469/2008-95.....	60
3. ARBITRAGEM PORTUÁRIA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	70
3.1 Os pressupostos à pactuação de arbitragem.....	71
3.1.1 Os direitos passíveis de serem submetidos à arbitragem	72
3.2 A arbitragem nos contratos administrativos	74
3.2.1 A indisponibilidade do interesse público	75
3.2.2 Autorização Legal.....	80
3.2.3 Controvérsias na arbitragem com a Administração Pública	82
3.2.3.1 A proibição de foro estrangeiro	82
3.2.3.2 Previsão de arbitragem no contrato de licitação e licitação para escolha de câmara.....	84
3.2.3.3 Publicidade das decisões arbitrais que envolvam a administração pública	85
3.2.3.4 O acesso à justiça.....	86
3.2.4 A impossibilidade da arbitragem por equidade.....	87

3.3 A arbitragem nos contratos administrativos de prestação de serviço público.....	89
3.3.1 O Decreto 8.465/2015 e 9.048/2017.....	91
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	101

INTRODUÇÃO

A arbitragem portuária ainda não é muito utilizada no Brasil, por falta de tradição e confiança aos meios extrajudiciais de resolução de conflito, por entraves postos por doutrinadores e autoridades administrativas que se valem da indisponibilidade do direito público para afastar aquela jurisdição. No entanto, dada a dinâmica e ritmo das relações que envolvem o setor, procura-se um recurso mais célere, técnico, eficiente e com maior segurança jurídica, para que a complexidade da logística portuária e do direito portuário acompanhe as mudanças que vêm sendo percebidas na dinâmica internacional.

O direito portuário contém características inerentes à via arbitral, que seja sua complexidade, na medida em que envolve direito público, direito privado e direito comercial internacional; a celeridade demandada, pois os litígios do setor envolvem milhões de dólares ou reais em taxas, tarifas, estadia de contêineres, de forma que impera uma decisão rápida; e mais que celeridade, o setor vislumbra segurança jurídica, que nos processos administrativos não são conferidas, seja com a demora, com a mudança dos posicionamentos, ou pela mudança de órgãos, da ANTAQ para o Ministério dos Transportes, para as superintendências dos portos; e a tecnicidade, pois os assuntos que envolvem o porto demandam julgadores que entendem da área, técnicos em logística portuária, navegação e seguro marítimo. Diante disso, a via administrativa e a via judicial já não se mostram como a melhor opção, dada a morosidade, a insegurança e a falta de tecnicidade dos juízes e autoridades administrativas sobre o direito portuário e sua complexidade.

A maior vantagem conferida pela arbitragem ao setor portuário seria a redução da assimetria regulatória existente entre portos públicos e privados, pois devido à quantidade de regulação que aquele tem de respeitar em detrimento deste, opera-se no cenário portuário brasileiro um domínio privado sobre os portos, que inviabiliza a concorrência entre eles. Os terminais de uso privado, porque não envolvem a administração pública podem optar por quaisquer meios de resolução de litígios, enquanto que os portos públicos se veem amarrados a anos de discussão por via administrativa e judicial, seja para conseguir uma dragagem emergencial, uma taxa de movimentação ou o reequilíbrio contratual. Em consequência, os portos privados que competem com os públicos alcançam destaque no cenário nacional e internacional, e os públicos ficam muito a desejar, sofrendo amarras das superintendências e autoridades

portuárias. No entanto, se tais discussões fossem via procedimento arbitral, muita agilidade se conferiria às transações comerciais, às necessidades logísticas e jurídicas do setor, aproximando os portos públicos da competitividade com os portos privados.

A arbitragem portuária, apesar de oferecer essas vantagens ao setor portuário, ainda é pouco utilizada no Brasil, principalmente em decorrência das discussões a respeito de a administração pública poder figurar como parte em um procedimento arbitral. Sobre isso, uma parte minoritária da doutrina ainda reluta a perspectiva consolidada internacionalmente de que, apesar da indisponibilidade do interesse público, quando o Estado assume a posição de contratante, há direitos disponíveis e patrimoniais envolvidos que podem ser submetidos à arbitragem. Ademais, recorrer à arbitragem diz respeito a satisfazer o interesse público, que demanda celeridade nas decisões, optando por um meio mais eficiente para o resguardar. A questão que vem diante dessa conjuntura é: seria a arbitragem portuária factível para proporcionar a concorrência entre terminais públicos e privados?

Antes de tentar responder tal questionamento, é necessário compreender que a arbitragem portuária já acontece no país e no mundo, assim como demais arbitragens envolvendo a administração pública. Principalmente porque não há disposição legal que proíba a submissão desta à arbitragem, mas, pelo contrário, inúmeros são os dispositivos autorizando via amigável de solução de litígios. Os paradigmas existentes sobre o tema ainda perfazem os mesmos julgamentos desde a publicação da Lei de Arbitragem em 1996, e apesar de vencidos os argumentos, ainda se discute e se percebe um número ínfimo de arbitragens envolvendo a administração pública no Brasil, se comparadas às arbitragens entre particulares. Frente a isso, o objetivo deste trabalho é de demonstrar a possibilidade da arbitragem portuária e sua principal vantagem: reduzir a assimetria regulatória entres portos públicos e terminais de uso privado.

Este trabalho está dividido em três capítulos. Na primeira parte, será demonstrada a importância do direito portuário, sua caracterização como ramo autônomo do direito e os principais entraves enfrentados. Para tanto, será caracterizado o direito portuário, seu âmbito de incidência, todo o arcabouço histórico da legislação até os dias atuais. Por fim, será demonstrada a assimetria entre portos públicos e terminais privados e as vantagens e da arbitragem portuária, principalmente como uma alternativa a reduzir os entraves no setor portuário.

No segundo capítulo, a abordagem recai sobre a arbitragem portuária, perpassando todos os meios extrajudiciais de resolução de litígio, com destaque para a arbitragem. Será demonstrada

a falta de tradição em arbitragem no Brasil e a desvantagem do ajuizamento de ações no âmbito portuário. Para tal, irá se analisar um contencioso administrativo e um processo judicial frente à Justiça Federal, que tem como objeto a discussão de um contrato de arrendamento portuário do porto de Itajaí/SC. Como o processo demanda conhecimentos sobre contratos de prestação de serviço público, este capítulo explanará o conceito de serviço público, as formas de delegação e as modalidades contratuais, até o contrato de arrendamento objeto do caso analisado.

Por fim, o trabalho irá analisar os óbices doutrinários à arbitragem com a Administração Pública e, para tal, explanará os pressupostos necessários à instauração da arbitragem, bem como os direitos passíveis de arbitragem. Superados os paradigmas que envolvem o tema, o capítulo falará sobre as recentes autorizações legislativas da arbitragem portuária, a fim de demonstrar que a arbitragem portuária é factível.

Para a realização desta pesquisa, utilizou-se o método científico indutivo, que tem por fundamento a reunião de conclusões gerais a partir da averiguação de casos específicos. Outrossim, utilizou-se bibliografia de artigos científicos os quais vislumbravam o assunto, além de doutrinas gerais – como manuais de direito administrativo, de arbitragem, de direito portuário e de direito marítimo – que tratavam de questões pontuais. Boa parte dos textos são em português, com a utilização de bibliografia estrangeira em pontos gerais da pesquisa, em inglês, em francês e em espanhol. Além disso, foram utilizadas legislações, atos normativos, notícias, resoluções e um processo judicial na íntegra.

Ressalta-se que estrutura do trabalho foi submetida às normas atualizadas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), excetuando-se que foi utilizado o modelo numérico em conjunto para citações e as notas explicativas, apresentadas nas notas de rodapé. Todas as traduções presentes neste trabalho foram feitas pela autora, que garante se responsabilizar por eventuais erros.

1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO PORTUÁRIO

Os portos ocuparam um papel importante na economia dos países, pois é por meio deles que ocorrem atracação de embarcações e navios, possibilitando a circulação de pessoas e mercadorias, as quais promovem desenvolvimento e fluxo de riquezas. Grande parte das cidades foi construída em volta de uma região portuária, ou então, desenvolveu-se juntamente com a instalação de um porto. Fica evidente a importância dos portos para o desenvolvimento das nações, até mesmo porque mais de 90% da movimentação de cargas internacionais se dá pelo mar e passam por regiões portuárias¹:

A relevância dos portos marítimos na eficiência do funcionamento de uma economia não pode ser subestimada, uma vez que todas as mercadorias e passageiros transportados pelo mar que requerem o uso de, pelo menos, dois portos. Na maior parte dos países, o comércio internacional (exportação/importação), e em alguns casos também o comércio doméstico em larga escala, é feito através do transporte marítimo. Para os embarques de longa distância, não há outra alternativa de meio de transporte senão através de navios, com exceção de transporte de alto valor e cargas de pequeno volume, para os quais o transporte aéreo oferece a velocidade como vantagem².

A eficiência dos sistemas de transporte, com ênfase no portuário, auxilia no maior grau de competição no mercado, o que garante uma economia de escala na produção e na redução do preço final das mercadorias. Nesse sentido está a importância também da regulação da atividade portuária, que gera impactos diretos na competitividade internacional do Brasil e no estímulo ao desenvolvimento do mercado interno brasileiro e do Mercosul. Os portos são elementos estratégicos para aumentar a competitividade internacional dos produtos nacionais, enfaticamente em relação à abertura da economia para os produtos e o capital estrangeiro³. O setor portuário é importante para a coletividade, portanto, o desenvolvimento de um país no comércio internacional⁴, a partir de uma boa estrutura portuária, traz reflexos na economia e no produto final adquirido pelas pessoas.

¹ RAMOS, Gerson et al. **Cartilha De Direito Portuário**. p. 7.

² Do original: "The relevance of seaports in the efficient working of an economy cannot be understated since all goods and passengers transported by sea require the use of, at least, two ports. In the majority of countries, most international trade (export/import), and in some cases large charges of domestic trade, is done through maritime transport. For long-haul shipments, there are no alternative transport modes to ships, with the exception of high-value and small volume cargoes, for which air transport offers speed as its advantage". TRUJILLO, Lourdes; NOMBELA, Gustavo. **Privatization and regulation of the seaport industry**. World Bank Publications, 1999. p. 4.

³ CASTRO, Newton de. **Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: v. 34, n. 5, Set./Out. 2000. p. 4.

⁴ Nesse sentido dispõe LAXE: "Esta descripción de la apuesta de los transportistas globales se traduce reforzar los procesos de integración económica y constituir unas nuevas relaciones comerciales entre grandes y pequeños países desarrollados (por ejemplo, USA, Canadá, Unión Europea y Corea del Sur, Taiwan, Nueva Zelanda), y entre ciertas

As questões que circundam as atividades portuárias, em termos jurídicos, são muito complexas, eis que porto é um centro de comunicação entre países, envolvendo, assim, questões de direito público e de direito privado:

A evolução dos mercados, dos serviços e das tecnologias requer uma transformação progressiva dos portos. Em uma economia globalizada, muitas empresas procuram pelo mundo insumos por um custo mínimo, o que instigou a concorrência de cada insumo e do produto final e levou os portos a integrar os sistemas de produção e distribuição. A infraestrutura física dos portos deve assegurar o acesso rápido ao transporte marítimo e terrestre, como também facilitar a recepção, despacho e manuseio da carga a um custo razoável. É preciso, também, que o marco regulatório dos portos promova a utilização eficaz em função dos custos das instalações e do maquinário, promova a adoção de decisões por parte dos envolvidos e que se permita às partes interessadas na atividade portuária os investimentos futuros no setor⁵.

Devido à essa complexidade, houve, desde o Brasil Colônia, uma forte preocupação em disciplinar as relações jurídicas que envolvem o porto. Veio a emergir, assim, legislações específicas voltadas ao setor portuário, assumindo o porto uma posição de prioridade legislativa. Com isso, surgiu um ramo autônomo do Direito, o direito que disciplina as relações que advêm do porto: o direito portuário.

Neste capítulo, será conceituado o direito portuário, demonstrado ele como um ramo autônomo do direito, diferenciando-o do direito marítimo, além do arcabouço legislativo brasileiro frente ao tema e seus entraves na alvorada do século XXI, diante da complexidade desse ramo do Direito. Dentro desses assuntos, será destacada a assimetria regulatória entre portos públicos e privados e, aponta-se, como alternativa para a reduzir, a arbitragem portuária, que, apesar de existir expressa previsão legal dessa possibilidade, ainda não é utilizada. Pretende-se demonstrar que o direito portuário, apesar de direito público, é passível da arbitragem, bem como essa é a opção mais vantajosa para o setor portuário, pois é dotada de celeridade e tecnicidade, em contramão à morosidade dos contenciosos administrativos e processos judiciais, garantindo, assim, mais segurança jurídica às relações da área.

«islas de fuerte industrialización» (como Hong-Kong, Shanghai, Djarta, Dombay), tal y como apunta Pierre Veltz (9)”. LAXE, Fernando González. Puertos y transporte marítimo: ejes de una nueva articulación global. **Revista de Economía Mundial**, v. 12, 2005. p. 14.

⁵ Do original: “La evolución de los mercados, los servicios y las tecnologías obligan a una transformación progresiva de los puertos. En una economía globalizada, muchas empresas recorren el mundo en busca de insumos de costo mínimo, lo que ha hecho necesario integrar los puertos en los sistemas de manufactura y distribución. La infraestructura física de los puertos debe asegurar no sólo el acceso expedito de los medios de transporte marítimo y terrestre, sino también facilitar la recepción, despacho y manipulación de la carga a un costo razonable. Es preciso, también, que en el marco reglamentario de los puertos se promueva la utilización eficaz en función de los costos de las instalaciones y de la maquinaria, se promueva la adopción de decisiones por parte del personal en sus distintos niveles y se permita a las partes interesadas en la actividad portuaria planificar las inversiones futuras” PAVÓN, Bernardo Sánchez; Universidade Da Coruña Instituto Universitario De Estudios Marítimos. **El futuro de las relaciones puerto-ciudad**. Netbiblo, 2003. p. 3.

1.1 Direito Portuário como ramo autônomo do Direito

Factualmente o Direito Portuário ocupou e continua ocupando um papel importante para a colocação de um país no comércio internacional, bem como a respeito das estratégias nas relações internacionais. Isso se dá, sobretudo, porque o transporte aquaviário é um dos meios com melhores vantagens para os que o empregam⁶.

O Direito Portuário é considerado um ramo autônomo do direito público, independente do Direito Marítimo, Direito do Mar, Direito da Navegação e Direito Aduaneiro, mesmo que interligados a estes. Isso porque, para que uma determinada matéria seja considerada um ramo autônomo do direito, faz-se necessário o preenchimento de determinadas exigências⁷: a) possuir uma unidade epistemológica; b) possuir uma lei nuclear; c) relação com outras unidades do direito e d) relação com as fontes do direito. E o Direito Portuário preenche esses requisitos. Quanto ao item “a”, o direito portuário possui uma unidade epistemológica porque possui um assunto jurídico de fácil caracterização, ao qual o Direito Portuário se dedica: o porto. Nele compreendido a exploração dos portos, as operações portuárias, gestão da mão de obra de trabalho portuário avulso, trabalho portuário e a administração do porto organizado. Quanto ao item “b”, o Direito Portuário possui uma lei nuclear: a Nova Lei dos Portos, Lei n. 12.815/2013. No que diz respeito ao item “c”, o direito portuário possui relação com diversas áreas do Direito, conforme já mencionado. Há relação do Direito Portuário com o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Comercial, Direito Marítimo, Direito Econômico, Direito regulatório, Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito Internacional, Direito Ambiental, Direito Sanitário, Direito Aduaneiro e Direito Comunitário⁸.

Para melhor demonstrar essas relações, Cesar Luiz Pasold traz alguns exemplos: com o Direito Constitucional, o artigo 21 da Constituição Federal traz, como competência da União, a exploração dos serviços de transporte aquaviário, bem como dos portos marítimos, fluviais e lacustres⁹. Com o Direito Administrativo, fica clara a relação com o Direito Portuário acerca da

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Conceito Editorial, 2007. p.21-22.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁹ *In verbis*: “Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres”. BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

concessão, autorização e permissão. Com o direito do consumidor, tem-se que os usuários dos serviços portuários se enquadram como consumidores, recaindo sobre os litígios envolvendo os usuários e o porto a aplicação da legislação consumerista. O quarto requisito diz respeito à relação com as fontes do direito. São elas: a lei, uma norma jurídica consuetudinária, uma norma jurídica jurisdicional e uma norma jurídica negocial¹⁰. O Direito Portuário advém das leis aprovadas no Congresso Nacional, bem como de decretos, portarias, resoluções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além dos Conselhos de Autoridade Portuária, preenchendo, portanto, o último requisito¹¹.

Dessa forma, o direito portuário se apresenta como direito autônomo, merecendo relevância doutrinária, estudos acadêmicos e jurisprudência sobre a área. Diante da escassez mundial de material sobre a conjuntura que envolve o tema, separando-o dos ramos aos quais o Direito portuário é conectado, demonstra-se a importância deste trabalho, na tentativa de trazer uma conjuntura que traga os aspectos principais do tema. E, nessa perspectiva, apresenta-se um conceito sobre o que é o Direito Portuário.

1.1.1 Conceito Operacional do Direito Portuário

A construção do Direito Portuário como ramo autônomo do Direito, conforme se demonstrou no tópico anterior, deu-se a partir do seu conceito operacional¹², que é caracterizá-lo como:

O ramo do Direito que tem por objeto o disciplinamento da exploração de portos, das operações portuárias e dos operadores portuários, da gestão de mão de obra de trabalho portuário avulso, do trabalho portuário e da administração do porto organizado, do Conselho de Autoridade Portuária e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários¹³

Diante disso, o Direito Portuário é um ramo autônomo do direito¹⁴, uma vez que possui princípios e disciplinas próprias, um objeto de estudo determinável (o porto e suas relações

¹⁰ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994. p.17.

¹¹ PASOLD, Cesar Luiz, *op. cit.*, p. 34.

¹² Nas palavras de Cesar Luiz Pasold: “Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: Conceito Editorial. Millennium Editora, 2008. p. 37 a 52.

¹³ ROCHA, Nara Rejane Moraes da et al. *Responsabilidade civil do operador portuário*. 2013. p. 11.

¹⁴ DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 14.

jurídicas) e possui uma legislação básica (Lei n. 12.815/2013), independentes dos demais ramos com os quais se relaciona diretamente, que sejam o Direito Marítimo e o Aduaneiro. Existe, portanto, um ramo para disciplinar o próprio porto e as relações jurídicas advindas deste, pois o direito portuário é um ramo do direito indispensável ao desenvolvimento econômico do país, eis que “os portos foram e prosseguirão sendo fatores poderosamente estratégicos para a inserção econômica dos países na dinâmica internacional”¹⁵.

1.2 A diferenciação entre o Direito Portuário e o Direito Marítimo

É importante delimitar de forma precisa a separação entre o direito marítimo e direito portuário, pois, enquanto o direito portuário tem por objeto o disciplinamento da exploração dos portos, o direito marítimo disciplina o conjunto de relações jurídicas decorrentes do mar, ou seja, o comércio marítimo e a navegação pelo mar¹⁶. O Direito marítimo está relacionado com o direito portuário no tocante ao proprietário da embarcação, aos armadores, aos agentes marítimos e ao prático¹⁷. É ele:

O ramo do direito que tem como objeto o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação que se faz sobre o mar: o Direito Marítimo, conceito esse limitado, por entendermos que é mais amplo, porque inclui, “o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação aquaviária, englobando-se os transportes marítimos, fluviais e lacustres. Assim, o Direito Marítimo abrange o conjunto de normas que regulam a navegação, o comércio marítimo, os contratos de transportes de mercadorias, e pessoas, por via marítima, fluvial e lacustre, os direitos, deveres e obrigações do armador, dos capitães e demais interessados nos serviços de navegação privada, bem como a situação dos navios a seu serviço¹⁸.

Portanto, o direito marítimo é aquele que disciplina as relações jurídicas que se dão em torno do navio¹⁹, diz respeito, assim, às relações jurídicas que se dão por meio dos contratos de

¹⁵ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Direito Portuário e a Nova Regulação**. Revista CEJ, v. 20, n. 68, 2016. p. 38.

¹⁶ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo, volume I: teoria geral**. 4a edição. Barueri: Manole, 2013. p. 8.

¹⁷ RAMONIGA, Miriam. **As bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf>. Acesso em 17.mar.2018, p. 9.

¹⁸ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **O diálogo entre as fontes no direito marítimo: código civil e código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/osvaldo_agripino_junior.pdf>. Acesso em 17.mar. 2018. p. 4.

¹⁹ Navio, para os fins destes trabalhos, é entendido como embarcação, nos termos do art. 2º, inciso V da Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e

transportes e de afretamento de embarcações, assim como hipoteca naval, registro de embarcação, entre outros²⁰. Além disso, a legislação que disciplina o Direito Marítimo é o Código Comercial²¹, não sendo a mesma que disciplina o direito portuário, que possui legislação própria, como exposto nos tópicos anteriores. Além disso, os litígios que envolvem direito marítimo são submetidos a um Tribunal especializado, o Tribunal Marítimo²², enquanto àqueles que são submetidos à arbitragem, é possível recorrer a uma câmara arbitral específica para conflitos que envolvem o direito marítimo: a Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ)²³.

Portanto, o direito marítimo, assim como o direito portuário, é um ramo autônomo do direito. Ambos possuem legislação própria, relacionam-se com outros ramos do direito e possuem um objeto específico, porém não se confundem. Enquanto o direito marítimo disciplina as relações que envolvem o navio, o direito portuário disciplina as relações que envolvem o porto.

1.3 O histórico do Direito Portuário Brasileiro

Uma vez superada a conceituação desse ramo específico do Direito, cabe trazer a conjuntura histórica em que ele surgiu, até a atualidade.

Sobre isso, sabe-se que o Direito Portuário é um ramo antigo do direito, sendo as instalações portuárias objeto legislativo desde o Código de Hamurabi²⁴, e, no Brasil, vem se

dá outras providências (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA): "V - Embarcação - qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeitas à inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas".

²⁰ COLLYER, Wesley O. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. *Journal of Transport Literature*, v. 7, n. 1, p. 194-201, 2013. p. 196.

²¹ BRASIL. **Lei no. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²² *Idem*. **Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2180.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²³ "A Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro – CAMRJ foi fundada em março de 2013, com o intuito de proporcionar não somente ao Brasil, mas a toda América Latina, uma Instituição capaz de oferecer soluções eficazes aos litígios correspondentes ao transporte multimodal (marítimo, ferroviário, rodoviário e aéreo), às atividades portuárias e atividades marítimas em geral. A CAMRJ dispõe de um mecanismo de solução de controvérsias altamente eficiente e uma lista de árbitros profissionais com experiência e competência, desde as áreas empresariais mais comuns até conflitos extremamente complexos. Em parceria com a prestigiada "Chambre Arbitrale Maritime de Paris – CAMP", a CAMRJ possui competência técnico-jurídica para dirimir litígios de forma célere, eficiente e a custos reduzidos". CAMPRJ. **Apresentação**. Disponível em <<http://camrj.org/home>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁴ Sobre as origens do Direito Portuário consultar: HIERREZUELO CONDE, Guillermo. Reseña de "El Derecho portuario en la Historia (De los orígenes a la codificación)". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. XXXIII, 2011. p. 2.

estabelecendo desde os anos 60. Ele foi, durante muitos anos, atividade puramente estatal²⁵, diferentemente da realidade atual. Até chegar ao panorama de uma combinação público-privada tal como é hoje, foi um longo caminho de edições de decretos e leis, a fim de regular e desenvolver o setor²⁶.

Tem-se que o ponto de início desse histórico legislativo se deu ainda no período colonial, porém, muito antes da vinda da família real do Brasil, os portos já ganhavam relevância. Isso até porque a Coroa Portuguesa descobriu essas terras via transporte marítimo, até Porto Seguro, na Bahia, onde desceram no território brasileiro em 21 de abril de 1500. Assim descreve Celso Martins Pimentel:

Durante os três séculos seguintes ao descobrimento do Brasil, o território era utilizado somente para sustentar a Coroa Portuguesa com materiais como o Pau-Brasil, assim como ouro, diamantes, algodão, café e cacau. Os produtos importados vinham unicamente do Reino de Portugal não havia comércio internacional entre o Brasil e os demais países. A economia era concentrada no Norte, especificamente em Salvador – Bahia. Essa região foi alvo de tentativas de conquista alemã e francesa, porém fracassadas, dado o contra-ataque de Portugal. A economia brasileira, então foi deixada às companhias do Maranhão, Pernambuco e Pará. O comércio se dava somente com embarcações portuguesas e somente na metade do século XVII foram permitidas embarcações inglesas nas frotas portuguesas, mesmo durante a corrida do ouro em Minas Gerais. A descoberta do ouro em Minas levou o peso da economia para o sul e o porto do Rio de Janeiro passou a ser o principal eixo de comércio. No entanto, durante esse período não houveram investimentos nos portos. A abertura dos Portos brasileiros para todas as embarcações se deu em função das Guerras Napoleônicas. Na verdade, a longa associação em Portugal e Inglaterra, reforçada pelo Tratado de Methuen em 1703, colocou a família real portuguesa em um dilema. Eles tinham que recusar a entrada de embarcações inglesas nos portos portugueses, enquanto que Portugal estava endividada com a Inglaterra. A ameaça de uma possível invasão francesa resultou na vinda da Família real ao Brasil, no ano de 1808²⁷.

²⁵ STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. São Paulo: LTR, 2002. p. 64

²⁶ Autores como Cesar Luiz Pasold, Gisele Duro Zanini, Rafael Muniz E Rhamice Ibrahi Ali Ahmad Abdallah e Rudson Marcos, consideram que o período anterior a Lei n. 8.630/93 foi de um conjunto legislativo “obsoleto e prejudicial aos interesses do país, principalmente pelo advento da globalização e, assim, uma nova realidade do comércio internacional”. PASOLD, Cesar Luiz et al. A Teoria Tridimensional do Direito como ferramenta aplicada à percepção jurídica da Lei Nacional dos Portos (n. 8.630, de 25.02.1993). In: DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz, *op. cit.*, p. 189.

²⁷ Do original: “The recorded history of Brazilian ports starts at the time of the discovery of the country by the Portuguese, on 21 April 1500, when the first vessels arrived at a place they called Porto Seguro (Safe Port), today a minor port in the State of Bahia. During the three centuries of colonial rule, Brazilian ports were used solely to supply Portugal with raw materials such as red dyewood (pau-brasil, which gave its name to the country), cotton, tobacco, sugar, coffee and cocoa. During the eighteenth century, the valuable commodities of gold and diamonds were also exported. Imports came exclusively from Portugal and provided the colonists with manufactured goods, cloths, furniture, wine, olive oil, salted fish, and the like. 5. Economic activity was concentrated in the north of the country, roughly around the present State of Bahia, having its centre at the present port of Salvador. Other European powers, notably the Dutch and the French, invaded this region but were defeated by the colonists. Brazil’s economic development was then left to major trading companies (Maranhão, Pernambuco and Para), which enjoyed trade monopolies in large areas further north. 6. Trade was undertaken only in Portuguese vessels and, from the mid-

Então foi editado o primeiro dos documentos sobre Direito Portuário, a Carta Régia de D. João VI de 28 de janeiro de 1808, considerada como o marco inaugural da história do direito portuário brasileiro. O seu objetivo era desenvolver a relação comercial do Brasil com a Inglaterra, país que protegia a Coroa Portuguesa de Napoleão Bonaparte, permitindo “a exportação de todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, à exceção do Pau Brasil ou outros notoriamente estancados”. Ainda nesse período, mais especificamente no ano de 1815, houve uma elevação do trânsito de cargas²⁸, com a elevação do Brasil à “Reino Unido de Portugal”, o que atraiu muitos imigrantes²⁹.

Em 1846, já no Brasil Imperial, o industrial Visconde de Mauá montou a Companhia de Estabelecimento da Ponta da Areia, no porto de Niterói, local de partida de navios para a cabotagem no litoral do Brasil e com destino ao Atlântico Sul, à América do Norte e Europa³⁰. Isso se deu em função do desenvolvimento da economia cafeeira, possibilitando a abertura aos entes privados por meio da concessão dos espaços portuários³¹. Posteriormente, em 1.860, foi editado um decreto que tinha como objetivo a regulação da atividade portuária, pois esta não era

seventeenth century, the British were first allowed to introduce some vessels into the Portuguese fleets and were then given preference.¹ The system was maintained, even at the time of the gold rush of the mid- eighteenth century in the present State of Minas Gerais. This discovery moved the weight of economic activity to the south and focused trade on the port of Rio de Janeiro, the outlet for gold exports. During this period there was no significant investment in port facilities. 7. The opening of Brazilian ports to all vessels was a result of the Napoleonic Wars. In effect, the long-standing commercial association of Portugal with England, reinforced by the Treaty of Methuen in 1703, put the Portuguese royal family in a dilemma. It had to refuse the entry of British vessels into Portuguese ports although the country was heavily indebted to Britain. The threat of an imminent French invasion resulted in the royal family's decision to move to Brazil using the British Navy”. PIMENTEL, Celso Martins. **Evolution of brazilian port legislation**. UN, 1999. p. 9.

²⁸ Essa elevação no número de cargas não era significativa. Na verdade, a demanda era atendida pela rede de pontos e píeres então existentes. Nesse sentido, SOUZA JÚNIOR esclarece: “Devemos considerar que, nesse estágio do desenvolvimento da estrutura administrativa pública brasileira, consolida-se o ambiente portuário como ponto de referência tributária nas operações de embarque e desembarque de mercadorias. Nesse período ainda não se cogita sobre questões relativas à qualidade das operações, custos ou logística portuária, em razão de que as rudimentares estruturas portuárias existentes atendiam às necessidades da época, sem inibir ou prejudicar a competição das mercadorias brasileiras no mercado internacional”. SOUZA JR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45.

²⁹ BESERRA, Benjamin Galotti. **Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. Brasília: Gráfica Alpha, 2005. v.1. p. 42 a 44.

³⁰ OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. **A Nova Lei dos Portos: Uma Busca por Capacidade e Eficiência no Comércio Exterior Brasileiro**. X Congresso de Iniciação Científica do Ifrn, Currais Novos, p.2223-2232, jul. 2013. p. 2225.

³¹ Explica LIMA: “Nesse período, a concessão de portos mostrava-se muito semelhante à concessão de obra pública. As regras financeiras eram simples: como forma de compensação pelos recursos investidos, os concessionários podiam explorar os serviços de docas e armazenagem, por prazo não superior a 90 (noventa) anos. Havia uma prévia aprovação, pelo governo, do capital da concessionária, ou seja, sendo este reconhecido pelo governo, não poderia aumentar ou diminuir, e ficaria a empresa concessionária obrigada a constituir um fundo de amortização, após 10 (dez) anos da conclusão da obra”. LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 11.

eficiente, cumpria apenas um papel fiscalizador. Então, o decreto veio para determinar que fosse executado o Regulamento das Alfândegas e Mesas de Renda, “que inclui a cobrança do expediente de Capatazia, como retribuição do pessoal e do material empregado”. Nove anos depois, em 13 de outubro de 1869, foi editado outro decreto, o qual tratava especificamente das concessões portuárias: “autoriza o governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias de importação e exportação”³².

É possível perceber que, diante da intensa circulação de mercadorias entre os portos do mundo, foram necessárias mudanças no setor portuário mundial, diante do comércio internacional que vinha se desenvolvendo³³. É que, se os países não adequassem seus portos à nova demanda que vinha sendo exigida, criando uma padronização, bem como normas para utilização das cargas e dos contêineres, iam sofrer as consequências da falta de logística e deixar de auferir lucro advindo deste comércio.

Nesse contexto se deu a criação do Porto de Santos, cuja inauguração foi em 2 de fevereiro de 1892. Com a expansão da cultura do café, por todo o planalto paulista, era necessária a modernização das instalações portuárias. Por isso, o Governo Federal abriu processo licitatório, por concorrência pública e, em 12 de julho de 1888, por meio do Decreto n. 9.979, o grupo liderado por Cândido Gaffrée e Eduardo Guinle foi autorizado a construir e explorar, por 39 anos, depois ampliado para 90 anos, o Porto de Santos, com base em projeto do engenheiro Sabóia e Silva. Com o objetivo de construir o porto, os concessionários constituíram a empresa Gaffrée, Guinle & Cia., com sede no Rio de Janeiro, mais tarde transformada em Empresa de Melhoramentos do Porto de Santos e, em seguida, em Companhia Docas de Santos³⁴.

No período republicano foi editado o Decreto n. 15.693, de 22 de setembro de 1922³⁵, que dispõe sobre o regulamento dos portos organizados, diante da precária infraestrutura dos portos brasileiros. Durante o século XVIII, a atividade portuária era vista apenas sob o aspecto aduaneiro, troca de mercadorias e aferição de rendas, mas após a segunda metade deste século, o

³² BESERRA, Benjamin Galotti, *op. cit.*, p. 44.

³³ MORAES, Isaac Ribeiro. **O desenvolvimento portuário, integração porto-cidade e a proteção do patrimônio histórico cultural: Referência para Santos**. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2007. p. 333.

³⁴ PORTO DE SANTOS. **Resumo histórico**. Disponível em: < <http://www.portodesantos.com.br/historia.php>>. Acesso em 26 mar. 2018.

³⁵ BRASIL. **Decreto nº 15.693, de 22 de novembro de 1922**. Aprova o regulamento de portos organizados. Brasília, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15693-22-setembro-1922-529488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

porto passou a ser visto, também, como um setor de transporte, então a necessidade de aprimorar a movimentação de mercadorias. Resolveu-se, assim, sujeitar os portos ao Ministério da Viação e Obras Públicas (MVOP), com o objetivo de voltar mais capital para capacitar os portos, no que toca, sobretudo, à estrutura de recepção de navios de grande porte. Além disso, surgiu a “Fiscalização do Porto”.³⁶

Em 1934, com o Estado Novo, adveio um governo estatizante e, com isso, apesar de mantida a noção de que o porto era um fator de desenvolvimento econômico, ele ainda era monopólio estatal³⁷. Nesse contexto, foi editado o Decreto n. 24.442, de 22 de junho de 1934, que trouxe os primeiros conceitos operacionais do direito portuário, a categoria de “porto organizado” e “instalações portuárias”. Tais conceitos só foram mudados com a “Lei dos Portos”, a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que revogou, no seu artigo 76, o Decreto n. 24.442³⁸. No mesmo ano foi editado o Decreto n. 24.508, de 29 de junho de 1934, que visava definir os serviços prestados pelos administradores portuários, bem como uniformizar as taxas portuárias no que toca à sua espécie, incidência e denominação. Ainda em 1934 foi editado o Decreto n. 24.599, de 06 de julho de 1934, que versava sobre as Concessões Portuárias³⁹.

Mais tarde, em 1958, foi publicada a Lei n. 3.241, de 10 de julho de 1958⁴⁰, a qual está parcialmente em vigor. Ela versa sobre a prestação de contas dos concessionários portuários, além de instituir o FPN (Fundo Portuário Nacional) e o TMP (Taxa de Melhoramento dos Portos), ambos já derogados por lei posterior.

Enquanto isso, no mundo, ocorre a “marimitização” da economia mundial:

A “maritimização” da economia é contínua após 1945; uma só exceção, a do primeiro choque do petróleo. De 1950 aos dias atuais, a tonelagem mundial aumentou em cinco vezes, a produtividade em dez e o custo real do transporte dividido por três ou quatro.

³⁶ BESERRA, Benjamin Galotti, *op. cit.*, p. 71.

³⁷ OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. *Op. Cit.* p. 2225.

³⁸ *In verbis*: Art. 76. Ficam revogados, também os Decretos n.ºs 24.324, de 1º de junho de 1934, 24.447, de 22 de junho de 1934, 24.508, de 29 de junho de 1934, 24.511, de 29 de junho de 1934, e 24.599, de 6 de julho de 1934; os Decretos -Leis n.ºs 6.460, de 2 de maio de 1944 e 8.439, de 24 de dezembro de 1945; as Leis n.ºs 1.561, de 21 de fevereiro de 1952, 2.162, de 4 de janeiro de 1954, 2.191, de 5 de março de 1954 e 4.127, de 27 de agosto de 1962; os Decretos - Leis n.ºs 3, de 27 de janeiro de 1966, 5, de 4 de abril de 1966 e 83, de 26 de dezembro de 1966; a Lei n.º 5.480, de 10 de agosto de 1968; os incisos VI e VII do art. 1º do Decreto - Lei n.º 1.143, de 30 de dezembro de 1970; as Leis n.ºs 6.222, de 10 de julho de 1975 e 6.914, de 27 de maio de 1981, bem como as demais disposições em contrário”. BRASIL. **Lei n.º 8.630, de 25 de Fevereiro de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017.

³⁹ Sobre isso, BESERRA afirma que as concessões hoje em vigor estão, ainda sobre a vigência deste decreto, tendo em vista que, desde então, não foi editado outra legislação sobre concessões portuárias (princípio da *lex regit actum*). BESERRA, Benjamin Galotti, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 3.421, de 10 de julho de 1958. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3421.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

Como resultado, a tonelagem transportada foi multiplicada por 7,5; que, medido em volume, é ainda mais impressionante: 2.566 milhões de toneladas são transportadas em 1970, 3.780 em 1990 e 6.170 em 2008. Este crescimento exponencial do transporte marítimo é devido à sua especificidade, sendo o único capaz de assegurar o transporte de volumes muito grandes a distâncias muito grandes a um preço muito bom, mas também pelo aparecimento de uma pequena caixa mágica: o contêiner⁴¹.

Houve reação no Brasil, com a edição de várias leis e decretos, para disciplinar principalmente o trabalho portuário, durante o governo Getúlio Vargas. São eles: a) O Decreto-lei n. 2.032, de 23 de fevereiro de 1940, o qual objetivava rever a legislação sobre o serviço de estiva e sua fiscalização nos portos; b) o Decreto-Lei n. 3.346, de 12 de junho de 1941, que deu nova organização às Delegacias de Direito Marítimo; c) Lei n. 1.561, de 21 de fevereiro de 1952, a qual dispôs sobre a profissão de conferente de carga e descarga nos postos organizados; d) o Decreto n. 34.453, de 4 de novembro de 1953, sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo; e) a Lei n. 2.191, de 5 de março de 1954, sobre a exigência de que a carga e descarga, nos portos organizados, seja feita somente por profissionais registrados nas Delegacias de Trabalho Marítimo; f) o Decreto n. 55.230, de 15 de dezembro de 1964, acerca da remuneração de conferentes e consertadores da Marina Mercante; g) o Decreto n. 56.367 de 27 de maio de 1965, sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo h) o Decreto n. 56.414, de 4 de junho de 1965, também sobre novas normas a serem observadas pelas Delegacias do Trabalho Marítimo.

Durante a ditadura militar, tentou-se fomentar o investimento nas instalações portuárias, principalmente devido ao movimento de liberalização ao redor do mundo durante a década de 1960⁴². Nesse contexto, foi publicado o Decreto-lei n.º. 05 de 04 de abril de 1966, o qual dispõe sobre a construção e exploração de terminais portuários sob a condição de utilização exclusiva para uso próprio⁴³.

⁴¹ Do original: “La maritimisation de l’économie mondiale est continue depuis 1945 ; une seule année fait exception, celle du premier choc pétrolier. De 1950 à nos jours le tonnage mondial a été multiplié par cinq, la productivité par dix et le coût réel du transport divisé par trois ou quatre. Conséquence immédiate, le tonnage transporté a été multiplié par 7,5 ; ce qui, mesuré en volume, est encore plus impressionnant : 2 566 millions de tonnes sont transportés en 1970, 3 780 en 1990 et en 6 170 en 2008. Cette croissance exponentielle du transport maritime s’explique bien entendu par sa spécificité, lui seul étant capable d’assurer l’acheminement de très gros volumes sur de très grandes distances à très bon prix, mais aussi par l’apparition d’une petite boîte magique : le conteneur”. COUTANSAIS, Cyrille P. *Transports. Transport maritime: entre globalisation et développement durable*. Études. **Problèmes Economiques**, n. 3017, p. 34, 2011. p. 4.

⁴² Para aprofundar o assunto: CLARK, Ximena; DOLLAR, David; MICCO, Alejandro. **Maritime transport costs and port efficiency**. World Bank, Development Research Group, Macroeconomics and Growth, 2002.

⁴³ FREITAS esclarece: “Justifica-se essa forma de exploração no caso de mercados onde há uma grande concentração, tendo uma empresa capaz de estar presente em toda cadeia produtiva. O terminal privativo seria um estabelecimento ou parte de um estabelecimento de uma empresa industrial ou comercial, sendo utilizado apenas em

Todas essas legislações comportaram novos conceitos ao conjunto legal que disciplinou o direito portuário até o advento de uma lei nuclear, pois, além de especificar as condições do trabalho portuário, elencando normas e novos meios de pagamento⁴⁴, também definiu “mercadorias”⁴⁵. E além destas, sobrevieram o Decreto n. 56.467, de 1965 e a Lei n. 5.385 de 1968, aquele disciplinava a regulamentação dos trabalhos de vigias portuários, enquanto esta lei tratava acerca da regulamentação do Trabalho de Bloco⁴⁶. Posteriormente, foi editado o Decreto-lei n. 794, de 1969, o qual prescrevia sobre a autorização da União para constituir sociedades de economia mista ou empresas públicas, a fim de explorar os portos, terminais e vias navegáveis⁴⁷.

Assim que se operou a quebra do monopólio estatal, a partir das autorizações para exploração dos terminais privativos, os quais foram construídos pelas estatais – Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e Petrobrás, durante os anos 60. Entretanto, foi somente nos anos 80 que realmente se operou a ruptura deste controle, pois, com o surgimento dos terminais de uso misto, a exploração dos terminais portuários se tornou uma atividade econômica independente. No fim dos anos 80 houve a liberalização política econômica e, com ela, os arrendamentos dos portos e terminais de uso público. Sobre isso, há que ressaltar que foi reservado ao Estado o poder de controle sobre as autoridades portuárias, por meio das Companhias Docas⁴⁸.

suas atividades. Um exemplo de aplicação da precitada norma se encontra na operação do terminal portuário de Tubarão explorado pela antiga Companhia Vale do Rio Doce. Neste caso, não cabe se falar em prestação de serviço público portuário por se atender apenas o interesse da própria empresa responsável pela operação portuária do terminal privativo”. DE FREITAS, José Carlos Higa. NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO: forças econômicas e construção histórica. **Revista Publius**, v. 1, n. 1, 2015. p. 5.

⁴⁴ O Decreto n. 55.230, de 15 de dezembro de 1964, determinou, no seu artigo primeiro, que os serviços dos conferentes e consertadores podem ser pagos por produção.

⁴⁵ *In verbis*: Art. 2º: [...] a contagem de volumes, a anotação de suas características, tais como: espécie, peso, número, marcas e contramarcas, procedência ou destino, a verificação de seu estado, assistência de pesagem e anotação de tonelage para pagamento à estiva e a conferência dos manifestos, assim como a direção destes serviços, em todas as operações de carregamento ou descarga das embarcações principais, seja diretamente ou por meio de embarcações auxiliares”. STEIN, Alex Sandro, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁶ Nos termos do artigo 1º da Lei n. 5.385 de 1968, os serviços de bloco seriam “os serviços de limpeza e conservação de embarcações mercantes, inclusive de limpeza e conservação de tanques os de batimento de ferrugem, os de pinturas e os de reparos de pequena monta”. Ainda no seu artigo 2º, diz que tais serviços “podem ser efetuados pelos próprios armadores, utilizando seus empregados ou trabalhadores avulsos, ou mediante contrato de empreitada”.

⁴⁷ Era vedada a criação de mais de uma sociedade de economia mista ou empresa pública num mesmo estado federativo. STEIN, Alex Sandro, *op. cit.*, p. 248.

⁴⁸ Nas palavras de Pedro Calmon Filho: “a atividade portuária no Brasil teve seu ponto de inflexão a partir da Lei dos Portos (Lei n. 8.630, de 1993). São de nosso tempo, portanto, as transformações graduais que vivenciamos nesta atividade, que passou de uma era de monopólio estatal quase absoluta, exercido pelas Companhias Docas, com o controle centralizado no Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC), para a era de liberalização, com a participação majoritária da iniciativa privada nas operações portuárias”. CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz, *op. cit.*, p. 17.

Nesse sentido, foram editadas as leis n. 6.914, de 1981, sobre o rodízio entre funções de chefia das operações de carga e descarga; e n. 7.700, de 1988⁴⁹, que regulamentou a criação da ATP (Adicional de Tarifa Portuária)⁵⁰. Em 1989 foi editada a Lei n. 7.731, a qual extinguiu órgãos da administração federal direta, entre eles, o SCTM (Conselho Superior de Trabalho Marítimo) e suas Delegacias de Trabalho Marítimo. Já em 1990, a lei n. 8.029 estipulou que o poder executivo deveria dissolver ou então privatizar a PORTOBRÁS (Empresa de Portos do Brasil S.A.), operou-se, assim, a descentralização da administração dos portos, por meio do Decreto Lei n. 99.475, de 1990⁵¹.

1.3.1 A criação de uma lei nuclear

Após todas essas edições, adveio uma lei nuclear, conhecida como a “Lei de Modernização dos Portos”, a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993⁵², revogada pela lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013⁵³, cujo objeto se divide em dois disciplinamentos: “exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias” e “atividades desempenhadas pelos operadores portuários”⁵⁴.

Era de extrema necessidade uma lei que garantisse segurança jurídica ao setor, eis que, após a década de 80, a complexidade envolvendo o porto alcançou um grau elevado. Isso porque, com o arrendamento dos portos, além de ter ocorrido uma revolução do sistema de outorgas, aconteceu a revolução tecnológica dos contêineres. Esse novo sistema era custoso, pois era necessária a compra de equipamentos para seu transporte, movimentação dentro dos terminais, o que exigiu recursos altos do poder público. Com isso foi preciso recorrer à iniciativa privada⁵⁵.

⁴⁹ Revogada pela Lei n. 9.039, de 2 de outubro de 1996.

⁵⁰ Segundo os artigos 1º e 2º da lei n. 7.700 de 1988, os adicionais de tarifas portuárias incidiam sobre as tabelas das tarifas, e o produto da sua arrecadação era destinado à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias. STEIN, Alex Sandro, *op. cit.*, p. 260.

⁵¹ *In verbis*: “Art. 1º Fica o Ministério da infra-estrutura, por intermédio do Departamento Nacional de Transportes Aquaviários, autorizado a descentralizar às sociedades de economia mista subsidiárias da Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás) em liquidação ou às unidades federadas, mediante convênio e pelo prazo de uma no, a administração dos seguintes portos, hidrovias e eclusas [...]”. STEIN, Alex Sandro, *op. cit.*, p. 263 a 265.

⁵² BRASIL. Lei Nº 8.630, de 25 de Fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁵³ *Idem*. Lei Nº 12.815, de 5 de Junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

⁵⁴ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁵ Sobre isso, Pedro Calmon Filho afirma que a abertura à iniciativa privada foi uma decisão correta, uma vez que trouxe consigo uma concorrência: “Cada um dos operadores de terminal luta para conquista e manter seus clientes,

Estabeleceu-se, assim, uma infinita cadeia de relações jurídicas, acompanhadas do surgimento do Direito Regulatório e do Direito Administrativo Aduaneiro⁵⁶: a) relacionamento de direito privado entre o armador-embarcador no pré-embarque; b) embarcador-terminal antes do embarque (recebimento e estocagem, por conta do armador); c) terminal-linha com seus navios porta-contêineres, com contêineres embarcados, com os desembarcados; e d) terminal recebedor. Além dessas relações jurídicas, ainda há os órgãos fiscalizadores: A Companhia das Docas, a Polícia Portuária, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Receita Federal, Polícia Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgãos ambientais, Ministério do Trabalho e Emprego, despachantes aduaneiros, agentes marítimos, embarcadores e consignatários.

Além do mais, nas décadas de 80 e 90, houve um expansivo crescimento do comércio internacional e um aprimoramento dos portos estrangeiros. Com isso, a estrutura portuária do Brasil ficou inferior a estes, o que impactou diretamente a concorrência comercial do país. Dados mostram que os custos do sistema portuário brasileiro importavam em duas ou três vezes mais do que os do exterior, o que causava o aumento no valor das exportações. No ano de 1990, enquanto houve a expansão de 6% no mercado mundial, o Brasil decaiu em 9%, rendendo o montante pequeno de US\$ 31,3 bilhões. O resultado disso fez com que o Brasil despencasse para o 25º lugar no *ranking* mundial⁵⁷.

Nesse contexto, a lei n. 8.630/93, a “Lei de Modernização dos Portos” se tornou a lei que regulamentou as relações trabalhistas presentes no setor portuário, vindo a ser essencialmente modificada com a Lei n. 11.314/2006, quando aconteceu a reforma portuária, e se incluiu o conceito de “movimentação de passageiros” na Lei n. 8.630/93. A intenção, a partir dessa reforma, era de reduzir a intervenção do Estado na economia, de forma a engajar a liberdade econômica, como também a abertura dos mercados, incluindo novas frentes de trabalho⁵⁸.

Inicialmente, o projeto de lei englobava apenas 11 artigos e seu escopo era no sentido de regular a prestação de serviços de movimentação de mercadorias, armazenagem, transporte, vigilância e demais serviços que guardassem relação com o porto, também quanto à construção e

os armadores de navios porta-contêineres, oferecendo-lhes serviço rápido e confiável, e o menor preço”. CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁶ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ DE OLIVEIRA, Carlos Tavares. **Comércio exterior e a questão portuária**. São Paulo: Aduaneiras, 1992. p. 71 e 248.

⁵⁸ ZANINI, Gisele Duro et al. Percepção jurídica da lei nacional dos portos (n. ° 8.630, de 25.02. 1993) através da teoria tridimensional do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 3, p. 268-290, 2015. p. 274.

à exploração portuária, a instituição de tarifas portuárias. Quando do seu encaminhamento ao Congresso Nacional, o projeto sofreu diversas alterações, passou a ser o Projeto de Lei n. 66/92, contendo 76 artigos. A intenção original do governo era de diminuir obstáculos da lei à livre iniciativa mercadológica, para se atingir uma maior competitividade, até mesmo sobre as tarifas do porto, a fim de desconcentrar o mercado de trabalho, de forma a frear os monopólios que existiam nos portos brasileiros⁵⁹.

Pode-se afirmar que os objetivos do remodelamento do setor portuário brasileiro eram de expandir a produtividade; de organizar a esfera trabalhista; de incentivar a atuação empresarial na exploração de terminais privados; de encorajar a participação dos usuários do porto, em especial dos exportadores e importadores, no uso do cais; de proporcionar competitividade aos produtos exportáveis, com maior eficiência e produtividade e incentivar as navegações de cabotagem e do interior. O projeto, assim, tinha a proposta de desregular o sistema portuário, principalmente quanto à livre contratação de serviços; descentralizar as decisões sobre administrações portuárias; a livre concorrência entre diversos portos, buscando maior eficiência e melhores preços; ampla concorrência entre os proprietários e arrendatários dos terminais privados; estímulo à participação do setor empresarial nos investimentos fundamentais à modernização e reaparelhamento dos portos; e exclusão do pagamento de taxas e tarifas por serviços não prestados⁶⁰.

Ademais houve uma latente modificação acerca das competências da esfera pública e da esfera privada quanto às funções administrativas e na operação dos portos brasileiros, eis que o setor privado ficou encarregado do aparelhamento portuário, abarcando a compra de maquinário para operacionalizar os terminais, bem como a melhora e manutenção das aparelhagens e área de embarque e desembarque de cargas. Enquanto que, à esfera pública coube a continuidade das tarefas de construção e conservação dos portos, o que diz respeito a projetos de dragagem, acessos terrestres, projetos de meio ambiente e segurança e projetos de infraestrutura, ainda com a função de fiscalizar e promover a área portuária⁶¹.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 279.

⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Tavares de, *op. cit.*, p. 248.

⁶¹ MARCHETTI, Dalmo dos Santos; PASTORI, Antonio. Dimensionamento do potencial de investimentos para o setor portuário. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 24, p. 3-33, 2006. p. 5.

Ocorreu a criação, através do Plano Nacional de Gerenciamento (PNGC), da agenda ambiental portuária e seu desenvolvimento local⁶², os quais, no contexto atual, são responsabilidades do Ministério do Meio Ambiente juntamente à ANTAQ, que veio a ser criada posteriormente, em 2001.

O Estado, nos anos 90, estava sem condições de viabilizar o desenvolvimento tecnológico indispensável à atividade portuária e havia a necessidade de abertura ao capital privado para tornar esse avanço possível. Isso só seria viabilizado com a transferência do monopólio à iniciativa privada e com o fim da exclusividade da mão de obra avulsa, até então controlada pelos sindicatos⁶³.

Assim se operou uma maior abertura ao âmbito privado e, ainda, uma descentralização administrativa, promovida pelo governo federal através da lei 9.277/96, quando foi delegada aos Estados e Municípios a administração dos portos. Isso trouxe vantagem aos portos brasileiros, pois possibilitou investimentos nos equipamentos e aumento na capacidade dos terminais. Segundo a ANTAQ, o dispêndio no transporte de contêineres dentro dos portos reduziu em 53% entre 1997 e 2003, o montante geral nesse custo diminuiu 59%, sendo que o transporte de granéis sólidos diminuiu 56%. Com isso, o poder público que administrava o porto organizado, as Autoridades portuárias, foram encarregadas pelas áreas comuns, sendo responsáveis pela construção, reforma, ampliação, melhoramento e manutenção dos portos. Já a esfera privada ficou encarregada pelas operações portuárias, que seja o embarque e desembarque das cargas, seu transporte, sua armazenagem e seu manuseio (técnica denominada de *landford*)⁶⁴. Não obstante avanços na infraestrutura e gerenciamento dos portos brasileiros, o poder público não cumpriu de

⁶² GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Portuário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 3, n. 2, p. 125-142, 2015. p.4.

⁶³ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalhador portuário e a modernização dos portos**. São Paulo: Juruá, 2004. p. 15.

⁶⁴ Conforme expõe LACERDA, os principais portos que foram delegados são: “Rio Grande e Porto Alegre, para o governo do estado do Rio Grande do Sul; Itajaí, para o município de Itajaí (SC); Paranaguá, para o governo do estado do Paraná; Cabedelo, para o governo do estado da Paraíba; Itaqui, para o governo do estado do Maranhão; Manaus, para o governo do estado do Amazonas; e Porto Velho, para o governo do estado de Rondônia. Outros importantes portos foram mantidos sob o controle da União, incluindo os grandes portos da região Sudeste – Santos, Sepetiba, Rio de Janeiro e Vitória –, além dos portos da Bahia – Salvador, Aratu e Ilhéus – e dos portos do Pará e do porto de Fortaleza”. LACERDA, Sander Magalhães. Investimentos nos portos brasileiros: oportunidade da concessão da infra-estrutura portuária. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 22, p. 297-315, 2005. p. 11.

forma satisfatória seu papel, devido à falta de investimentos, à má administração, aos poucos acessos às áreas portuárias⁶⁵.

Cabe ressaltar que os portos públicos, desde o fim da PORTOBRÁS, em 1990, são controlados pelo Ministério dos Transportes, incumbindo a este dirigir e fiscalizar a Marinha Mercante, além de a tarefa administrativa sobre as embarcações internacionais que eram usadas pelo Brasil para transporte de cargas⁶⁶. E em associação ao Ministério dos Transportes, encontra-se a ANTAQ⁶⁷, autarquia instituída por meio da Lei n. 10.233/01. A competência dessa agência reguladora é sobre a fiscalização, regulamentação e desenvolvimento do transporte aquaviário do Brasil, bem como possui a responsabilidade de monitoramento das tarifas portuárias.

Não obstante, também foi criada a Secretaria Especial dos Portos (SEP)⁶⁸, através da Medida Provisória n. 329/07, que foi transformada posteriormente na Lei 11.518/07, que assumiu a função de criar políticas públicas, programas e projetos de apoio para o desenvolvimento das instalações portuárias, tornando o setor ainda mais apto ao comércio internacional.

1.3.2 A Nova Lei dos Portos

Em 5 de junho de 2013 foi sancionada nova lei que abordava acerca da gestão portuária. Após muito debate na casa legislativa, a Medida Provisória 595/2012 foi transformada na Lei n. 12.815. E, ainda, ocorreu a edição do Decreto 8.033 de 27 de junho de 2013, para reger a nova Lei dos Portos, cujo objetivo era de aumentar, modernizar e aperfeiçoar a infraestrutura e os

⁶⁵ Em março de 2013 houve uma grande safra de grãos na região Centro-Oeste, porém, em decorrência da má logística portuária do país, sobrecarregou o Porto de Santos (SP), o que ocasionou danos aos exportadores brasileiros, com o perecimento dos produtos e com a perda de contratos internacionais. Uma importadora chinesa cancelou a compra de 2 milhões de toneladas de soja devido ao atraso na entrega e preferiu adquirir grãos argentinos aos brasileiros. DO REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro: os diferentes instrumentos jurídicos de transferência da atividade portuária à iniciativa privada. **Direito e Democracia**, v. 15, n. 2, 2016. p. 71.

⁶⁶ BOHRER, Caroline Gomes; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **A precariedade da infraestrutura portuária**. 2016. p. 2.

³⁷ ANTAQ. Competências da Superintendência de Regulação – SRG. Disponível em: <http://antaq.gov.br/Portal/NavMaritima_Estrutura.asp>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶⁸ Art. 24-A: A Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas. BRASIL. Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11518.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

serviços portuários brasileiros. Para tal, seria aberta à iniciativa privada a administração e execução das atividades dos portos. Com isso, indispensável se fez a reforma da lei n. 8.610/93⁶⁹.

Se a antiga lei impedia novos investimentos, pois criava uma distinção entre terminais de uso privativo exclusivos e terminais de uso privativos mistos, a nova lei proporciona maior investimento, porque acabou com essa diferenciação. Na vigência da antiga lei, os terminais de uso privativo somente poderiam movimentar cargas próprias, enquanto que os mistos poderiam, em caráter eventual, movimentar cargas de terceiros. Essa diferenciação era uma herança histórica inadequada, baseada na ideia de que os portos deveriam ser do poder público, explorados na forma de arrendamento. Contrariamente a esta forma de exploração, agora é possível a construção e exploração de terminais portuários privados, seja para uso próprio ou para prestação a terceiros, por intermédio de remuneração⁷⁰.

Apesar desse avanço da Lei n. 12.815, era ele desnecessário, segundo alguns autores⁷¹, porque não há, na Lei n. 8.630/1993, tal diferenciação, que resultou do Decreto 6.620/08, o qual, quanto à regulamentação dos terminais de uso privativo misto (artigos 2º., X e 35º, II), é considerado ilegal. Isso porque o decreto não pode modificar a lei, mas apenas a explicar e detalhar, de forma que, ao modificar a Lei n. 8.630/1993, incorreu em inovação legislativa e em consequente abuso do poder regulamentar⁷².

No que concerne ao conteúdo da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, ressalta-se que o legislador trouxe categorias e conceitos operacionais específicos à atividade portuária. Cabe,

⁶⁹ REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁰ Conforme traz REGO, a própria Presidente da República declarou que o objetivo era terminar com essa distinção, ao vetar o inciso VIII do artigo 2º, inciso V do artigo 8º e os parágrafos segundo e terceiro do artigo 9º do projeto de lei de conversão da MP 595/12: “O conceito de terminal indústria incluído no projeto de lei retoma a distinção entre carga própria e de terceiros, cuja eliminação era uma das principais finalidades do novo marco legal para o setor portuário. A retomada de restrições ao tipo de carga a ser movimentada em cada terminal portuário constitui um empecilho à ampla abertura do setor e à elevação da concorrência, objetivos primordiais da Medida Provisória”. (Mensagem Nº 222, de 5 de junho de 2013). *Ibidem*, p. 72.

⁷¹ Luís Roberto Barroso, por exemplo, enfatiza a contradição interna do Decreto 6.620/08: “A invalidade do Decreto n. 6.620/2008 decorre ainda de um outro fundamento: a irrazoabilidade interna de seus próprios termos. Como se viu, o Decreto procurou esvaziar a decisão legislativa que permitiu a movimentação de cargas de terceiros pelos titulares de instalações portuárias privadas, impondo uma série de restrições inexistentes na Lei dos portos. Ao fazer isso, como já se destacou, agiu de forma contrária aos objetivos declarados da reforma portuária. Ocorre que essa incompatibilidade entre meios e fins é visualizada no corpo do próprio Decreto. E isso porque o Decreto reproduz de forma textual os objetivos declarados pela legislação para a reforma portuária, mas, simultaneamente, suas provisões específicas acabam impedindo a competição, dificultando novos investimentos privados e criando insegurança em torno das iniciativas já em curso desde 1993 (ano da edição da Lei dos Portos). A contradição interna parece inescapável”. In: REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do, *op. cit.*, p. 73.

⁷² *Ibidem*, p. 73.

nesta parte deste trabalho, elencá-las para esclarecer os vários contextos que envolvem o tema e que são desconhecidos no meio acadêmico de direito. São eles⁷³:

- a) o porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;
- b) área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;
- c) instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;
- d) terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;
- e) estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;
- f) instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;
- g) instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;

Ainda, no seu artigo 40 da Lei n. 12.815, indica conceitos do trabalho portuário⁷⁴:

- I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;
- a) estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;
- b) conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;
- c) conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;
- d) vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e
- e) bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.

⁷³ Redação dos incisos do artigo 2º da Lei n. 12.815/2013. BRASIL. Lei Nº 12.815, de 5 de Junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm>. Acesso em: 1 fev. 2018.

⁷⁴ *Ibidem*.

Sobre isso, Osvaldo Agripino leciona que, ao o legislador definir legalmente esses conceitos operacionais do direito portuário, estariam estes “condicionados semanticamente ao teor que lhes foi atribuído explicitamente pela norma jurídica⁷⁵”.

Posteriormente à sua edição, a Nova Lei dos Portos foi regulamentada pelo Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013, sobre o qual vale trazer alguns aspectos relevantes. O primeiro deles é acerca do Poder Concedente, eis que o Decreto determina que o exercício do poder concedente se dará pela Secretaria de Portos da Presidência da República. Suas competências são⁷⁶:

- a) elaborar o plano geral de outorgas do setor portuário;
- b) disciplinar conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos;
- c) definir diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração dos portos;
- d) aprovar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq;
- e) aprovar a transferência de titularidade de contratos de concessão, de arrendamento ou de autorização previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários- Antaq;
- f) aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou de arrendamento, na forma do art. 42;
- g) conduzir e aprovar, sempre que necessários, os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto da concessão ou do arrendamento; e
- h) aprovar e encaminhar ao Congresso Nacional o relatório de que trata o § 5º do art. 57 da Lei nº 12.815, de 2013.

Sendo que, o relatório tratado no item “d” é um documento que o Poder Executivo tem a obrigação de enviar ao Congresso Nacional, até o último dia útil de março de cada ano, devendo nele constar um relatório, bem detalhado, acerca da realização dos projetos constantes na Lei n. 12.815/2013⁷⁷.

Destaca-se, ainda, o disposto no artigo 26 da Nova Lei dos Portos, acerca da autorização de instalações portuárias, que se dá através de autorização e por meio da celebração de um contrato de adesão. Ainda, nos artigos 39 e 40, merece notoriedade o Fórum Nacional Permanente para Qualificação do Trabalhador Portuário, criado a fim de debater aspectos concernentes à formação, qualificação e certificação profissional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso. Bem como a criação do Sine-Porto (Sistema Nacional de Emprego),

⁷⁵ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁶ Incisos do artigo 2o do Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013. BRASIL. **Decreto Nº 8.033, de 27 de Junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm>. Acesso em: 1 fev. 2017.

⁷⁷ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino, *op. cit.*, p. 64.

com a finalidade de ordenar a identificação e a oferta de mão de obra qualificada para o âmbito portuário⁷⁸.

1.4 Questões latentes no direito portuário brasileiro na alvorada do século XXI

Ultrapassada a definição, e a distinção do direito portuário dos outros ramos do direito, bem como a conjuntura histórica e arcabouço legislativo, cabe apresentar as questões latentes no setor portuário dentro do contexto atual.

Como exposto, a redação da Lei n. 12.815/13 estava voltada para incentivar a concorrência e, com isso, viabilizar o crescimento comercial dos portos, principalmente dos privados⁷⁹. Muitos juristas envolvidos com o setor portuário criticam essa abertura, sob o argumento de que, como consequência, se dará o fim dos portos públicos, desenvolvendo um controle totalmente privado sobre os portos.

Dentro disso, tem-se que a ideia principal por trás da Nova Lei dos Portos era de aumentar a produtividade e de reduzir os custos, e justamente, para esse fim, era necessária a abertura ao setor privado⁸⁰.

Dados colhidos pela ANTAQ em relação ao ano de 2017, demonstram que os terminais de uso privado movimentaram mais cargas que os de terminais públicos. Em 2017, os terminais de uso privado movimentaram 721,6 milhões de toneladas, notando um crescimento de 9,3% em relação a 2016, quando foram movimentadas 660 milhões de cargas. Enquanto isso, os terminais públicos movimentaram aproximadamente a metade do que mobilizaram os privados, totalizando 364,5 milhões de toneladas, apresentando um crescimento de 6,3% em relação à 2016. No ano de 2017, os portos públicos e terminais de uso privado movimentaram 1,086 bilhão de toneladas, o que corresponde a um crescimento de 8,6% em relação ao ano de 2016, ano em que foram movimentadas 1,002 bilhão de toneladas⁸¹.

⁷⁸ DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁹ BOHRER, Caroline Gomes; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 2.

⁸¹ ANTAQ. **Movimentação de carga no setor portuário cresce 8,3%**. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/2018/02/15/movimentacao-de-carga-no-setor-portuario-cresce-83/>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Segundo dados da ANTAQ⁸², são 36 (trinta e seis) portos públicos hoje no Brasil. São eles os portos de Vitória, Vila do Conde, SUAPE, São Sebastião, São Francisco do Sul, Santos, Santarém, Santana, Salvador, Rio Grande, Rio de Janeiro, Recife, Porto Velho, Porto Alegre, Pelotas, Paranaguá, Niterói, Natal, Manaus, Maceió, Itaqui, Itajaí, Itaguaí, Imbituba, Ilhéus, Fortaleza, Forno, Estrela, Cabedelo, Belém, Barra do Riacho, Areia Branca, Aratu, Antonina e Angra dos Reis. Enquanto que, os TUP (Terminais de Uso Privados), são 165 (cento e sessenta e cinco) autorizados pela ANTAQ até o ano de 2017. E 48 (quarenta e oito) instalações ainda estão sob registro⁸³.

A partir desses dados, vislumbra-se que os terminais privados realmente são maior número no Brasil, de forma que, por consequência, vêm a movimentar mais carga, porém a assimetria existente entre os regimes jurídicos é grande. A diferença entre os terminais de uso privado e dos terminais públicos começa no que diz respeito à logística portuária, sendo que os problemas da ineficiência das operações portuárias decorrem, principalmente, do controle dos órgãos estatais, os quais atuam na atividade portuária, acarretando empenhos sem necessidade, de maneira imprevisível, o que prejudica o setor⁸⁴.

Uma dessas questões diz respeito à livre-concorrência, pois, no setor portuário, a regulação impera sobre a livre-concorrência⁸⁵, principalmente pela diferença existente entre os diferentes regimes jurídicos que regem os portos. Frente aos terminais privados existe um determinado controle tarifário, sobre os terminais públicos, outro⁸⁶. A questão é que a cadeia de

⁸² ANTAQ. **Observatório dos transportes aquaviários.** Disponível em: <<http://observatorioantaq.info/index.php/category/portos-brasileiros/>> Acesso em 18 mar. 2018.

⁸³ *Idem.* **Lista instalações portuárias autorizadas.** Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Lista_instalacoes_portuarias_autorizadas.pdf> Acesso em: 19 mar. 2018.

⁸⁴ Nas palavras de Castro Jr, “isso faz com que haja o pagamento de armazenagem e sobre-estadia de container, tendo em vista, muitas vezes, a inexistência de espaços para desova do contêiner, com a devolução deste ao armador ou ao seu agente marítimo”. DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Op. cit., p. 411.

⁸⁵ A doutrina estrangeira aponta o excesso de regulação como um dos fatores que reverter a eficiência dos portos. Enquanto por exemplo, a Argentina toma uma posição moderada quanto à regulação, o Brasil diminui a eficiência dos seus portos devido ao excesso de regulação. Nesse sentido: “This result suggests that having some level of regulations increases port efficiency, however, an excess of it can start to reverse these gains. In terms of the countries in our sample, this result suggests that Argentina is taking advantage of a moderate level of regulation in its seaports, but instead Brazil is reducing its seaport efficiency because of excess regulation”. CLARK, Ximena et al, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ FREITAS, José Carlos Higa de. **Da convergência e complementaridade do direito da concorrência e a regulação do setor portuário.** Direito em Debate, Ijuí, v. 24, n. 44, p.130-147, jul.-dez. 2015. p. 143.

transporte marítimo é, por natureza, muito aberta e liberal: quanto menos sujeita a restrições regulatórias na fronteira, mais eficaz, competitiva e atrativa ela é para os atores privados⁸⁷.

O controle estatal sobre os portos, até pouco tempo, era tendência mundial, porém, a partir do desenvolvimento do comércio internacional, foi sendo notada a necessidade de abertura ao setor privado. Nesse sentido:

Tradicionalmente, os portos eram considerados infraestrutura pública, mas sua estrutura administrativa e orientação institucional foram percebidas, com o tempo, inadequada para atender às necessidades de eficiência exigidas a indústria marítima marcada por um ambiente de forte concorrência dentro de uma economia global. A maioria das autoridades portuárias precisa apoio financeiro para apoiar vários projetos de expansão, desenvolvimento ou construção de terminais de transporte multimodal. Esses projetos de infraestrutura, resultantes do aumento das pressões do processo globais, exigem investimentos maciços que não podem mais ser coberto por governos que devem assumir responsabilidades⁸⁸.

Esse era o objetivo da Nova Lei dos Portos, entretanto, o progresso advindo dela foi dificultado por novos embaraços à incessante prosperidade dos terminais privativos introduzidos pelo Decreto Presidencial n. 6.620/2008 e a Resolução ANTAQ n. 1.660/2010, que estabeleceram controle ao *modus operandi* dos terminais privativos. Em 2013, adveio a Lei de Modernização dos Portos, a Lei n. 12.815/2013, com a missão de fomentar os investimentos do setor privado e o aumento da movimentação de cargas, com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada. No entanto, o resultado da Lei de modernização dos Portos foi concentrar maior poder decisório para a Administração Pública, por meio da SEP e da ANTAQ, pois afasta poder político e jurídico das autoridades locais. Com a perda de autonomia do Conselho de Autoridade Portuária (CAP), há a redução da autonomia das administrações portuárias de cada porto, o que pode impactar na redução da competitividade, porque a medida significa maior regulamentação do setor⁸⁹, o que é estritamente necessário no setor, porém dando ouvidos às autoridades locais.

⁸⁷ MARCADON, Jacques. **Le transport maritime mondialisé et le concept de frontière virtuelle**. Flux, n. 1, p. 37-45, 2008. p. 38.

⁸⁸ Do original: “Traditionnellement, les ports étaient considérés comme des infrastructures publiques. Mais leur structure administrative et leur orientation institutionnelle étaient perçues comme inadéquates pour répondre aux besoins d’efficacité requis par l’industrie maritime marquée par un environnement de forte concurrence au sein d’une économie globale. La plupart des autorités portuaires ont besoin d’un support financier pour soutenir différents projets d’expansion, de redéveloppement ou de construction de terminaux de transport multimodaux. Ces projets d’infrastructures, résultant des pressions accrues des processus globaux, requièrent des investissements massifs qui ne peuvent plus être couverts par les gouvernements qui doivent assumer des responsabilités”. COMTOIS, Claude; SLACK, Brian. *Innover l’autorité portuaire au 21e siècle: un nouvel agenda de gouvernance*. **Les cahiers scientifiques du transport**, v. 44, p. 11-24, 2003. p. 12.

⁸⁹ BRITTO, Paulo Augusto P. de et al. **Promoção da concorrência no setor portuário: uma análise a partir dos modelos mundiais e aplicação ao caso brasileiro**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1,

Outro entrave é o que diz respeito aos contratos de arrendamento do setor portuário, tendo em vista a complexidade desses contratos e a necessidade de readequação do objeto contratual, principalmente no que diz respeito ao objeto contratual ultrapassar o anteriormente pactuado, quando essencial operar o reequilíbrio financeiro do contrato e quanto ao pagamento de outorga⁹⁰. Os contratos de arrendamento envolvem direito público e direito privado, além de avenças complexas e muito investimento. Para discutir as questões relativas a esses contratos, os processos judiciais e administrativos demoram anos, devido a estrutura extremamente burocrática envolvida. As demandas requerem maior tecnicidade e celeridade para resolver esse tipo de conflito, além de segurança jurídica, garantias essas proporcionadas pela arbitragem.

Nesse contexto, o principal cenário de entrave no setor portuário na alvorada do século XXI, é, definitivamente, a assimetria existente entre os terminais privados e os portos públicos⁹¹. Isso porque, como aqueles estão submetidos ao regime de direito privado, podem eles optarem por meios alternativos de resolução de conflitos sem qualquer complicação. Porém, quanto a estes, ainda se discute até mesmo se a Administração Pública pode ser submetida à arbitragem, discussão até mesmo sem sentido, porque, diante da determinação expressa do Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, da Lei dos Portos, da Lei de Concessões ou mesmo da própria Lei de Arbitragem, a administração pública pode se submeter à arbitragem.

A arbitragem é mais atrativa ao setor portuário porque ele demanda tecnicidade, celeridade, segurança jurídica e efetividade, características presentes no procedimento arbitral, mas não visualizadas na via administrativa ou judicial. Quanto à celeridade, a arbitragem é meio de solução de disputas mais célere que o judiciário, mais adequado à complexidade e permite que as partes explorem com profundidade e satisfação maior das disputas, argumentos, documentos, testemunhas, peritos, *experts* internacionais e nacionais. É uma solução de conflitos mais cara, pois não tem subsídio do Estado⁹².

A sentença arbitral demora apenas alguns meses para que se possa gerar o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado, com a solução de todos os recursos previstos no CPC.

p.47-72, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/42961/41681>>. Acesso em: 30 abr. 2018. p. 18.

⁹⁰ NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003. p. 271.

⁹¹ FERNANDES, Victor Oliveira. **Os desafios do antitruste no setor portuário brasileiro: as inovações da Lei No 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais**. 2015. 83 f. Monografia apresentada Universidade de Brasília para obtenção do grau de bacharel em Direito. p. 12.

⁹² MACIEL, Pedro. **Arbitragem portuária**. IV Congresso Nacional de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro, OAB Paraná, 2015. Palestra em ppt.

A celeridade da decisão de mérito ainda torna extremamente vantajosa a solução arbitral. Tem-se na arbitragem: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade⁹³.

Algumas características da arbitragem indicam o quanto é mais eficaz e célere em relação à jurisdição estatal. São elas: a autonomia, a progressividade ou dinamicidade, a complexidade, a unidade e caráter tríplice. A autonomia quer dizer que a jurisdição arbitral é independente, teria vida própria, seria, assim, diferente da relação material. Ou seja, a jurisdição arbitral nasce e extingue independentemente de existir uma relação material. A progressividade ou dinamicidade diz respeito ao movimento do procedimento arbitral, porque a partir do seu início ela se desenvolve em uma série de atos para chegar ao laudo, decisão arbitral, diferente da relação material, que é estática. Quanto à complexidade, porque toda relação jurídica processual é complexa, seja porque se desdobra em vários atos (sendo essa a característica da dinamicidade), formando, assim, um complexo de direitos e obrigações. Já a unidade quer dizer que, apesar do complexo de atos jurídicos dinâmicos pelo qual é caracterizado a arbitragem, forma uma unidade, porque tudo é resultado da mesma relação processual que é o procedimento arbitral. Quanto ao caráter tríplice, quer dizer que a relação processual se passa entre três sujeitos: autor, réu e árbitro, seriam os polos, assim, o ativo (autor), passivo (réu) e de sobreposição (árbitro)⁹⁴.

Apesar de ser mais vantajosa, a regra é ainda o procedimento administrativo ou o ajuizamento de ações nos litígios que envolvem o direito portuário. Tem-se notícia de apenas uma arbitragem no setor, desde a edição do Decreto nº 8.465/2015, entre a União Federal, Secretaria Especial de Portos (SEP), ANTAQ, Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) e Libra Terminal S/A, arrendatária do terminal T-37 situado no porto organizado de Santos. As partes acordaram em extinguir nove ações judiciais que tramitavam na Justiça Federal de Santos e no Tribunal Regional Federal de São Paulo (3ª Região), que agora serão objeto de procedimento arbitral. Dentre essas ações judiciais, haviam processos de 2002, 2003 e 2004 e 2007, sem nenhuma solução até a extinção⁹⁵.

Com isso se vislumbra que os prejuízos advindos da morosidade administrativa e judiciária são altos e traz insegurança jurídica, o que resulta em um custo alto para as partes que,

⁹³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 7.

⁹⁴ ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 126.

⁹⁵ SAMMARCO, Marcelo. **A arbitragem no ambiente regulatório portuário**. Disponível em: <<http://www.rochalog.com.br/a-arbitragem-no-ambiente-regulatorio-portuario-por-marcelo-sammarco/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

diante de um procedimento arbitral, pagariam alto pelo seu valor, mas obteriam a solução do litígio e manutenção dos lucros mais rapidamente, favorecendo tanto interesse público quanto privado. Neste aspecto, a celeridade e especialidade proporcionada pelo procedimento arbitral certamente contribuirá para o abreviamento das disputas no âmbito do direito regulatório portuário, o que, em última análise, irá favorecer a tão almejada segurança jurídica das partes envolvidas, tanto interesse público, como também dos investidores e interessados neste segmento.

Impede-se o desenvolvimento da arbitragem portuária tanto a falta de tradição de arbitragem, quanto as posições de alguns doutrinadores de que a arbitragem com a administração pública não seria factível, porque o direito público seria indisponível. No entanto, como irá se demonstrar neste trabalho, direito portuário, apesar de direito público é passível de arbitragem, bem como demonstrar as vantagens destas para possibilitar uma concorrência simétrica entre portos públicos e privados. Diante disso, o objetivo do capítulo seguinte do presente trabalho será apresentar a arbitragem portuária e a necessidade de diminuir a assimetria existente dentro do setor portuário, através da utilização do procedimento arbitral.

2. ARBITRAGEM E DIREITO PORTUÁRIO

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial⁹⁶. Essa técnica ainda não é a mais popular no Brasil. De acordo com o Justiça em Números 2017⁹⁷, o ano de 2016 foi finalizado com 79,7 milhões de processos em tramitação no poder judiciário. Isso significa que, em média, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12,907 mil ingressaram com uma ação judicial ao longo do ano de 2016.

No tocante à arbitragem, o Brasil é o terceiro país do mundo em maior número de arbitragens dentro da Câmara de Comércio Internacional (CCI)⁹⁸, possuindo 123 novos casos perante a CCI ao longo do ano de 2016. No Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)⁹⁹, 98 novos procedimentos arbitrais foram instaurados no período compreendido entre 01/01/2016 a 31/12/2016. Foram 268 procedimentos em andamento durante esse período. Dentro disso, os tipos de litígios envolviam matérias societárias (48 procedimentos arbitrais), construção civil e energia (10 procedimentos arbitrais), contratos de fornecimento de bens e serviços (10 procedimentos arbitrais), contratos empresariais em geral (23 procedimentos arbitrais), contratos internacionais (um procedimento arbitral) e demais controvérsias (seis procedimentos arbitrais).

Pesquisa realizada por Selma Lemes, referente ao período compreendido entre 2010 e 2016¹⁰⁰, demonstra o crescimento da arbitragem no período de sete anos. A professora analisou as seguintes câmaras: em São Paulo, o Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil – Câmara Americana de Comércio (AMCHAM); a CAM-CCBC, a Câmara de Mediação, Conciliação e

⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

⁹⁷ CNJ. Justiça em Números 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁹⁸ ICC. **ICC reveals record number of new Arbitration cases filed in 2016**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>>. Acesso em 21 mar. 2018.

⁹⁹ CAM-CCBC. **Nº de Arbitragens Iniciadas por ano no CAM-CCBC**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1095/estat%C3%ADstica>>. Acesso em 22 mar. 2018.

¹⁰⁰ LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores**. Período de 2010 (jan./dez) a 2016 (jan./dez.) – 7 anos. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf> Acesso em 22 mar. 2018.

Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP (CAMCIESP/FIESP), a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BOVESPA); no Rio de Janeiro, a Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e em Belo Horizonte, a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB). Dos dados obtidos, verificou-se que, em 2010 o número de arbitragens iniciadas nessas seis câmaras era de 128 procedimentos, já em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que significa um acréscimo de quase 95% no número de novas arbitragens. No período de sete anos (2010-2016) o número de arbitragens nas seis Câmaras alcançou o total de 1292 casos novas arbitragens. Quanto às matérias discutidas nas arbitragens:

No CAM-CCBC, em 2016, quase 50% (49,97%) dos casos referiram-se a matérias societárias (acordo de acionistas, parcerias societárias etc.). Em segundo lugar estão os conflitos decorrentes de contratos empresariais, no percentual de quase de 24% (23,47%).

Na CAM-CIESP/FIESP quase 25% (24,56%) referem-se a conflitos oriundos de contratos de fornecimento de bens e serviços, seguido de conflitos empresariais em geral, no percentual de quase 23% (22,80%) dos casos. Nesta Câmara quase 18% dos contratos submetidos à arbitragem são internacionais, isto é, com pelo menos uma parte com domicílio ou estabelecimento no exterior. Neste particular a CAM CIESP/FIESP se diferencia das demais.

A CAMARB continua sendo a Câmara com o maior número de arbitragens na área de construção civil e energia com 46% dos casos nela processados, seguido de 25% de demandas referentes a contratos empresariais e 19% dos conflitos referentes a questões societárias.

No Centro da AMCHAM em 2016, quase 39% (38,46%) referem-se a contratos empresariais e, em segundo lugar, contratos de fornecimento de bens e serviços no percentual de quase 31% (30,78%).

Na CAM-BOVESPA quase 71% (70,58%) das arbitragens foram de matérias societárias e quase 24% (23,53%) de questões decorrentes de contratos empresariais.

Na CAM-FGV as matérias tratadas em arbitragem referem-se a contratos do setor elétrico, construção de PCHs e linhas de transmissão, direitos de mineração, exploração de petróleo e gás, seguros etc., mas não foram informados os percentuais de arbitragens. As arbitragens do setor elétrico referem-se aos contratos de comercialização de energia vinculados a CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e da Convenção de Arbitragem que vincula todos os participantes desse mercado¹⁰¹.

Com esses dados se quer demonstrar que, apesar de o número de arbitragens no Brasil estarem subindo consideravelmente, a regra ainda é o ajuizamento dos processos, perspectiva decorrente da falta de popularização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

¹⁰¹ LEMES, Selma Ferreira, *op. cit.*

2.1 O Brasil e a falta de tradição em arbitragem

O fato de a arbitragem não ser o meio de resolução de conflitos mais popular entre os advogados e litigantes não é um problema restrito ao Brasil, assim o é internacionalmente, muito provavelmente pelo entendimento adotado por alguns autores de que a arbitragem concorre com a jurisdição estatal. Mas, na verdade, fato é que a arbitragem é diferente da jurisdição, tanto que a sentença arbitral, para fins de cumprimento de sentença, precisa passar pelo poder judiciário¹⁰², a experiência acabou por demonstrar que a arbitragem jamais poderia substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado¹⁰³.

Sem dúvidas, a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição, pois árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social e a decisão arbitral é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal¹⁰⁴. O fato de o árbitro não reunir poderes de executar as decisões que toma inclusive as tutelas provisórias, de urgência, cautelares ou antecipatórias de tutela, ou de evidência, não retira o caráter jurisdicional daquilo que decide¹⁰⁵.

O que acontece é uma resistência histórica à arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939 (que não avançava muito em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de processo de 1973¹⁰⁶. As opiniões dos processualistas e civilistas eram pessimistas acerca da arbitragem, como se ela concorresse com a jurisdição de alguma forma, baseando-se na ideia de que era uma forma primitiva de resolução de conflitos. Mas, com o tempo, os juristas foram percebendo o quão estratégico poderia vir a ser sua utilização e, nas palavras do professor Carmona:

A arbitragem não se revelou um método selvagem e abusivo de resolver litígios; os meios alternativos de solução de controvérsia floresceram no Brasil, na América latina e no resto do planeta e não houve a tão propagada revolta do poder judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ao contrário, os juízes perceberam

¹⁰² GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

¹⁰³ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.* p. 1.

¹⁰⁴ NERY, Nelson Junior. **Código de processo Civil comentado**. 3 ed., São Paulo: RT, 1997, p. 1.300.

¹⁰⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.4.

¹⁰⁶ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.* p. 1.

que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas trouxe benefícios para todo o país¹⁰⁷.

Os obstáculos à utilização da arbitragem eram que o legislador, tanto no CC/16, quanto no CPC/73, não falava a respeito da cláusula compromissória e também exigia a homologação judicial do laudo arbitral. Até o advento da lei de arbitragem, Lei 9.307/96, não havia qualquer menção no ordenamento jurídico brasileiro à cláusula de arbitragem, sendo que o CPC não permitia a instauração de tribunal arbitral sem a presença de cláusula compromissória¹⁰⁸.

A homologação do laudo arbitral pelo judiciário em verdade desvirtua a finalidade da arbitragem, pois, ao escolherem aquela via paraestatal de solução de conflitos, as partes desejam a não interferência do judiciário. Ou seja, o Código de Processo Civil de 1973, estava em antemão aos fundamentos basilares da arbitragem, o que retira o incentivo das pessoas de escolherem o procedimento, prejudicando, então, as três principais características do procedimento arbitral: o custo, a celeridade e o segredo¹⁰⁹.

A Lei n. 9.307/96, a Lei de Arbitragem, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18)¹¹⁰, esclarecendo que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial¹¹¹, fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito.

Tudo isso que foi exposto veio a dar visibilidade ao instituto, somado com a previsão da extinção do processo sem resolução do mérito pela existência de convenção de arbitragem entre as partes, desde que alegada em preliminar à contestação¹¹², bem como a competência absoluta do árbitro, inclusive para decidir sobre eventual nulidade do contrato que contenha a cláusula arbitral e a nulidade da própria convenção de arbitragem¹¹³, vieram a fortalecer o instituto de

¹⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 2

¹⁰⁸ “Cláusula Compromissória é o dispositivo contratual em que as partes estipulam que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem”. *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 5

¹¹⁰ *In verbis*: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**: Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF.

¹¹¹ *In verbis*: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**: Código de Processo Civil. Brasília, DF.

¹¹² *In verbis*: “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” e “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X - convenção de arbitragem”. BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**: Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF.

¹¹³ Artigos 8 a 20 da Lei de Arbitragem.

solução de conflitos e permitiram seu desenvolvimento como importante mecanismo para a consecução do objetivo maior do direito: a paz social pelo fim dos conflitos¹¹⁴.

Importa acrescentar que, apesar de superados os paradigmas, no resto do mundo, a realidade de desconfiança sobre a arbitragem não era diferente. Durante o emergente uso da arbitragem no decorrer do século XX, muitas jurisdições não aceitaram a arbitragem como um mecanismo adequado de resolução de litígios. Pelo contrário, os Estados controlavam tanto as arbitragens domésticas quanto as internacionais. A título de exemplo, a justiça inglesa se recusava a apreciar causas que previamente haviam sido submetidas à arbitragem e, ainda, penalizava aqueles que recorriam à jurisdição arbitral e não à estatal¹¹⁵. Até então, com a ascensão nos nacionalismos durante o século XVII, a resolução de litígios na Europa continental era litigiosa¹¹⁶.

Com o crescimento das transações internacionais e a crescente complexidade advinda das relações comerciais, foi necessária a busca de mecanismos de resolução de litígios mais eficientes e mais céleres. Com isso, a arbitragem, no cenário mundial, pareceu ser um método muito adequado para esse fim, pois correspondia às demandas das relações comerciais internacionais. Era fundamental a autonomia das partes para escolher a legislação aplicável para cada caso, bem como profissionais qualificados para cada caso e o idioma em que se desenrolaria aquele procedimento¹¹⁷.

2.2 Os ADRs (Alternative dispute resolutions)

Cumprе esclarecer, antes de adentrar no tema da arbitragem no direito portuário, foco deste trabalho, que são vários os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, conhecidos internacionalmente como ADRs (Alternative Dispute Resolutions). São eles: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

¹¹⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁵ AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** Oxford University Press, USA, 1984. p. 32.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁷ “Isso é muito importante porque as partes são relutantes a se submeterem à jurisdição da outra parte. Cada parte tem medo das cortes da outra parte. Um fórum neutro será oferecido por meio da arbitragem, em que cada lado do litígio acredita ter um julgamento justo”. Tradução livre: “In international commercial arbitration this is very important because parties are reluctant to be subject to the jurisdiction of the other party’s court system. Each party fears the other party’s ‘home court advantage’. A neutral forum will, therefore, be offered by arbitration where each side believes it will have a fair hearing”. ALLAHHI, Nahal. **The optimization of court involvement in international commercial arbitration**. 2016. Tese de Doutorado. University of Manchester. p. 26.

Com o desenvolvimento do comércio internacional e a globalização, o nível de complexidade dos litígios no cenário mundial aumentou. Correspondendo a essa nova realidade, a forma de resolução de litígios se adaptou à complexidade internacional, proporcionando mecanismos inovadores e mais efetivos para resolver os conflitos de forma mais célere¹¹⁸. O objetivo comum a todos os métodos alternativos de resolução de conflitos é de ajudar as pessoas a chegar ao consenso frente à determinada desarmonia de interesses. Dentro desse âmbito, a conciliação tem como principal foco os acordos, enquanto que a mediação tem a ideia de “desconstrução do conflito”¹¹⁹, para existir um diálogo e uma harmonia novamente entre as partes.

Nesse sentido, tem-se na mediação um procedimento voluntário, no qual participa um terceiro, sendo o mediador aquele que facilita o diálogo entre as partes e o alcance de um consenso, para que todos, em conjunto, cheguem até uma decisão, com o fim de satisfazer todos os envolvidos¹²⁰. A mediação, portanto, “é um processo no qual um mediador facilita a comunicação e negociação entre as partes para auxiliar elas a voluntariamente chegar a um acordo acerca do conflito entre elas”¹²¹. Na mediação o terceiro não possui poder de decisão¹²². Além do mais, “um trabalho de mediação bem feito busca não só a assimilação de novos comportamentos, no sentido de novas respostas às demandas divergentes, mas também a flexibilização de crenças das partes envolvidas e o ganho de autonomia”¹²³.

Em geral, a mediação pode ser definida como um processo de construção, reparação do vínculo social e gerenciamento de conflitos da vida cotidiana, em que um terceiro imparcial e independente, sem outros poderes além da autoridade livremente reconhecida pelos parceiros (chamados de "mediadores") tentam através da organização de trocas entre pessoas ou instituições seja para ajudá-los a melhorar, seja para estabelecer um relacionamento ou para resolver um conflito¹²⁴.

¹¹⁸ ALLAHHI, Nahal, *Op. cit.*, p. 23.

¹¹⁹ ALMEIDA, Tânia. **Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. Mediação de conflitos**, p. 93, 2013. p. 86.

¹²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **O histórico da Lei de Mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015. Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 46 p. 123-139. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2015. p. 123.

¹²¹ Do original: ““Mediation” means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”. **Uniform Mediation Act**. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2003. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf> Acesso em 06 abr. 2018. p. 18.

¹²² STIMEC, Arnaud. De la négociation à la médiation: jalons conceptuels et historiques. **AGIR Médiation et négociation**, n. 24, 2006. p. 2.

¹²³ SALES, Lília Maia de Morais. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **id/496914**, 2009. p. 81

¹²⁴ Do original: “Globalement, on peut définir la médiation comme un processus de construction, de réparation du lien social et de gestion des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial, indépendant, sans autres pouvoirs que l'autorité que lui reconnaissent librement les partenaires (appelés « médiateurs » ou parfois « médiés »)

A conciliação funciona basicamente como a mediação, porém é desprovida das formalidades existentes na mediação, eis que, na mediação, as partes chegam a um acordo que será um documento que se torna, em verdade, um contrato, portanto passível de ser executado caso uma das partes não cumpra suas obrigações¹²⁵. A negociação, diferentemente, pode ou não contar com a participação de uma terceira parte. Porém, “nos casos que a intervenção do terceiro na negociação consista em tratar de colocar as vantagens de um acordo frente a um pleito incentivando os sujeitos a alcançar o compromisso, tem-se uma conciliação”¹²⁶. A negociação é “o processo no qual as partes comunicam suas divergências à outra, por meio de reuniões, discussões e compromissos, na tentativa de resolvê-los”¹²⁷. Existem dois tipos de negociação, a competitiva e a cooperativa. Na primeira, os negociadores defendem os interesses de quem representam, o objetivo é ganhar a negociação, já na última, são identificados os interesses das partes, a fim de conciliar os interesses comuns¹²⁸.

Esses primeiros ADRs concentram-se na questão subjetiva do conflito, mas, quando determinantes técnicos muito específicos sobre a questão objetiva do litígio é superior às questões subjetivas, de forma que a negociação se torna impossível, é recomendável buscar um terceiro especialista na matéria¹²⁹, caso em que se recorre à arbitragem. “Normalmente, a arbitragem é comparada com o litígio convencional (ajuizamento de ação); mediação com a falta de negociação”¹³⁰.

A arbitragem, diferentemente dos outros meios alternativos de resolução de conflitos, possui função jurisdicional, como citado no tópico anterior. “O árbitro, no final de um processo,

tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider soit à améliorer, soit à établir une relation, ou de régler un conflit”. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. Le concept de médiation et l'urgence théorique. **Les cahiers du CREMOC**, v. 35, p. 17-25, 2002. p. 20.

¹²⁵ STONE, Katherine. **Alternative Dispute Resolution**. University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2004. p. 1.

¹²⁶ Do original: “Así, em los casos em los que la intervención del tercero em la negociación consista em tratar de poner de manifiesto las ventajas de um acuerdo frente a um pleito incentivando a los sujetos a alcanzar la avenencia, estaremos ante uma conciliación”. CARRASCO BLANCO, M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. **Reus, Madrid**, 2009. p. 18.

¹²⁷ NETO, Francisco Gonçalves. Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da Mediação. **Acedido no dia**, v. 29, 2006. p. 2.

¹²⁸ GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediación: una transformación en la cultura**. Paidós, 1996. p. 5.

¹²⁹ DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 101.

¹³⁰ Do original: “Normally, arbitration is compared with conventional litigation (“adjudication”); mediation with unassisted negotiation”. Do original: “Normally, arbitration is compared with conventional litigation (“adjudication”); mediation with unassisted negotiation”. MNOOKIN, Robert. **Alternative dispute resolution**. 1998. p. 2.

encontra e impõe uma solução às partes que não conhecem ainda os termos, uma vez que se dispuseram a respeitá-los”¹³¹

No que diz respeito ao direito portuário, as avenças advindas desse ramo do direito são de ordem objetiva específica, muitas vezes altamente técnica. Por isso, mas não somente por esse motivo, o mais atraente para o setor, é a arbitragem, pelos motivos expostos a seguir.

2.3 A desvantagem do ajuizamento de ações envolvendo litígios portuários

Nesta seção, pretende-se demonstrar a vantagem da arbitragem portuária em detrimento do ajuizamento de ações no judiciário e na esfera administrativa, que envolvam questões de Direito Portuário. Para tal, será analisado um caso frente a Justiça Federal e os processos administrativos envolvidos na ação, de forma a demonstrar que as características esmiuçadas no tópico anterior podem vir a ser benéficas ao setor portuário, para ajudar a desenvolver o setor e diminuir a assimetria existente entre os portos públicos e os terminais privados.

O caso que será analisado diz respeito a um contrato de arrendamento, motivo, primeiramente, de se conceituar, brevemente, serviço público e os contratos inerentes a eles, para que, feita a contextualização, adentre-se ao caso objeto deste estudo.

2.3.1 Serviço portuário como serviço público

O Estado prioriza determinados serviços como essenciais à sociedade, serviços estes que, por serem tão relevantes à coletividade, tomou para si a titularidade da realização, considerados, então, serviços públicos. Para o Estado, esses serviços são tão importantes que não podem ser deixados à livre iniciativa, motivo pelo qual a Administração Pública assume a prestação direta de tais serviços. Os serviços públicos foram conceituados a partir de uma perspectiva social, desde sua origem:

A consolidação da noção de serviços públicos remonta à França de 1927, com a chamada Escola do Serviço Público, que tinha como um de seus expoentes Léon Duguit. Na perspectiva de Duguit, os serviços públicos seriam atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que

¹³¹ Do original: “L’arbitre, à l’issue d’un procès, tranche et impose une solution à des parties qui n’en connaissent pas encore les termes lorsqu’elles s’étaient engagées à la respecter”. JARROSSON, Charles. Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale. **Revue internationale de droit comparé**, v. 49, n. 2, p. 325-345, 1997. p. 329

sem o emprego da coerção estatal não seriam realizadas. O serviço público seria concebido, portanto, como o limite e a razão de ser do poder governamental (MOREIRA NETO. In: WAGNER JÚNIOR, 2004, p. 212).

Os diferentes ordenamentos jurídicos passaram, de acordo com perspectivas fundadas em tradições, culturas e costumes distintos, a consagrar, nos textos constitucionais ou ordinários, as atribuições de seus governos no tocante aos serviços que o próprio corpo social, através de seus representantes, entendia como serviço público, de modo geral, os relativos ao transporte, saúde, saneamento, abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, postal, educação, entre outros¹³².

Portanto, a definição de “serviço público” veio, ao longo dos anos, adaptando-se às mudanças, sendo que, “hoje, a definição do conceito de serviço público presta-se a outra finalidade, muito distinta: definir o campo de obrigações do Estado diante dos cidadãos, para criar, em favor desses, um direito subjetivo público contra aquele”¹³³. “Atualmente, o serviço público possui a tendência de separar os mercados e gerar a máxima liberdade, compatível com a qualidade e eficiência das atividades, que em alguns ordenamentos, como na Argentina, transformam-se em dever do Estado”¹³⁴.

Marçal Justen Filho conceitua serviço público como uma atividade pública que tem o fim de satisfazer necessidades dos indivíduos (possuindo também caráter transindividual), as quais guardam relação com os direitos fundamentais, sendo direcionado a pessoas indeterminadas, atividade esta qualificada pelo legislativo, cuja execução se dá pelo regime de direito público¹³⁵.

Nesse ínterim, serviço público está ligado às necessidades consideradas pela sociedade como essenciais e, “o mercado não pode fazer tudo e sem liderar a eliminação de toda a concorrência, uma intervenção pública pode, em alguns casos, ser necessária para atender às necessidades julgadas como essenciais”¹³⁶. “A noção de serviço público permanece material e permite que os juristas qualifiquem uma atividade assumida diretamente ou não por uma pessoa

¹³² NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias públicos-privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 48.

¹³³ SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 430-451. p. 431.

¹³⁴ Do original: “En la actualidad, el servicio público se desenvuelve em un marco tendente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades, que en algunos ordenamientos, como el argentino (28), se ha transformado en un deber del Estado”. CASSAGNE, Juan Carlos. **El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)**. Revista de administración pública, n. 140, p. 95-110, 1996. p. 105.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 687.

¹³⁶ Do original: “Le marché ne peut pas tout et, sans mener pour autant à l’élimination de toute concurrence, une intervention publique peut, dans certains cas, être nécessaire pour répondre à des besoins jugés socialement essentiels”. HENRY, C.; COHEN, Elie. **Sur les bases et l’évolution récente des services publics industriels et commerciaux en France et dans l’Union Européenne**. E. Cohen y C. Henry, Service public, secteur public, Paris, La Documentation Française, 1997. p. 9.

pública a fim de satisfazer uma necessidade reconhecida como interesse geral”¹³⁷.

Devido à vinculação desses serviços aos direitos fundamentais e às necessidades essenciais para a sociedade, incumbe ao Estado a sua execução, que pode delegar os serviços públicos por meio de concessão, permissão ou autorização, a particulares. Para uma atividade ser considerada serviço público, ela precisa de um “reconhecimento jurídico da pertinência daquelas atividades para a satisfação dos direitos fundamentais”¹³⁸. “Pressupõe-se, nesse sentido, que para uma atividade ser considerada serviço público, faz-se necessária uma lei que a considere como tal.”

No caso do Direito Portuário, as atividades que envolvem um porto estão relacionadas ao direito ao desenvolvimento, direito à integração e ao direito de ir e vir¹³⁹, no entanto, somente aquelas atividades portuárias que possuem a finalidade de proteger o interesse público são consideradas como serviço público. A exploração dos portos é considerada serviço público porque é exploração de bem público. Sobre isso, a Constituição Federal é clara ao restringir a competência de exploração das áreas portuárias à União, *in verbis*:

Art. 21. Compete à União:
 (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
 (...)

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
 (...)

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;¹⁴⁰

Portanto, serviço portuário é serviço público, sendo prestado pela Administração Pública, que pode delegar a execução desses serviços aos particulares, através dos contratos de concessão, permissão e autorização.

¹³⁷ Do original: “(...) la notion de service public reste matérielle et permet aux juristes de qualifier une activité assumée directement ou non par une personne publique en vue de satisfaire un besoin reconnu d’intérêt général (...)”. GARCERIE, Sandrine. Service public et droit communautaire. Une nouvelle. Sociétés contemporaines, v. 32, n. 1, p. 37-57, 1998. p. 40.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 693.

¹³⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein, *op. cit.*, p. 447.

¹⁴⁰ Sobre isso, o artigo 21 da CF elenca várias atividades que compete a União, porém não são todas consideradas como serviços públicos, mas apenas aquelas vinculadas diretamente a direitos fundamentais. No tocante à exploração da atividade portuária, Marçal Justen Filho afirma que “o serviço público, nas hipóteses do art. 21, XI e XII, da CF/88, deve sempre existir, admitindo-se a exploração privada das mesmas atividades de modo subsidiário”. JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 696.

2.3.2 Sistema de outorgas no regime portuário: concessão, arrendamento e autorização

Antes de adentrar no contrato de arrendamento, explica-se as formas de exploração dos portos e dos serviços públicos em geral.

A exploração dos portos, por determinação da Constituição Federal, é competência da União¹⁴¹, porém é possível que a União delegue tal serviço, assim como delega os demais serviços públicos. Nesse sentido, é possível a exploração das seguintes formas: os portos organizados, os terminais de uso privado, instalações portuárias públicas de pequeno porte (IP4), estações de transbordo de Carga (ETC) e instalação portuária de turismo¹⁴². O artigo 175 da Constituição Federal estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”¹⁴³.

A execução dos serviços públicos pode se dar diretamente ou indiretamente. A direta é aquela em que o Estado, através das pessoas federativas (estados, municípios e União) executa o serviço. Já a execução indireta se dá quando o serviço público é executado por outras entidades que não as pessoas federativas. Quando o Estado exerce diretamente o serviço público, ele detém a titularidade do serviço e a sua execução, já quando executa indiretamente, ele delega a execução a um terceiro, mas continua detendo a titularidade de prestador de serviço público:

Já se viu que a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado. Objetivando atender a reclamos da coletividade, ninguém senão o Poder Público teria maior interesse em prestá-los e, por isso mesmo, chegaram eles a ser considerados como a própria essência do Estado.

Todavia, interessa ao Estado dividir, algumas vezes, a tarefa de executá-los. Não há estranheza nessa parceria, sabido que a cada dia aumentam em quantidade a complexidade os serviços voltados para a população. Além do mais, há também interesse de particulares na prestação, possível que é a obtenção de lucros decorrentes da atividade. É claro, porém, que está há de merecer controle do Estado, impedindo que o interesse privado se sobreponha ao interesse público¹⁴⁴.

A prestação do serviço público pode, então, ser delegada, por meio de ato administrativo a

¹⁴¹ *In verbis*: “Art. 21. Compete à União: d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”. BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁴² BNDES. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro**. São Paulo: Booz & Company, 2012. p. 11.

¹⁴³ BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 308.

um particular, podendo ser feita nas modalidades de concessão, permissão autorização¹⁴⁵.

Sobre isso, destaca-se que, independentemente da modalidade de delegação de serviço público, este continua a ser de titularidade do Estado, pois, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A Constituição indicou, com precisão, a forma pela qual admite a descentralização, precisamente porque os institutos escolhidos (concessão e permissão) não retiram do Poder Público a titularidade do serviço e permitem um controle maior sobre o ente descentralizado e a imediata retomada do serviço público quando sua execução pelo particular se revelar contrária ao interesse público¹⁴⁶.

A delegação pela modalidade de concessão é contratual e, como todo contrato administrativo, altamente complexo, eis que o contrato é fixado pelo Estado, que pode alterar os ditames contratuais unilateralmente, ficando o contratado obrigado a prestar o serviço que doravante seria da titularidade do Estado, mediante o aferimento de lucro. A transferência da execução dos serviços públicos se dá mediante uma remuneração obtida pelo particular, que cobrará tarifas dos usuários daquele serviço. Em alguns casos, o contrato de concessão já prevê um encargo ao concessionário de pagar ao concedente um valor que diz respeito aos serviços de supervisão, fiscalização¹⁴⁷. Como bem expõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

A concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço¹⁴⁸.

“O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado. Justifica-se, desse modo, o poder-dever de o Estado retomar os serviços concedidos, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para a concessão, sempre que o interesse público o exigir”¹⁴⁹. A concessão, portanto, é delegação contratual, enquanto que permissão de serviço público é o “ato unilateral e precário, *intuiti personae*, através do qual o Poder Público transfere a

¹⁴⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 385.

¹⁴⁶ DI PIETRO apud KAWABE, Ricardo M.; FADUL, Élvia M. Cavalcanti. Luz e sombra num processo arriscado: a privatização de serviços públicos no Brasil. **22º ENANPAD (Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração)**, 1998. p. 6.

¹⁴⁷ MEIRELES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 717.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de direito público da economia**, n. 1, p. 95-136, 2003. p. 5.

alguém o desempenho de um serviço de sua alçada proporcionado”¹⁵⁰, também mediante tarifas, tal qual como se faz na concessão. Outrossim, a autorização “é o ato administrativo discricionário ou vinculado através do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material, como a de portar arma e a de derivar água de rio público”¹⁵¹. A autorização se dá por tempo indeterminado e deve ser veiculada por meio de portaria ou decreto.

A diferenciação entre essas três modalidades de delegação é quase irrisória, no entanto Odete Medauar escreveu de forma simples e objetiva os limites delas:

Antes a lei 8.987/95, a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.

Quanto à autorização, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem ao particular serviços de fácil execução, de regra sem remuneração por tarifas; é o caso da autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa. A autorização de serviço público não é objeto da Lei 8.987/95¹⁵².

Além dessas figuras utilizadas para transferir a execução dos serviços públicos aos particulares, existem outras que são muito utilizadas. Como, por exemplo, os contratos de arrendamento, no qual o Estado transfere ao particular a gestão operacional de um serviço público, cuja exploração se dará por sua conta e risco, podendo o particular dispor de um bem público ou de um complexo de bens públicos, que guardam vínculo direto com o serviço que deve ser prestado¹⁵³.

Para adentrar no tema do contrato de arrendamento, retoma-se um conceito: o de portos organizados, que são aqueles que pertencem à União e cuja gerência é responsabilidade dos agentes públicos. Aos portos organizados incumbe a responsabilidade de prestar serviço público, que seja, a movimentação da carga e esse serviço é, na maior parte dos casos, prestado por operadores portuários privados dentro de instalações objeto de arrendamento, através de licitação, que, nesse caso, dá-se através do pagamento de outorga. Ou pode ser que o serviço de movimentação de carga se dá em terminais de uso público, em que a utilização se dá por mais de um operador para embarque e desembarque, por meio do pagamento de tarifas.

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.* p. 775.

¹⁵¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 354.

¹⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 327.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 328.

Em verdade, a Lei n. 12.815/13, Lei dos Portos, abarcou três modalidades de delegação da exploração dos portos: a concessão, o arrendamento e a autorização. A concessão, nos termos do art. 2º, IX, é a “cessão onerosa do Porto Organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado”. Já o arrendamento é a “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do Porto Organizado, para exploração por prazo determinado”, nos termos do art. 2º, XI, da Nova Lei dos Portos. Com isso, tem-se que, pelo contrato de arrendamento, é dada a transmissão da execução dos serviços portuários aos agentes privados. Já na concessão, ocorre a delegação aos entes particulares, da administração do Porto Organizado, como também da execução dos serviços portuários.

Os regimes de exploração continuaram essencialmente os mesmos tal como previstos na legislação de 1993, com uma diferença: o que diz respeito a autorização portuária, nos termos do art. 2º, XII, da Lei no 12.815/13 a autorização seria a “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do Porto Organizado e formalizada mediante contrato de adesão”¹⁵⁴. Nesses termos, transfere-se ao agente privado o direito de exploração de terminal portuário privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte ou de instalação portuária de turismo, desde que localizadas fora do Porto Organizado. A instrumentalização desse novo tipo de exploração se dá por contrato de adesão com duração de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos. E, diferentemente de como se dava nos ditames da legislação anteriormente em vigor, o contrato não se dá por ato vinculado da Administração Pública, eis que agora é precedido de chamada ou anúncio público ou até mesmo processo seletivo público¹⁵⁵. E, ainda, deve o particular “demonstrar idoneidade técnico-financeira e provar ser titular da propriedade ou posse legítima da área sobre a qual será construída a instalação portuária privada. Após a comprovação de todas essas condições, exige-se ainda garantia de execução do contrato”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Lei no 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 8º: Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo;

¹⁵⁵ Decreto no 8.033 de 27 de junho de 2013, art. 27, II: Art. 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq: II - título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do da área

¹⁵⁶ FERNANDEZ, Victor Oliveira, *op. cit.* p. 58.

Os terminais de uso privado, as instalações portuárias de pequeno porte e instalações portuárias de turismo, portanto, não possuem a obrigatoriedade de serem explorados mediante concessão ou arrendamento¹⁵⁷, mas podem se dar mediante autorização¹⁵⁸, sem a necessidade de passar pelo procedimento licitatório prévio, somente por processo prévio de chamada de anúncio público¹⁵⁹.

De encontro à autorização, o contrato de arrendamento é “mais do que a outorga para o uso de bem integrante do porto”, pois “os arrendatários assumem obrigações e direitos típicos de concessionários de serviço público, que não se relacionam propriamente ao uso do bem, mas sim à atividade ali desempenhada”¹⁶⁰. A doutrina se divide quanto à natureza jurídica do contrato de arrendamento¹⁶¹, há aqueles que defendam que ele se submete ao direito privado, eis que nada mais seria que um contrato da administração sobre um bem de sua propriedade (concessão de bem público). Há ainda quem defenda que se trata de concessão de serviço público, submetendo-se, assim, ao direito público e obedecendo aos princípios norteadores da Administração Pública. No entanto, quando se fala em arrendamento portuário, tem-se uma disciplina bem específica, nos termos da Lei dos Portos, a qual trata a exploração dos portos por particulares tanto concessão de serviço público como concessão de uso de bem público:

O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços da concessão de uso de bem público que está em sua origem. Nisso, vai a consideração das pesadas exigências relativas ao desempenho de serviço com quantidades, padrões e metas mínimos. Fosse o arrendamento uma mera concessão de uso de bem público ou ainda um contrato regido estritamente pelo direito civil, a exploração dos serviços pelo particular e a percepção dos frutos decorrentes desse serviço não seriam obrigação, mas sim mera faculdade oferecida ao arrendatário.

¹⁵⁷ NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 533-543. p. 534.

¹⁵⁸ Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. § 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei. BRASIL. **Lei Nº 12.815, de 5 de Junho de 2013.**: Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nos 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.

¹⁵⁹ *In verbis*: “Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo”. *Ibidem*.

¹⁶⁰ NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003. p. 7.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 9.

Caberia a ele escolher como melhor aproveitar-se da exploração do bem que lhe fora concedido¹⁶².

Como visto, os portos públicos são explorados através contratos de arrendamento que se submetem à licitação, enquanto que os terminais de uso privado podem ser explorados através de simples autorização, apenas uma das diferenças que afastam o nível concorrencial entre os portos sob direito público e sob direito privado. O regime de outorgas da exploração dos portos é um dos fatores de assimetria entre os portos públicos e privados, que se distanciam em termos de competitividade porque submetidos a regimes jurídicos diferentes, mesmo que ambos prestem serviço público.

2.4.3 As assimetrias regulatórias na concorrência entre portos públicos e privados

Cumpra esclarecer que os terminais públicos prestam serviço público, motivo pelo qual se sujeitam ao regime jurídico de direito público; enquanto que os terminais de uso privado não prestam serviços públicos, sendo, portanto, sujeitos ao livre mercado, mesmo recebendo outorga pela Administração Pública por meio do contrato de adesão que é a autorização.

Justamente nesse aspecto que se encontra a desigualdade basilar existente entre os regimes regulatórios a que são submetidos os arrendatários e os autorizatários, pois se refere aos custos envolvidos na exploração das instalações portuárias. Com isso se quer dizer que, nos contratos de arrendamento, a repartição de custo é maior para o Estado, que assume a infraestrutura portuária, enquanto que os arrendatários ficam com os custos da superestrutura portuária, que são as instalações portuárias e os equipamentos destinados a movimentar as cargas. Esse sistema é conhecido como *Landlord Port*. Diferentemente ocorre no regime de autorização, pois, nos terminais de uso privado, os autorizatários assumem todos os investimentos e custos envolvidos na operação do porto, o que abrange desde a instalação, construção de vias de acesso e ainda os equipamentos para movimentação de cargas. O Poder Público, portanto, não possui responsabilidade por quaisquer desses investimentos e custo no que diz respeito à autorização¹⁶³. Isso significa amarras à burocracia dos licenciamentos de autorizações por parte da máquina burocrática da Administração Pública na administração dos portos públicos.

¹⁶² NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. p. 11

¹⁶³ FERNANDEZ, Victor Oliveira, *op. cit.*, p. 62.

Não bastasse isso, os portos públicos devem se submeter ao controle tarifário, obedecer o regime de movimentação mínima (taxa de movimentação mínima – MMC), a contratação de trabalhadores através do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) e o regime de reversão de bens, enquanto que os portos privados não se sujeitam ao controle tarifário, não existe uma meta de movimentação mínima, podem contratar os seus funcionários livremente no mercado sem a intermediação do OGMO e não existe a previsão de reversão de seus bens. Agravando essa disparidade, existe a incerteza quanto à possível prorrogação dos contratos administrativos de arrendamento dos portos públicos, porque a prorrogação fica a critério do poder concedente. Além de o arrendatário ter o dever de cumprir as suas obrigações contratuais dentro do prazo inicial contrato, quando necessário estendê-lo fica à discricionariedade da Administração¹⁶⁴. A prorrogação nos contratos de arrendamento, pode-se dar apenas uma vez, enquanto que nos terminais de uso privado, é prorrogável por períodos sucessivos¹⁶⁵.

Nesse sentido, já é possível vislumbrar uma assimetria entre os portos públicos e portos privados, no que diz respeito aos riscos assumidos. Mas, para além disso, a forma de remuneração dos serviços também é assimétrica. As tarifas dos arrendatários são reguladas próprios contratos administrativos, os quais possuem previsão de maneiras de rever as tarifas mais adequadas a cada tipo de investimento. Enquanto que, nos terminais de uso privado, impera a liberdade de preços e serviços. Além disso, ainda é garantida a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato de arrendamento, conforme disposto na Resolução n. 3.220/14 da ANTAQ. No que diz respeito ao regime jurídico da autorização, opera a liberdade tarifária, cabendo ao autorizatário definir o custo dos seus serviços¹⁶⁶. Ademais, a autorização não é precedida de licitação, ao contrário do que ocorre com o regime jurídico de exploração dos portos públicos. E no que diz respeito à fiscalização por parte da autoridade que administra o porto organizado, ela inexistente nos terminais de uso privado objeto de autorização, enquanto que o arrendatário, no porto público, sujeita-se ao controle tarifário e deve pagar mensalmente a

¹⁶⁴ FREITAS, José Carlos Higa de, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁵ Art. 8º, § 2º e 3º, da Lei 12.815/2013. “§ 2º. A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento. § 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.

¹⁶⁶ FERNANDEZ, Victor Oliveira, *op. cit.*, p. 62.

Companhia das Docas ou concessionários¹⁶⁷. Assim, há que se chamar atenção à assimetria regulatória entre portos públicos e privados, o que pode inviabilizar a concorrência entre os mesmos. Nas palavras de Joel Menezes Nieburhr¹⁶⁸:

A concorrência é benéfica e deve ser estimulada pelo Estado. Sem embargo, no segmento portuário, causa estranheza que a concorrência ocorra com base em regimes jurídicos tão distintos. Seria natural que se elegesse um modelo para exploração dos portos e todos os players concorressem dentro do mesmo modelo, sob o manto das mesmas regras e das mesmas condições.

A convivência de dois modelos distintos teria sentido lógico se cada um dos modelos fosse vocacionado para atuação e propósitos distintos, se houvesse alguma espécie de complementariedade. Ora, se a atuação e o propósito são os mesmos, não há razões para os dois modelos.

O fato é que a sistemática da Lei 8.630/1993, revogada, prescrevia dois modelos claramente orientados para atuação e propósitos distintos; eles deveriam ser complementares, não deveria haver concorrência direta e frontal entre os mesmos. A concorrência direta era admitida apenas na capacidade excedente dos terminais de uso privativo misto, que ultrapassasse a necessária para o atendimento da sua carga própria obrigatoriamente preponderante.

O autor enfatiza sua crítica:

O Estado não consegue enfrentar os seus desafios. Não faz sentido manter dois regimes portuários, com regras tão díspares, para exercerem as mesmas atividades, em concorrência direta e frontal. A impressão é que o Estado resolveu manter um pedaço de regime público para a exploração portuária apenas porque não teve força ou disposição política de romper com o sistema de mão de obra portuária, que, de acordo com o próprio CADE, é ineficiente e custoso. Ao menos, para salvaguardar as expectativas legítimas das empresas que acreditaram e investiram no regime público e para que ele seja preservado, que se reconheça o desequilíbrio econômico-financeiro e que se proceda à revisão com justiça e equidade, a bem do verdadeiro interesse público.

A ideia do administrador público era que ambos os regimes portuário coexistissem de forma que um complementasse o outro, não que um substituísse o outro¹⁶⁹. No entanto, o que se percebe é uma disparidade na concorrência entre terminais públicos e privados, a qual não possibilita uma coexistência justa. “Essa política aumenta os custos de transação e a insegurança jurídica”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-171. p. 169

¹⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários ao reequilíbrio econômico-financeiro provocado pela assimetria concorrencial e pelo novo marco regulatório do setor portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 479-493. p. 481.

¹⁶⁹ FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei dos portos: uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 172-185. p. 180.

¹⁷⁰ DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 214-231. p. 217.

Diante desse cenário, há uma possibilidade de diminuir essa assimetria existente entre os regimes portuários, por meio da arbitragem portuária, entre os arrendatários e a Administração Pública. Isso porque as características oferecidas pelo procedimento arbitral podem agilizar muitos processos em detrimento de processos administrativos e judiciais, principalmente no que diz respeito a irrecorribilidade da decisão, trazendo uma segurança jurídica mais concreta. Isso é o contrário do que ocorre em um processo envolvendo arrendatária e Administração Pública em contenciosos administrativos e na Justiça Federal. Impera a insegurança jurídica e uma continuidade de pedidos que obstaculizam a efetividade dos portos públicos. Observa-se essa dificuldade perante o ajuizamento desse tipo de demanda da análise do processo 5006865-09.2017.1.04.0000 e os contenciosos administrativos que o originou, no tópico a seguir.

2.4.4 O processo n. 5006865-09.2017.1.04.0000 frente à Justiça Federal e o Procedimento Administrativo Contencioso nº. 50303.001469/2008-95

Os contenciosos envolvem a Superintendência do Porto de Itajaí e a arrendatária, APM Terminals, contratada por meio do contrato de arrendamento 030/2001, para explorar o Porto de Itajaí, que pertence ao Município de Itajaí. A discussão gira em torno da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que vem sendo discutido entre a Superintendência do Porto de Itajaí e a APM Terminals, via processo administrativo, desde o ano de 2008 no processo nº. 50303.001469/2008-95. A ação em questão na Justiça Federal é uma parte da discussão do reequilíbrio, decorrente das chuvas do ano de 2015, que teriam causados sérios prejuízos para a arrendatária, pois houve uma redução no calado de acesso ao porto, causado pelo assoreamento e demora em providências de dragagem por parte da Superintendência do Porto.

Isso ocorre porque, como exposto acima, os portos organizados sob o regime de direito público objeto do contrato de arrendamento ainda dependem da Administração Pública para realizar obras que envolvam licenciamento ambiental, dentre outras, não havendo autonomia nesse sentido. E, devido a esses prejuízos, a movimentação de contêineres foi abaixo da expectativa prevista contratualmente. Diferentemente do que acontece com os terminais de uso privado, os arrendatários dos portos públicos devem cumprir uma movimentação mínima, caso contrário, devem pagar uma multa prevista no contrato de arrendamento.

E assim fez a Superintendência do Porto de Itajaí, que cobrou da arrendatária, APM Terminals, taxa mínima de movimentação de contêineres, MMC, motivo pelo qual a arrendatária

entrou com ação com medida de urgência perante o TRF4 para conceder antecipação de tutela e suspender a cobrança da multa¹⁷¹. Pediram a suspensão devido a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do assoreamento nos acessos aquaviários do Porto de Itajaí no ano de 2015. A tutela foi concedida pela Justiça e, caso a Superintendência não cumprisse o disposto, ficaria sujeita a multa de R\$500.000,00.

De outra mão, a SEP alega que a arrendatária não paga a taxa e MMC desde 2011, o que soma o montante de R\$ 3.960.392,74 (três milhões novecentos e sessenta mil trezentos e noventa e dois reais e setenta e quatro centavos), devidos à SEP conforme previsão contratual¹⁷². A SEP alegou que está cumprindo para além de sua obrigação contratual, possibilitando uma profundidade além da prevista contratualmente para entrada de embarcações.

A SEP fundamentou suas alegações comparando o Porto Público ao Terminal de uso privado localizado à frente do Porto de Itajaí, PORTONAVE, que, por razões já expostas nesse trabalho, possui circunstâncias muito diferentes do porto público quanto a taxa de MMC, quanto ao reequilíbrio contratual (tendo em vista que não passam por contenciosos administrativos), bem como às questões burocráticas que envolvem o assoreamento dos canais. Alegou que o Portonave se destaca na movimentação de contêineres, enquanto que o porto público fica muito atrás:

Outro fator a citar – para mera exemplificação, o TUP Portonave, localizado exatamente defronte a APM Terminals, que possui as mesmas condições de acesso aquaviário, e muitas vezes até mais restritiva, devido a dinâmica hidrológica do canal de acesso, tem ano após ano auferido recordes de movimentação.

Além disso, podemos observar por exemplo, que no encerramento do mês de dezembro de 2016 foram registradas 87 escalas efetuadas no Complexo Portuário do Itajaí totalizando a movimentação de 929 escalas na movimentação acumulada do ano, com 12.049.551 toneladas verificando-se um crescimento de 9% na movimentação total de cargas em relação ao mesmo período do ano anterior, que realizou 857 escalas, com 11.072.540 toneladas, sendo que, no número de escalas realizadas observamos um crescimento de 8% em relação ao mesmo período do ano anterior, como se vê no respectivo relatório estatístico.

Especificamente em relação à movimentação de contêineres no complexo, transportados por embarcações que se utilizaram do mesmo acesso aquaviário que resultou nos seguintes dados de movimentação: • *TUP PORTONAVE: 905.962 TEU' s/ano 2015-2016, com crescimento de 34% do mesmo período;* • *Na movimentação total do*

¹⁷¹ Importante destacar que todos os dados contidos neste tópico do trabalho foram retirados dos autos do processo n. 5006865-09.2017.4.04.0000, cujo acesso aos autos foi aprovado mediante requisição à Justiça Federal, com fundamento na Lei de Acesso à Informação.

¹⁷² “O contrato de arrendamento prevê uma movimentação mínima de contêineres (MMC) que deve ser atingida pela Agravada ao final de cada ano (item 2 da Cláusula 20a). Caso a movimentação atingida seja inferior à estabelecida, mesmo assim ela deve realizar o pagamento de valores à Superintendência do Porto de Itajaí (SPI), como se ela tivesse sido atingida. Se a movimentação for maior, a Agravada deve pagar o valor calculado segundo a movimentação efetiva”. Contra notificação da Superintendência do Porto de Itajaí, para notificar o indeferimento pela Autoridade Portuária do pleito de suspensão dos valores devidos pelo não atingimento do MMC.

complexo, no segmento de cargas containerizadas, registrou-se o acumulado de 1.102.196 TEU's com 10.979.125 toneladas verificando-se um crescimento de 12% ao ano 2015- 2016;

A SEP encaminhou o pedido de revisão da taxa de MMC ao Ministério dos Transportes, portos e aviação civil (Secretaria de Infraestrutura Portuária, Departamento de Obras e Serviços de Acessos Aquaviários), que elaborou um memorando em 24/11/2016, demonstrando que após as chuvas de 2015, houve assoreamento e paralisações das atividades portuárias, durante nove dias, deixando de movimentar 19,8 mil contêineres e de arrecadar cerca de R\$ 31,68 milhões. O Projeto elaborado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Hidroviárias (INPH) demonstrou que houve um assoreamento médio de 2,8 milhões de m³, o que diminui a movimentação de contêineres no porto.

Foi aberto, então, outro procedimento de revisão do equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Arrendamento 030/2001, Processo nº 000.45.0033.69/2016-23, pela Secretaria de Políticas Portuárias. A Secretaria expôs que:

Do pedido da arrendatária confrontado com os argumentos e justificativas que o embasam, bem como da manifestação técnica do DOSAA, percebe-se a congruência entre os problemas enfrentados pela APM Terminals Itajaí/SC, relativamente à obrigação da MMC contratual vinculadas diretamente às condições de operacionalidade máxima do Porto de Itajaí, notadamente acerca da relação direta de concausalidade originada pela ausência de dragagem no canal de acesso¹⁷³.

Foi aberto edital de licitação para dragagem, em 2016, diante das fortes chuvas, para restabelecer o limite de calado operacional do complexo portuário. As restrições no calado afetam o carregamento dos navios, fazendo com que se transporte uma menor quantidade de contêineres, o que dificulta o atingimento da MMC.

A decisão do TRF4, frente ao pedido de antecipação de tutela para suspensão da cobrança da taxa de MMC foi que:

A existência de processo administrativo pendente de julgamento, envolvendo pedido de revisão da cláusula contratual de movimentação mínima de contêineres – MMC, já seria suficiente para embasar a suspensão da cobrança pretendida pela SPI”.

Tenho que a possibilidade de revisão administrativa do MMC afetará diretamente o cálculo de eventuais valores devidos pela parte autora à SPI, a título de diferença entre a efetiva movimentação de contêineres em 2016 e a quantidade mínima prevista, razão pela qual a cobrança deverá permanecer suspensa até decisão administrativa¹⁷⁴.

¹⁷³ Nota informativa nº 001/LFGS/2016/SPP/MTPA do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

¹⁷⁴ Despacho/Decisão proferida pela 2a Vara Federal de Itajaí nos autos do Processo n. 5000412-05.2017.4.04.7208/SC

Frente a essa decisão, a Superintendência do Porto de Itajaí apresentou pedido de reconsideração, sob o argumento de que a apresentação de pedido administrativo, quando não amparado por lei específica não é capaz de suspender a exigibilidade de crédito tributário e com base em Ofício da ANTAQ que informa que a exigência das taxas de MMC anteriores ao ano de 2015 são efetivamente devidas.

Em resposta, a APM Terminals argumenta que não há valor em aberto referente às taxas de MMC nos anos de 2011 a 2015, informando que foram devidamente pagos e anexando documento que comprova o pagamento das taxas. Além disso afirma que:

Em segundo lugar, é no mínimo precipitada a afirmação do Chefe da Regional de Florianópolis de que o fator em discussão no feito “*nada influi na movimentação de contêineres nos anos anteriores*” a 2016. Com respeito, a influência da ausência de dragagem sobre o atingimento da MMC será definida por meio das provas a serem produzidas. Além disso, o próprio ofício menciona o grave assoreamento ocorrido “*entre setembro e outubro de 2015*”. Ou seja, no mínimo a MMC do ano de 2015 também enfrentou problemas por causa do assoreamento não resolvido pela SPI;

(...)

Não se discute aqui o pedido de revisão da MMC. Na realidade, a Autora defende que não pode ser penalizada por não atingir a MMC se a própria SPI, ao não promover a dragagem adequada do canal de acesso, impede que se atinja a MMC. Conforme restou demonstrado, inclusive por pareceres técnicos do próprio Ministério dos Transportes, a ausência de dragagem adequada tem realmente impossibilitado o atingimento da MMC. Assim, de acordo com a Cláusula 58^a, item 1, do contrato de arrendamento, a SPI não pode exigir da Autora que cumpra a obrigação relacionada à MMC¹⁷⁵.

A APM Terminals enfatizou a diferença entre o Porto de Itajaí e PORTONAVE, argumentando que os navios que atracam neste são menores que naquele e que este possui dimensões cinco vezes maiores que aquele. Além de que, como é um terminal privado, “tem mais condições de contornar eventuais restrições como as que existem nos acessos”. Pediu então, pelo não conhecimento do pedido de reconsideração e, se caso conhecido, pediu sua rejeição no mérito. A decisão do magistrado foi de rejeitar o pedido de reconsideração da Superintendência por não apresentar fato novo.

A União, então, apresentou contestação no processo, que reafirma os argumentos já apresentados pela Superintendência do Porto de Itajaí, além de contrariar a decisão que suspendeu a exigência da taxa de MMC, sob o argumento de que o processo administrativo que discute o reequilíbrio contratual do contrato 030/2001 em nada suspende as obrigações contidas nele. Utiliza-se do argumento de que a ANTAQ, nos Autos do Procedimento Administrativo

¹⁷⁵ Manifestação da APM Terminals Itajaí S.A. acerca do pedido de reconsideração apresentado pela SPI.

Contencioso nº. 50303.001469/2008-95, posicionou-se no sentido de que o contrato apresentava desequilíbrio em relação a arrendadora, e “nem por isso a arrendadora deixou de respeitar as disposições contratuais”. É que o contrato prevê descontos progressivos caso alcançadas as taxas de movimentação de contêineres. E, quando do primeiro aniversário do contrato, o arrendatário já tinha obtido o desconto máximo, por este motivo, estaria o desequilíbrio, até então, em favor da arrendadora e não da arrendatária. Diz, ainda, que “a profundidade do acesso aquaviário do Porto de Itajaí inclusive é maior que a obrigação contratual da Superintendência do Porto de Itajaí possui em relação à APM Terminals”. E, por derradeiro, novamente compara a boa performance do Portonave em relação ao Porto de Itajaí. Pediu, por fim, pela revogação da liminar.

A Superintendência do Porto de Itajaí também apresentou contestação no mesmo sentido da contestação apresentada pela União, ressaltadas as tentativas de responsabilizar arrendatária pela diminuição na movimentação dos contêineres, pois não teria mantido a modernidade e quantidade de equipamentos hoje existentes no mercado.

O juiz viu a necessidade de entender o procedimento administrativo para decidir a causa, e pediu, então, para anexar aos autos o processo administrativo que discute a questão do reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

A Superintendência do Porto de Itajaí pediu ao juízo federal a suspensão do processo administrativo nº 000.45.0033.69/2016-23, o que foi negado pelo juízo:

A última movimentação do processo administrativo é uma nota informativa dirigida a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil submetendo a avaliação acerca da possibilidade de atendimento do pleito de redução solicitado pela APM Terminals Itajaí S.A., com base em seus argumentos fáticos e alegações jurídicas, consoante Resolução ANTAQ n. 3.220, e da manifestação técnica do DOSAA. Portanto, muito embora a SPI tenha informado que solicitaria ao Ministério dos Transportes a baixa de encaminhamento (ofício 016/2017/SURIN - evento 1, OUT5), **não há comprovação de tal requerimento no processo administrativo.** Ademais, não há informações acerca da iminência da baixa, especialmente considerando que o processo administrativo aguarda avaliação da Consultoria Jurídica acerca do pedido de revisão formulado pela parte autora (movimentação atual do processo).

Esse procedimento, como a maioria dos procedimentos administrativos, são altamente complexo e também, na maior parte das vezes, nada efetivo. Tanto é por isso que, mesmo sendo a taxa de MMC discutida no processo administrativo, a Superintendência cobrou da arrendatária a multa, tendo APM Terminals de se socorrer ao judiciário, por meio de medida de urgência, para dar efetividade à pretensão discutida no âmbito administrativo.

O grau de complexidade do procedimento administrativo em questão é alto, eis que o processo passou por todos os órgãos de regulação da atividade aquaviária: ANTAQ, Ministério

dos Transportes e Tribunal de Contas da União. A própria ANTAQ optou por desmembrar o Processo Administrativo Contencioso (PAC) em dois, sendo o primeiro para a apuração dos fatos relacionados com a exploração das áreas e instalações públicas do porto pela TECONVI (atual APM Terminals), inclusive fatos conexos, tais quais: a realização de acréscimos de área ao arrendamento, bem como prorrogar o prazo de prioridade de atracação, sem anuência da ANTAQ; descumprimento ao inciso I, do artigo 4º da Lei nº 8.630/93, por promover o arrendamento de área com 7.318, 12m² sem realização de procedimento licitatório; o descumprimento ao inciso 111, do artigo 44 da Resolução nº 055-ANTAQ, por deixar de renegociar o contrato de arrendamento com vistas a restabelecer o seu equilíbrio econômico-financeiro; deixar de obter anuência da ANTAQ para realização de investimentos por parte da arrendatária. E outro para a apuração do pagamento indevido ao Município de Itajaí, no valor de R\$ 2.831.213,43, mediante desvio de verbas destinadas à melhoria das instalações e infraestrutura portuária. A questão vem sendo discutida administrativamente desde 2008, sem qualquer eficiência que assegure às partes, tanto arrendatária, quanto arrendadora, segurança jurídica.

Diante desses conflitos há, então, o contencioso administrativo nº 50303.001469/2008-95 e o processo nº 50300.000267/2014-11, que discute, especificamente, a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato:

Durante a tramitação do presente processo houve 3 pedidos de recomposição do equilíbrio do contrato de arrendamento supracitado, os quais foram se aperfeiçoando a medida em foi tramitando o processo, sendo que a demanda vigente foi recebida em 10/11/2015 (início às folhas 772-774 do Documento SEI 0005166) e requer a prorrogação excepcional do Contrato Nº 30/2001 (além da prorrogação máxima estabelecida no edital/contrato) por mais 15 anos e 7 meses, que seria o prazo entendido pela Requerente como necessário para recompor o alegado desequilíbrio desse contrato, que segundo a Arrendatária é da ordem de R\$ 96.264.871,51 a seu favor (em valores de 31/07/2011, que corresponderia a **R\$ 120.851.030,44** em valores de junho/2015), conforme resultado do processo de apuração levado a efeito entre a SPI e a Arrendatária¹⁷⁶.

O Ministério dos Transportes, assim como a ANTAQ, devem ser consultados quando da necessidade de reequilíbrio contratual, aditivos ao contrato ou nova área da instalação portuária objeto de arrendamento (para dispensar ou não o processo licitatório da área) e a anuência dos órgãos reguladores demora. Enquanto isso, Superintendência do Porto e arrendatária vão

¹⁷⁶ Parecer Técnico da ANTAQ no Processo n. 50300.000267/2014 -11

acumulando os prejuízos e os lucros que deixam de aferir pela lentidão desse processo administrativo.

Com isso se quer enfatizar que o litígio envolvendo o contrato de arrendamento em questão é de um grau de complexidade tão elevado que envolveu não somente esses três processos aqui citados, mas outros sete processos:

- 1) O processo n. 00045.003369/2016-23, originário da Superintendência de Porto de Itajaí/SC, em que a APM Terminals requer a revisão da Movimentação Mínima;
- 2) O processo n. 50000.027314/2017-81, aberto diante da solicitação, pela APM Terminals, para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) que não conheça das alegações contidas no Ofício no 063/2017/SURIN, de 6 de fevereiro de 2017, emitido pela Superintendência do Porto de Itajaí, e que expeça determinação à ANTAQ para o sobrestamento do exame do referido documento no âmbito do processo 50300.000541/2011-92 da agência reguladora;
- 3) O processo no 00045.003369/2016-23, anexado ao processo no 50000.027314/2017-81, e este enviado da Assessoria Especial do Gabinete do Ministro – AEGM à Secretaria Nacional de Portos – SNP, “*para conhecimento da última solicitação da arrendatária e manifestação*”;
- 4) O processo n. 00045.004847/2016-12, no qual consta posicionamento exarado pelo Departamento de Outorgas Portuárias – Gestão Contratual, que aduzem não ser possível atribuir exclusivamente à ausência da realização de dragagem a diminuição de movimentação portuária no Porto de Itajaí, pelo simples fato, inclusive, de a APM Terminals Itajaí estar apresentando queda na movimentação desde o ano de 2012, e já ter se manifestado nos autos do processo n. 00045.000569/2014-62;
- 5) Processo n. 00045.000569/2014-62, que trata de extensão de prazo do Contrato de Arrendamento no 030/2001, atualmente em análise na ANTAQ, fazendo menção a situações mercadológicas que estariam interferindo em seus negócios;
- 6) O processo n. 50000.013697/2017-11, aberto em função de ofício emitido pela Superintendência do Porto de Itajaí, contendo solicitação para revisão do processo de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Arrendamento no 030/01, realizada no âmbito do processo no 00045.000569/2014-62;
- 7) O processo n. 00416.005126/2017-45, no qual consta manifestação sobre o interesse

recursal quanto ao deferimento parcial do pedido de antecipação de tutela.

Percebe-se, com esse número elevado de processos dentro dos órgãos controladores do porto, a falta de efetividade nas medidas necessárias para o porto ter sua rotatividade de contêineres e lucratividade de volta.

A necessidade de socorrer à Justiça Federal para afastar a taxa de MMC foi justamente uma tentativa de trazer efetividade e celeridade nos prejuízos que vêm sofrendo as partes em razão da morosidade administrativa em resolver a recomposição do equilíbrio-financeiro do contrato de arrendamento no contencioso n. 50300.000267/2014-11. O litígio em questão, que seja o reequilíbrio contratual, é um assunto altamente complexo, que demanda tecnicidade.

Tanto é assim que o legislador ordinário já reconheceu a necessidade de buscar uma alternativa mais eficiente para esses conflitos que já editou decreto para que, casos que envolvam recomposição do equilíbrio contratual de arrendamento portuário, devem ser submetidos, preferencialmente à arbitragem institucional¹⁷⁷.

Fato é que, diante da análise destes processos, que somam mais de 1.000 páginas, chega-se à conclusão de que quem perde é a coletividade. A máquina administrativa, assim como a judicial, possui custos que na verdade se elevam a de uma arbitragem quando se fala de valores tão altos.

Nesse processo frente à Justiça Federal as custas iniciais foram de **R\$ 957,69**. A taxa que deixou de ser recolhida pela Superintendência do Porto de Itajaí R\$ **R\$ 3.960.392,74**, valor da multa sobre a arrendatária. A recomposição do equilíbrio em favor da arrendatária perfaz o valor de **R\$ 190 milhões**, conforme alegado pela arrendatária, valor sobre o qual a Superintendência de Itajaí reconhece o reequilíbrio em favor da APM Terminals no montante de R\$ 96.264.871,51. Além disso, a Superintendência está em débito com a arrendatária, de acordo com a ANTAQ, pois a agência reconheceu, no processo n. 503000.002696/2016/78, a devolução de 7,5 milhões em valores investidos pela APM Terminals.

E, diante da demora de 10 anos em se alcançar alguma conclusão quando a prorrogação do contrato ou sobre devolução do valor da outorga, tem-se o resultado de obras atrasadas no porto, falta de dragagem, uma movimentação realmente muito inferior ao terminal portuário

¹⁷⁷ *In verbis*: “Art. 3o. § 1º Será dada preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem *ad hoc*”. BRASIL. Decreto Nº 8.465, de 8 de Junho de 2015. Brasília, DF.

privado Portonave. O prejuízo com as chuvas no porto de Itajaí é em torno de **R\$ 52 milhões**, segundo notícias veiculadas nas mídias do estado de Santa Catarina¹⁷⁸.

Isso se dá, claramente, em razão da assimetria regulatória entre os terminais públicos e os terminais privados. Os autorizatários não têm de se submeter à máquina burocrática desse caminho administrativo para resolver questões contratuais.

No entanto, esse caminho não precisa mais ser a regra, eis que esse conflito poderia ser resolvido de maneira mais célere, menos custosa, garantindo mais segurança jurídica por meio de métodos alternativos. E, das estatísticas acerca da arbitragem envolvendo a Administração Pública, seu valor, de acordo com a tabela da CAM-CBC, ficaria em torno de **R\$ 600.000,00**, se considerado o valor do reequilíbrio 190 milhões, como teria uma solução no prazo máximo de dois anos, os prejuízos que vieram ao porto poderiam ter sido evitados. Segue o cálculo realizado na tabela de custos e honorários da CAM-CBC¹⁷⁹:



CAM-CBC
CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Home Arbitragem & ADRs Estrutura Organizacional Incentivo e Pesquisa Imprensa Contato PT | EN | ES

TABELA DE DESPESAS

- Tabela de Despesas 2017
- Tabela de Despesas 2015 - 2016
- Tabela de Despesas 2012-2014
- Tabela de Despesas 1998-2011

TABELA DE DESPESAS 2017
(em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017)

Informe Valor da Disputa

R\$ 190.000.000,00

Tribunal Arbitral (3 Árbitros)		
	Requerente(s)	Requerido(s)
Taxa de Registro	R\$ 4.000,00	-
Taxa de Administração	R\$ 150.800,00	R\$ 150.800,00
Honorários do Tribunal Arbitral (Composição)	R\$ 451.500,00	R\$ 451.500,00
Total	R\$ 606.300,00	R\$ 602.300,00

¹⁷⁸ NOTÍCIAS, Uol. **Prejuízo com chuvas chega a R\$ 52,81 milhões no porto de Itajaí (SC)**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/26/prejuizo-com-chuvas-no-complexo-portuario-do-itajai-chega-a-r-5281-milhoes.htm>>. Acesso em: 04 maio 2018.

¹⁷⁹ Cálculo realizado no site <<http://www.ccbc.org.br/Noticias/5069/tabela-de-despesas-2017>>. Acesso em 10 jun. 2018.

Dessa forma, as partes estariam reequilibradas, com a movimentação de contêineres em dia, modernizando seu maquinário, provavelmente com o calado necessário no ano de 2015, e o Porto de Itajaí não deixaria de movimentar 52 milhões, diminuindo a assimetria deste em relação ao terminal privado PORTONAVE, garantindo maior concorrência e efetividade às relações que envolvem os portos públicos. Além disso, a segurança jurídica advinda daquela decisão, dado o princípio da irrecorribilidade, não sendo possível recorrer e prolatar a decisão do tribunal arbitral.

A arbitragem portuária é possível desde 2013, pois a lei 12.815/2013 já previa utilização da arbitragem para litígios no setor, em seu artigo 62:

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 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.

Em que pese a redação do *caput* referirem-se apenas às tarifas portuárias e outras obrigações financeiras, o parágrafo primeiro foi abrangente ao estabelecer os limites da Lei de Arbitragem. Com isso, o legislador quis estabelecer que, conforme o artigo 1º da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, são submetíveis à arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse ínterim, encontram-se os órgãos do setor portuário, pois ANTAQ, União e autoridade portuária estabelecem relações jurídicas de cunho patrimonial e disponível nos contratos de arrendamento e de autorização.

Apesar de a arbitragem ser hoje muito disseminada no Brasil e no mundo, mesmo com o Decreto nº 8.465/2015 e do Decreto 9.048/2017, delimitando como se dá a arbitragem envolvendo os litígios de direito portuário, ainda há doutrinadores que são contra a arbitragem com a Administração Pública¹⁸⁰, porque o objeto seria direito público, que não seria disponível.

Diante disso, após explanadas neste capítulo as vantagens da arbitragem em detrimento do ajuizamento de ações envolvendo o direito portuário, por motivo da complexidade da área, cabe consolidar a ideia de que a administração pública pode se submeter à arbitragem.

¹⁸⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p.732.

3. ARBITRAGEM PORTUÁRIA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ainda há discussões¹⁸¹, no direito brasileiro, sobre o direito público ser passível de arbitragem, uma vez que, só podem ser objeto da arbitragem os direitos disponíveis e patrimoniais. Nesse sentido, são significativas as palavras de Marolla: “O grande óbice reside no fato de a arbitragem ser instituto tipicamente privado, que se assenta na autonomia da vontade e na liberdade das partes de contratar, princípios estes, em tese, incompatíveis com o regime jurídico público da Administração”¹⁸². A ideia existente entre os operadores do direito é de que a utilização dos institutos privados pela Administração Pública não seria vantajosa por possibilitar fraudes entre agentes públicos e privados¹⁸³. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, defendem que, mesmo que o direito público assuma tais características, não faz sentido a Administração Pública recorrer a um meio privado de resolução de conflitos se ela possui a jurisdição estatal, que seria a mais competente para dirimir litígios envolvendo os entes públicos.

Tal perspectiva, no entanto, vem sido superada pela doutrina e jurisprudência que, acompanhando a tendência internacional, consideram factível a administração pública ser parte em uma arbitragem e assinar compromisso arbitral ou estabelecer convenção arbitral nos contratos administrativos. Mesmo diante da consolidação deste tema, ainda não se percebe um reflexo em relação ao aumento do número de arbitragem com a Administração Pública, pois, conforme pesquisa realizada por Selma Lemes em seis câmaras arbitrais, em 2016 houve 20 novos casos de arbitragens envolvendo a administração pública direta ou indireta em cinco das seis Câmaras pesquisadas (CAMARB, CAM-CCBC, CAM FIESP/CIESP, CAM-BOVESPA e CAM-FGV)¹⁸⁴. Quanto às arbitragens em curso em 2016 com a Administração Pública foram 55 casos. Considerando que em 2016 o número total de arbitragens sendo processadas era de 609 casos, pode-se dizer que quase 9% (9,03%) dessas arbitragens tiveram em um dos pólos a Administração Pública. A autora afirma que esse percentual provavelmente subiria nos próximos

¹⁸¹ Nas palavras de Marçal Justen Filho: “Uma das questões mais polêmicas relativamente a contratos administrativos se relaciona à utilização de mecanismos privados para composição de litígios”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 770

¹⁸² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57.

¹⁸³ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 13-34. p. 17

¹⁸⁴ LEMES, Selma Ferreira, *op. cit.*

anos, pois há expressa previsão na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96 alterada pela Lei nº 13.129/2015) da previsão da arbitragem com a Administração Pública nos contratos de Parceria Público-Privada, concessões em geral e a Parceria Pública de Investimento (Lei nº 13.334/2016 e MP 752/2016).

No direito portuário, mesmo com expressa previsão desde a Nova Lei dos Portos em 2013, desde o decreto dos portos em 2015 e 2017, só se tem conhecimento de uma arbitragem portuária que tenha como parte a Administração Pública envolvendo o tema, o que demonstra que o assunto ainda merece debate e enfrentamento às controvérsias sobre arbitragem com a Administração Pública. Diante disso, debate-se o tema à exaustão, para se demonstrar que o Poder Público possui os pressupostos necessários à pactuação de arbitragem e que não são todos os direitos que envolvem o Poder Público indisponíveis, de forma que não há qualquer óbice legal à arbitragem com Administração Pública.

3.1 Os pressupostos à pactuação de arbitragem

Para que os interessados possam se valer da arbitragem, é preciso que cumpram determinados pressupostos, dentre eles, as partes devem ser capazes de contratar, que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, e o objeto de compromisso arbitral ou da cláusula compromissória deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, que diz respeito à arbitrabilidade objetiva. Podem as partes escolher o direito a ser aplicado na arbitragem, tanto material quanto processual, existindo a opção de uma arbitragem por equidade ou com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio¹⁸⁵. O princípio basilar da pactuação da arbitragem é a autonomia da vontade das partes em celebrar convenção ou compromisso arbitral, deixando para a livre escolha das partes o direito aplicável.

A submissão à arbitragem se dá por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, sendo que, ambas formam, conjuntamente, a convenção de arbitragem. A cláusula compromissória é o “pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de um eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica”¹⁸⁶. Existem as cláusulas compromissórias vazias, aquelas que apenas determinam, de

¹⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 16.

forma genérica, que os conflitos decorrentes daquele contrato em que está inserida ou ao contrato objeto de cláusula posterior ao firmamento do contrato, serão resolvidos por meio de arbitragem. Diante dessa situação, as partes possuem o poder de determinar a nomeação do árbitro, podendo decidir se será árbitro único ou um tribunal arbitral formado por mais de um árbitro, como também as demais circunstâncias que se fazem necessárias à instauração da arbitragem, como o prazo para apresentação do laudo e o local de realização dos atos da arbitragem¹⁸⁷. No caso da cláusula cheia, já estão previstas todas essas circunstâncias, que sejam, local, número de árbitros e o local que será realizada a arbitragem.

Esse pressupostos conferidos na Lei de Arbitragem dizem respeito às relações privadas, em que “além dos requisitos veiculados no art. 1º da Lei 9.307/96, consistentes na capacidade de contratar e na disponibilidade e patrimonialidade do direito controvertido, não se colocam outros óbices legais à submissão de um litígio à arbitragem”¹⁸⁸, no entanto, as mesmas premissas não bastam para a que a administração pública se submeta à arbitragem, como se demonstrará a seguir.

3.1.1 Os direitos passíveis de serem submetidos à arbitragem

Os litígios que podem ser submetidos à arbitragem são aqueles definidos pelo art. 1º da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O legislador quis deixar bem claro quais os direitos que não são passíveis de arbitragem, no artigo 852 do Código Civil, que veda o compromisso para “questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”, a arbitragem, assim, diz respeito apenas aos direitos que não venham a ferir interesse coletivo. Os direitos disponíveis são aqueles dos quais as partes podem dispor livremente, isto é, são passíveis de negociação, quando os bens podem ser livremente comercializados no mercado sem qualquer impedimento.

A matéria acerca da qual trata a arbitragem é restrita a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da LBA), enquanto a jurisdição estatal trata sobre qualquer matéria decorrente de qualquer litígio, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Frente a um juízo arbitral não serão discutidos os pressupostos da ação em sede de preliminares, o procedimento de

¹⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁸ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto, *op. cit.*, p. 57.

arbitragem envolve duas etapas: as questões de jurisdição, que seria a presença de cláusula compromissória de arbitragem, e se esta vincula todas as partes que desejam arbitrar, se o tribunal arbitral é competente para julgar a causa, ou seja, se a matéria se trata de direito patrimonial disponível. E numa segunda etapa, as questões atinentes ao mérito, que seria a parte comum tanto à jurisdição estatal quanto à arbitral¹⁸⁹.

Sobre a administração pública¹⁹⁰, no âmbito dos contratos envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista, nenhuma dúvida paira de que os seus conflitos podem ser dirimidos pela via arbitral, desde que desempenhem atividade econômica, sobretudo que, nesta condição, equiparam-se às empresas privadas¹⁹¹. Quanto à exploração dos portos brasileiros, é atividade de competência da União Federal, conforme estabelecido no artigo 21, inciso XII, alínea “F” da Constituição Federal. Esse serviço, no entanto, nunca foi exercido de forma direta, mas, sim, mediante concessão, como explicado no capítulo dois deste trabalho. Quando se fala em portos organizados, as concessionárias de serviços públicos são, normalmente, sociedades de economia mista, controladas anteriormente pela Empresa de Portos do Brasil S.A., a PORTOBRÁS. No âmbito dos contratos de concessão, o inciso XV do art. 23 da Lei 8.987/1995 determina a utilização da via amigável de solução de conflitos, desde que, sejam respeitados os princípios da legalidade e do interesse público. Na parceria público-privada, regida pela Lei 11.079/2004, dúvidas não restam sobre a possibilidade de convenção de arbitragem, a teor do art. 11, II, da referida norma que disciplina o assunto. Para as demais relações em que estejam presentes pessoas jurídicas de direito público, a arbitragem poderá ser utilizada para a solução de conflitos que tenham característica privada, ou seja, “aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o poder público seja locatário”¹⁹². Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos

¹⁸⁹ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

¹⁹⁰ Sobre a arbitragem com a Administração Pública no mundo, não há limitações para a celebração de convenção arbitral em contratos administrativos na Suíça, Itália, Portugal, Estados Unidos da América e Inglaterra. Na Espanha, a arbitragem com a Administração Pública não é aceita, enquanto que outros países aceitam a sua utilização, mas com certas limitações. Na França, contratos de parceria público-privada, estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial, relações que envolvam entidade estrangeira é permitido compromisso arbitragem. Na Bélgica, é permitida a utilização de arbitragem pelos entes públicos para elaboração ou execução de um contrato e nos casos determinados por lei ou por decreto real deliberado no Conselho de Ministros. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto, *op. cit.*

¹⁹¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.

¹⁹² *Ibidem*, p. 58.

administrativos, ancorados no direito público. **Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação.** Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza”.¹⁹³

Aos poucos vem caindo por força da própria legislação as resistências doutrinárias acerca da administração pública não poder se submeter a arbitragem no Brasil e a nova lei dos portos, Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, no seu artigo 62, fez a primeira referência à arbitragem no setor portuário, admitindo a submissão àquela via paraestatal de solução de conflitos. Mas ainda são inúmeras as dúvidas que pairam acerca da arbitragem nos contratos administrativos, não existindo um consenso acerca do tema, motivo pelo qual a possibilidade de arbitragem envolvendo contratos administrativos será debatida de forma ampla.

3.2 A arbitragem nos contratos administrativos

A arbitragem funcionaria para dirimir conflitos em contratos administrativos porque eles são considerados incompletos, e para resolver questões complexas, de energia, infraestrutura, engenharia, ninguém mais capacitado que um árbitro, técnico no assunto, escolhido pelas partes. O árbitro será um *expert* na área em discussão e “está em melhores condições de flexibilizar e modernizar a interpretação dos contratos administrativos”¹⁹⁴, tendo em vista que as experiências advindas do âmbito empresarial, diante de contratos altamente complexos, e vislumbrando como as tratativas ocorrem na prática, a negociação entre as partes e percebendo o interesse delas. Os benefícios são muitos, eis que a arbitragem:

- a) contribui para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, constituindo vantagem em termos de eficiência;
- b) Propicia mecanismo de controle e prevenção contra o abuso do poder estatal, o que representa uma conquista no campo da legalidade;
- c) Estimula a participação mais consciente e responsável das partes envolvidas, o que certamente valoriza a cidadania e;
- d) Possibilita o alcance de decisões mais justas às partes e, portanto, mais facilmente cumpridas, representando aperfeiçoamento no campo da legitimidade¹⁹⁵.

¹⁹³ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 26.

Além de que as cláusulas compromissórias garantem que as obrigações estabelecidas naquele contrato administrativo virão a ser adimplidas, o que atrai investimentos privados e estrangeiros para a economia, “uma vez que o cumprimento dos contratos possui efeitos macroeconômicos à medida que funcionam como um termômetro da economia local”¹⁹⁶.

São três correntes hoje sobre a submissão da administração Pública à arbitragem, além de outros nuances controversas que aqui serão expostas e debatidas. A primeira corrente não admite a arbitragem que envolva o Poder Público por entender que a indisponibilidade do interesse público não autorizaria a submissão da Administração Pública à arbitragem. A segunda corrente entende que é possível a arbitragem com entes públicos mesmo que não exista lei específica autorizando, porque a previsão contida na Lei de Arbitragem já seria suficiente, porque o interesse da Administração não equivale ao interesse público propriamente dito. A terceira corrente aceita que entes públicos participem de uma arbitragem somente se houver lei específica. Este trabalho defende a segunda corrente, como será demonstrado, após superar o motivo por considerar as outras duas insuficientes.

3.2.1 A indisponibilidade do interesse público

No que diz respeito à impossibilidade de convenção arbitral nos contratos administrativos devido à indisponibilidade do interesse público, para Marçal Justen Filho, “o argumento é improcedente e contém uma contradição, pois admitir a procedência do argumento conduziria a excluir a existência dos contratos administrativos”. Isso porque “a disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações via consensual”. Portanto se o Estado pode contratar, também pode arbitrar, porque ambos são imperativos da autonomia da vontade. “Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa”¹⁹⁷, de forma que não só a cláusula que dispõe acerca da arbitragem não teria validade, mas como todas as outras disposições contratuais.

Nesse sentido são submetidos à arbitragem aqueles direitos que dizem respeito à uma contraprestação pecuniária, pois, de fato, não são todos os direitos públicos que envolvem questões passíveis de submissão à arbitragem, mas tão somente aqueles que tenham por objeto

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL, *op. cit.*, p. 771.

direitos patrimoniais disponíveis. Os contratos administrativos, em sua maioria, que tenham por assunto a transferência de titularidade de bens, por exemplo, possuem conteúdo patrimonial e disponível, porque está se dispondo de um bem, mesmo que público, em dinheiro, daí o caráter patrimonial. Esse tipo de contrato, *per si*, não fere o princípio da indisponibilidade do interesse público, eis que, quando a Administração Pública vende um bem, ela visa a satisfação desse interesse. Quando há a transferência da execução do serviço público está, também, objetivando o interesse público, pois se busca o auxílio da iniciativa privada para melhor satisfação da prestação daquele fim. Indisponível, portanto, é o interesse público, e não o interesse da Administração, que negocia, vende, compra e delega, opera-se, assim, a distinção daquilo que é ordem pública do que é ordem negocial no âmbito da Administração Pública. Nas palavras de Caio Tácito:

Os contratos administrativos não se confundem com os contratos de direito privado pela finalidade a que se destinam no atendimento do interesse público.

Ressalvadas, porém, suas peculiaridades, são relações bilaterais que têm como requisitos essenciais a natureza comutativa (equivalência entre as prestações das partes) e o caráter sinalagmático (reciprocidade das obrigações).

Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida¹⁹⁸.

Esse é entendimento consolidado pelos doutrinadores de direito administrativo, bem como pela jurisprudência, na direção de que é factível a administração pública se submeter à arbitragem. Há vários precedentes jurisprudenciais nesse sentido, com destaque para o “Caso Lage”, em que a União assumiu compromisso arbitral e participou de tribunal arbitral para resolver conflito com a Organização Lage, um conjunto de empresas que se dedicava à navegação, estaleiro e portos¹⁹⁹. O conflito dizia respeito a uma indenização que deveria ser paga pela fazenda ao espólio Henrique Lage e Organização Lage. O Ministro da Fazenda, sugeriu a expedição de Decreto-Lei fixando a indenização em Cr\$ 150.000.000,00, sugestão não acolhida pelo Governo, que constituiu uma Comissão, com a finalidade de avaliar os bens, que encaminhou relatório em que ficava mantida a incorporação dos acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, avaliados em Cr\$ 303.070.609,75, “sendo que os bens não incorporados seriam restituídos a quem de direito, mediante o processo de inventário e partilha,

¹⁹⁸ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 210, p. 111-115, 1997. p. 114

¹⁹⁹ União Federal versus Espólio de Renaud Lage e outros, Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage. STF - Agravo de instrumento nº 52.181 - Relator: Sr. Ministro Bilac Pinto. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 15 jun. 2018.

que já tramitava”. A restituição de prévia homologação dos interessados acabou não ocorrendo, de forma que o Ministro da Fazenda determinou a venda em hasta pública dos bens excluídos da incorporação. No entanto, antes da venda em hasta pública o advogado do espólio sugeriu a constituição de um juízo arbitral. Como a praça não se realizou, o espólio formulou contra a União um protesto, solicitando também a restituição de todos os bens e insistiram na criação de um juízo arbitral. O Ministro da Fazenda propôs a formação de outra comissão, com consulta ao chefe de governo, que apoiou a solução da controvérsia via arbitragem, expedindo então o Decreto-lei n. 9.521, de 16 de julho de 1946, regulando o destino dos bens, a indenização a ser paga pela União, sendo que o *quantum* indenizatório será fixado pelo juízo arbitral, “a instituição do juízo arbitral para o fim de julgar, em única instância e sem recursos, as impugnações oferecidas pelo Espólio, sua herdeira e legatários, aos Decretos-lei anteriores”.

Ressaltou-se, para constituição do procedimento, que não cabe recurso da sentença arbitral, sendo exequível independentemente de homologação e o tribunal seria composto por três membros: um membro eleito pelo Ministro da Fazenda, outro membro indicado pelo espólio, um terceiro membro escolhido dentre os titulares do Supremo Tribunal Federal. Em 21 de janeiro de 1948, o Tribunal Arbitral proferiu sentença, fixando a indenização no patamar de Cr\$ 288.460.812,00, o Presidente da República, então, solicitou a abertura de crédito especial para o pagamento do espólio, aprovado na Câmara dos Deputados, bem como no Senado e na Comissão de Constituição e Justiça. Remanesceram credores, sendo solicitado novo crédito, com aprovação em ambas casas do Congresso Nacional, mas o Procurador-Geral da Fazenda elaborou parecer alegando a inconstitucionalidade da arbitragem, encaminhado ao Congresso Nacional, com o objetivo de cancelar todos os créditos especiais solicitados pela presidência. Só que, na comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, foi emitido parecer contrário, sob o argumento de que “a sugestão do governo importaria em anular atos perfeitos e acabados do poder público, e que, se a pretensão do Poder Executivo fosse a de anular estes atos, o caminho acertado seria o de recorrer ao Poder Judiciário”.

Ajuizada ação na justiça federal, foi alegada a invalidade do Juízo Arbitral, porque não se poderia criar um órgão judicante, estranho à jurisdição estatal, e do qual não se poderia recorrer da decisão. No entanto, a sentença arbitral foi considerada válida, asseverando-se o seu caráter constitucional. No Tribunal Federal de Recursos, foram julgadas procedentes em parte recursos de ambas partes, confirmando ainda o valor da indenização determinada em procedimento

arbitral. Uma vez no Supremo Tribunal Federal, foram confirmadas o asseverado pelos tribunais anteriores, que os argumentos sustentados pela União para invalidar a arbitragem, que seja sua inconstitucionalidade, já não mais se sustentam, pois é apreciada a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive nos casos que envolvam a Fazenda Pública, firmando o entendimento de que os créditos especiais seriam válidos, até porque não cabe ao Congresso Nacional decidir sobre a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem. “Na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Decreto-lei n. 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresse, ou mesmo implícito, a instituição de um Juiz Arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma (...)”. E “A União assumiu um compromissos obrigatório e tal laudo deve ser examinado como uma peça de fundo contratual e não como uma sentença”. Asseverou-se que o tribunal arbitral é criação contratual, que nasceu do compromisso das partes, mesmo que ainda, à época, não fosse a arbitragem regulada por lei especial, e ainda demonstrou que várias órgãos foram criados com função judicante, como o Tribunal Marítimo e como a Câmara de Reajustamento Econômico. Sobre isso, “o Juízo Arbitral constitui uma jurisdição paralela à da justiça ordinária e as suas decisões são equivalentes a dos juízes oficiais, fazem coisa julgada e são oponíveis, por isso mesmo, como exceção à renovação da lide perante aqueles justíças” e por isso é válida sem a necessidade de homologação pelo judiciário.

Ainda há posicionamentos considerados relevantes para a consolidação da arbitragem com a Administração Pública, como o Mandado de Segurança 11308/DF²⁰⁰, julgado em 2008, impetrado pela empresa Terminal Multimodal de Coroa Grande -SPE - S/A, contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, em razão da Portaria Ministerial no 782, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A. A impetrante alega, em síntese, que firmou contrato particular com a Nuclebrás, sociedade de economia mista permissionária da exploração do terminal de uso privativo, que fica fora do Porto organizado, “para administrar, explorar e operar o terminal portuário e a área retroportuária, de acordo com a autorização do Ministro dos Transportes”. Alega que o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia não possui competência para rescindir o contrato e a violação de cláusula contratual que determina a apuração dos haveres para aquilatar os créditos remanescentes em caso de distrato. Pediu medida liminar para suspender os efeitos da portaria e a reintegração da

²⁰⁰ STJ - MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2008, S1. Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

posse da área do porto que contratualmente administraria. Foi concedida a liminar e, inconformada, a União interpôs agravo regimental, alegando a invalidade da cláusula compromissória, sob o argumento de que, uma vez que o porto é bem público da União, ele seria indisponível e que feriria o interesse público. O agravo regimental restou desprovido. A União ainda interpôs embargos declaratórios, os quais também foram rejeitados. Do julgamento do Mandado de Segurança, estabelece o Ministro Luiz Fux que “a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado”. E “resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público”. “Evitar que em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez”. “Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público”, “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público”, “deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada” e “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”, ainda que “a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere”, além de que “é cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la”. Assim, foi concedida a segurança e considerado o juízo arbitral como o adequado para o caso de arrendamento portuário em questão.

Esses dois precedentes, o “Caso Lage”, destacado pela doutrina arbitralista como o precedente mais importante para a consolidação não só da arbitragem com a Administração Pública, como também da arbitragem em si e o Mandado de Segurança 11308/DF, versam justamente sobre arbitragem portuária, eis que ambos os objetos da cláusula compromissória diziam respeito ao porto. Portanto, além de possível e recomendável a arbitragem com a

Administração Pública, estabeleceu-se pela jurisprudência a possibilidade da arbitragem portuária, pois versam sobre contrato administrativo de prestação de serviço público e sobre bens públicos, eis que ambos são negociados e alienados, isto é, disponíveis e patrimoniais.

Não obstante esses exemplos, percebe-se que vários são os contratos administrativos que já contam com cláusula compromissória, como os contratos de concessão da ampliação da Rodovia dos Imigrantes, em São Paulo, e a construção do Eurotúnel. Além disso, no ano de 2008, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios estabeleceu a possibilidade da opção da arbitragem para dirimir controvérsias dos contratos administrativos, quando decidiu acerca da sua utilização em um contrato de saneamento de esgoto firmado pela Companhia de Saneamento do Distrito Federal²⁰¹.

Mesmo diante desses argumentos ainda há controvérsias envolvendo a proibição de foro estrangeiro e a necessidade de licitação e, não bastasse esses pontos controvertidos, ainda há quem defenda que os serviços públicos só podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, porque versariam sobre direitos indisponíveis ou por ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende não ser aceitável, de acordo com a disposição do art. 11, III, da Constituição Federal, que particulares resolvam litígios envolvendo serviços públicos. Ainda afirma: “permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve”²⁰².

3.2.2 Autorização Legal

O tema arbitragem e administração pública, portanto, ainda é objeto de estudo acadêmico, sem alcançar uma conclusão, mesmo depois das recentes alterações legislativas na Lei Brasileira de Arbitragem, que com a edição da Lei n. 13.129/2015 acrescentou primeiro artigo da Lei n. 9.307/1996, a seguinte disposição: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, vindo a afastar

²⁰¹ Apelação Cível n. 2001.01.1.002704-2. Segunda Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Teófilo Caetano. Julgado em 13/8/2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acessado em: 6 jun. 2018.

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op cit.*, p. 804.

qualquer dúvida que ainda pairava acerca de uma autorização legal específica sobre a uso da arbitragem pela administração pública. Até então ainda existia a dúvida da aplicação da arbitragem pela obrigatoriedade de vislumbrar ao princípio da legalidade²⁰³, tendo em vista que a Administração Pública só pode atuar nos limites da lei. Isso porque o administrador público está sempre, na sua atuação, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, só sendo permitido à administração pública fazer aquilo que a lei autoriza e caso não exista legislação permitindo a celebração de cláusula arbitral, não poderia ela o celebrar.

Tal posição não guarda mais fundamento, visto que são várias as disposições normativas que permitem, expressamente, a utilização da arbitragem para conflitos que discutam serviços públicos. A própria lei de arbitragem guarda dispositivo permitindo a utilização, bem como a Lei Federal das Parcerias Público-Privadas (PPPs), Lei n. 11.079/94, em seu artigo 11, III, prevê a possibilidade da escolha da arbitragem nos contratos de PPPs²⁰⁴. Assim como as leis estaduais n. 12.930/04, de Santa Catarina²⁰⁵; Lei n. 14.910/04, de Goiás²⁰⁶; Lei n. 11.688/04, de São Paulo²⁰⁷; Lei n. 9.290/04, da Bahia²⁰⁸; Lei 14.868/03, de Minas Gerais²⁰⁹ e a Lei n. 12.234/05, do Rio Grande do Sul²¹⁰.

²⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82.

²⁰⁴ *In verbis*: “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”.

²⁰⁵ *In verbis*: “Art. 10. A contratação de parceria público-privada deve ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, observado o seguinte: III - no edital de licitação, poderá se exigir: e) facultar a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato”.

²⁰⁶ *In verbis*: “Art. 15. Os instrumentos de parcerias público-privadas poderão prever, nos termos da legislação em vigor, mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, na qual os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade”.

²⁰⁷ *In verbis*: “Artigo 11 - Os instrumentos de parceria público privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor. Parágrafo único - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade”.

²⁰⁸ *In verbis*: “Art. 9. Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor”.

²⁰⁹ *In verbis*: “Art. 13. Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem. § 1º Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 2º A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral”.

²¹⁰ *In verbis*: “Art. 6º - A contratação de parceria público-privada deve ser precedida de licitação, na modalidade de concorrência, observado o seguinte: III - edital de licitação poderá exigir: d) adoção da arbitragem, em relação a aspectos previamente delimitados, para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato”.

Antes mesmo de a lei expressamente autorizar arbitragem com a Administração Pública em âmbito geral, legislações esparsas previam o uso na arbitragem em situações específicas. A lei n. 5.662, de 1971, a que transformou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico em empresa pública, autorizou a utilização de cláusulas arbitrais nos contratos internacionais²¹¹. E, depois, estendeu-se a permissão aos contratos com o Tesouro Nacional²¹².

Em contramão, o Decreto-Lei n. 2.300, de 1986, que disciplinava acerca dos contratos de licitações, vedada expressamente a utilização da arbitragem, sendo, posteriormente alterado pelo Decreto lei n. 2.387/87²¹³, que determinou a possibilidade de escolha da arbitragem em algumas hipóteses de licitação internacional. O Decreto-Lei n. 2.300, de 1986, foi totalmente revogado pela Lei n. 8666/93, a atual lei de licitações, a qual trouxe uma previsão um tanto imprecisa quanto a possibilidade de escolha da arbitragem nos contratos de licitação.

Com isso se quer apontar que, por mais que superadas as duas correntes que limitam o uso da arbitragem pelo poder público pela indisponibilidade do poder público ou pela necessidade de autorização legal, o assunto não se esgota na contra-argumentação dessas duas vertentes, pois há várias outras controvérsias que dificultam a utilização desse meio de resolução de litígios pelo poder público, como a proibição de escolha de foro estrangeiro e a necessidade de licitação para a escolha da câmara arbitral.

3.2.3 Controvérsias na arbitragem com a Administração Pública

3.2.3.1 A proibição de foro estrangeiro

O art. 55, § 2º da Lei n. 8666/93²¹⁴, a atual lei de licitações, determina que, nos contratos

²¹¹ *In verbis*: “Art. 5º A empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar todas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento”.

²¹² DOLINGER, Jacob. **A Imunidade Jurisdicional dos Estados**. Revista Forense 277/53-80, p. 78.

²¹³ *In verbis*: “Art. 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: Parágrafo único. Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral”

²¹⁴ *In verbis*: “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: §2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá

celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive com aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual²¹⁵, salvo o disposto no § 6 do art. 32 desta Lei²¹⁶. Imperava, assim, a regra geral de proibição de escolha de foro estrangeiro, e extensão da obrigatoriedade de escolha do foro da sede da Administração nos contratos celebrados com pessoas físicas e jurídicas domiciliados no Brasil. A dúvida permaneceu, pois a lei em nenhum momento mencionou a arbitragem nas exceções previstas no § 6 do artigo 32 da Lei n. 8.666/93, pois, nestes casos, estaria permitido a eleição de foro estrangeiro, presume-se que, também a arbitragem. A doutrina corrobora tal entendimento, Mauro Roberto Gomes de Mattos entende continuar sendo possível a utilização da arbitragem, para os contratos administrativos que versem sobre financiamentos internacionais, nos quais é válida a escolha pela arbitragem²¹⁷. Mesmo que superado o entendimento, por doutrina e jurisprudência, o dispositivo ainda é alvo de dúvidas no que diz respeito a sua primeira parte, na qual se estabelece que é obrigatório que a cláusula determine como competente o foro da sede da Administração. Alguns autores consideram essa parte do dispositivo um obstáculo ao desenvolvimento da arbitragem com a Administração Pública, como Luís Roberto Barroso, ao declarar que, a lei n. 8.666/93, no art. 55, § 2º, não somente impede a arbitragem, assim como não autoriza a sua previsão²¹⁸.

Apesar disso, outros autores defendiam a possibilidade de se valer da arbitragem com

constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei”.

²¹⁵ MEDEIROS, Suzanda Domingues. **Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101. Jul./Set, 2003. p. 76.

²¹⁶ *In verbis*: “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

²¹⁷ DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001. p. 122.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez**. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo 11, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 636.

fulcro no artigo 54 da Lei n. 8.666/93²¹⁹, o qual leciona que os contratos administrativos de que da Lei de Concessões regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, subsidiariamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Assim, uma vez que a arbitragem é um instituto do direito privado, estaria permitida a utilização, até porque a arbitragem não surgiu como substitutivo da jurisdição estatal, mas como uma alternativa, até mesmo para cumprir os valores constitucionais, que seja o princípio da eficiência (artigo 37, CF/88²²⁰) e em respeito ao direito fundamental da razoável duração do processo e a celeridade da tramitação (artigo 5º, LXXVIII, CF/88²²¹).

3.2.3.2 Previsão de arbitragem no contrato de licitação e licitação para escolha de câmara

Outro ponto ainda controverso é sobre a necessidade de previsão de arbitragem já no edital de licitação, previamente ao contrato administrativo. Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que é dispensável a previsão de arbitragem no edital de licitação, pois compromisso arbitral firmado posteriormente continua válido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. (...) 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico

²¹⁹ *In verbis*: “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

²²⁰ *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 (...)”.

²²¹ *In verbis*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido²²².

Além disso, há o argumento de ser necessário o procedimento licitatório para escolha de câmara arbitral e até mesmo do próprio árbitro, eis que ambos funcionariam como prestadores de serviços e, tendo em vista que a Administração Pública não pode contratar serviços de maneira livre e arbitrária (art. 2º da Lei de Licitações²²³), deveria a câmara e o árbitro serem escolhido por meio de processo licitatório. No entanto, pode-se interpretar que a escolha deles se encaixe em uma das hipóteses de dispensa e exigibilidade previstas no art. 25 da Lei de Licitação, Lei n. 8.666/93²²⁴, porque “os serviços prestados pela câmara e pelos árbitros, no exercício de seu poder/dever de jurisdição, são caracterizados por serviços técnicos de profissionais especializados”²²⁵ e, por esse motivo, cumpre o disposto no art. 13 da Lei n. 8.666/93²²⁶. A Administração Pública, tal como ocorre em qualquer procedimento licitatório, deverá demonstrar a reconhecida especialização da câmara arbitral que venha a escolher.

3.2.3.3 Publicidade das decisões arbitrais que envolvam a administração pública

Além desses pontos alvos de discussão, resta o problema relativo a privacidade das

²²² STJ REsp. 904.813/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 20/10/2011. Dje 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

²²³ *In verbis*: “Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

²²⁴ *In verbis*: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

²²⁵ TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza, *op. cit.*, p. 23.

²²⁶ *In verbis*: Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

decisões nas arbitragens que envolvam a administração pública, isso porque um dos princípios da administração pública é justamente a transparência e publicidade dos seus atos. Surge, diante disso, a dúvida acerca de como harmonizar o sigilo, característica vantajosa da arbitragem ao dever de publicidade, porém o sigilo não é característica imprescindível ao procedimento arbitral, uma vez que, se as partes escolhem a publicidade da decisão, nada as impede essa escolha. É possível, portanto, rejeitar a confidencialidade da arbitragem, sendo respeitado o princípio da transparência, para que os interessados tenham acesso à decisão ou atos importantes do procedimento, “preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral”²²⁷. A publicidade será respeitada nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, conforme já se percebe pelas ações adotadas pelas câmaras. A CAM-CCBC, por exemplo, em cumprimento ao ditame constitucional, expediu em 2016 resolução normativa sobre a publicidade dos documentos nas arbitragens com o poder público e informou que estão em curso procedimentos arbitrais com Arena Negócios e Investimentos S/A x Estado de Pernambuco (arbitragem iniciada em 21 de maio de 2015), bem como com Libra Terminal 35 S/A, Libra Terminais S/A e União, por intermédio da Secretaria dos Portos da Presidência da República (iniciada em 18 de outubro de 2016), BRK Ambiental – Sumaré S.A. e Município de Sumaré (iniciada em 22 de janeiro de 2018) e Concessionária Move São Paulo S.A. e Governo do Estado de São Paulo (iniciada em 15 de março de 2018)²²⁸. Mesmo assim, a prática vem demonstrando que se o cidadão requer perante à câmara sentença arbitral ou ato da arbitragem envolvendo o Poder Público, as câmaras delegam a responsabilidade da publicidade dos atos à entidade administrativa envolvida a arbitragem, não sendo, portanto a câmara arbitral que dá a publicidade dos atos, mas a própria Administração Pública.

3.2.3.4 O acesso à justiça

Outro argumento é no sentido de que se retiraria a possibilidade de recorrer ao judiciário, ferindo o princípio do acesso à justiça, porém tal entendimento não se sustenta tendo em vista a possibilidade, na própria Lei de Arbitragem, de as decisões arbitrais serem revistas no poder judiciária mediante o ajuizamento de ação de nulidade da sentença arbitral. Além disso o

²²⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op cit.*, p. 52.

²²⁸ CAM-CCBC. **Arbitragens com a Administração Pública Direta**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1616/arbitragens-com-a-administracao-publica-direta>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

processo arbitral não impede que pessoas alheias ao compromisso arbitral levem ao judiciário litígio com o mesmo objeto decidido em âmbito arbitral, pois o compromisso só vincula as partes que o pactuaram²²⁹. Nesse ponto, importante destacar que a decisão judicial, mesmo que venha a gerar uma decisão diferente daquela determinada pelo tribunal arbitral, não modifica o teor daquela e nem leva aos direitos objeto daquela arbitragem a serem considerados indisponíveis, seria passível de modificação apenas se a demanda judicial vier a declarar a indisponibilidade daqueles direitos discutidos na esfera arbitral.

O acesso à justiça está ligado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que estabelece no seu Artigo 5º, inciso CCCV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Os obstáculos ao acesso à justiça guardam relação com o custo alto e a longa duração do processo, a falta de informação das pessoas sobre seus próprios direitos e na descrença na efetividade e imparcialidade da justiça. Para superar essas dificuldades ao acesso à justiça, existem soluções que visam a sua garantia, dentre elas, os meios extrajudiciais de resolução de litígios, que seja, a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Os métodos alternativos facilitam a solução do litígio de maneira mais rápida e menos custosa para as partes, eis que, como já demonstrado, o processo judicial e administrativo que dura 10 anos envolvendo o direito Portuário acaba, visto de um aspecto amplo, sendo mais custoso do que uma arbitragem que terá uma sentença de maneira muito mais rápida. Deixar essa alternativa de lado é ferir o princípio do acesso à justiça, pois as demandas que envolvem a Administração Pública afetam toda a coletividade, eis que ligadas ao interesse público, de forma que negar a opção de um meio mais célere, efetivo e menos custoso, é obstruir o acesso à justiça. O acesso à justiça, portanto, relaciona-se não apenas com o acesso à jurisdição estatal, porque, na verdade, ele diz respeito à resolver os litígios da melhor forma possível, o que, em muitos casos, dá-se através dos meios extrajudiciais.

3.2.4 A impossibilidade da arbitragem por equidade

Dentre todas as controvérsias colocadas sobre arbitragem contra Administração Pública, há um único consenso existente entre todas as correntes: a impossibilidade de que a arbitragem seja por equidade, sendo admitidas apenas a arbitragem de direito e a arbitragem *ad hoc*. Isso se

²²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 117-126, 2008. p. 8.

dá “por força do princípio da legalidade, a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente”²³⁰. A decisão por equidade é baseada em parâmetros de ordem subjetiva, com base em critérios subjetivos, a partir da noção de justiça e de equilíbrio que o árbitro venha a escolher. “Ainda que seja válida quanto diante de particulares, esse critério não se presta para temas envolvendo interesses de entes estatais, pois estes, por definição, não prescindem de disciplina em normas de direito (princípio da legalidade)”²³¹.

Na arbitragem por equidade, as partes autorizam os árbitros a julgar conforme prudência e a consciência, visando o justo e o equânime, pautando-se nos princípios morais básicos de convivência social. A arbitragem por equidade também não é permitida por não respeitar o princípio da legalidade, pois relaciona-se com a aplicação de costumes e princípios gerais como ordem jurídica aplicável à solução do litígio. A obediência ao princípio da legalidade restringe a autonomia da escolha da legislação aplicável ao procedimento, de forma que a arbitragem deve ser necessariamente de direito.

Nas arbitragens internacionais, no entanto, é permitido à Administração Pública convencionar a observância de direito estrangeiro, equidade, princípios internacionais de direito ou regras consuetudinárias²³². Não obstante Selma Lemes defende a arbitragem por equidade na arbitragem doméstica, com fundamento na experiência bem-sucedida dessa prática no Chile. A arbitragem com a Administração Pública no Chile é de direito, mas também podem, excepcionalmente, ser de equidade, caso envolvam apenas questões de fato ou de simples determinações econômicas. A aceitação, no entanto, não é unânime, pois parte da doutrina chilena defende a utilização da arbitragem por equidade em diversos casos que envolvam a Administração Pública, enquanto que outra parte defende a sua aplicação apenas nesses casos específicos. Eduardo Jequier Lehuedé, da Universidad de los Andes, rebatendo a impossibilidade da arbitragem por equidade em todos os casos, diz que não há qualquer inconveniente na arbitragem por equidade com a Administração Pública não qualquer inconveniente nessa possibilidade, “na medida em que o árbitro não afete a ordem pública objetivada na regra de

²³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 117-126, 2008. p. 10

²³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, *op. cit.*, p. 10.

²³² SICA, Heitor Vitor Mendonça. ARBITRAGEM E FAZENDA PÚBLICA. p. 9.

iuscogens e que a reivindicação específica esteja disponível em lei”²³³. Selma Lemes esclarece como se dá o procedimento por equidade no Chile²³⁴:

Em decorrência do Decreto com Força de Lei – DFL nº 164/91 limitou-se os poderes públicos do Estado nos contratos de concessão, procurando a igualdade jurídica das partes. Foi estabelecido importante e profícuo sistema de conciliação e arbitragem, haja vista a jurisprudência arbitral advinda, principalmente após a instituição da “Comisión Conciliadora” pelo Decreto Supremo do Ministério de Obras Públicas – MPO nº 900 de 1996. Referida Comissão estabelece interessante procedimento de constituição, inclusive de Comissão Arbitral (portanto, com poderes jurisdicionais) e os árbitros indicados pelas partes atuarão como “árbitros arbitadores”, isto é, a decisão deverá ser por equidade, opção comumente adotada naquele país, inclusive para as arbitragens privadas.

3.3 A arbitragem nos contratos administrativos de prestação de serviço público

Deixou-se a não consensualidade a respeito da arbitragem nos contratos administrativos que tenham como objeto a prestação de serviço público, tais como todos os contratos de concessões, em que se inserem os contratos típicos de direito portuário, como último ponto controvertido dentro de todos os óbices à arbitragem com a Administração pública para adentra, por fim, na arbitragem portuária.

A questão polêmica envolvendo arbitragem e contratos administrativos de prestação de serviços públicos é no sentido de que serviços públicos são indisponíveis, porque irrenunciáveis, de forma que não poderiam ser submetidos à arbitragem. No entanto o caráter irrenunciável da prestação do serviço público não significa que todos os aspectos dessa prestação sejam considerados indisponíveis. Isso porque, como exposto no capítulo anterior, os serviços públicos são prestados através de contratação, sendo, assim, passíveis de negociação, o que demonstra a disponibilidade dos direitos objeto do contrato administrativo de delegação na prestação de serviços públicos. Além disso o aspecto patrimonial desses direitos é caracterizado pelos preços estabelecidos, as condições de pagamento e o cronograma de investimento, ou seja, as características contratuais relativas à exploração econômica da prestação do serviço, sendo, também disponíveis, porque passíveis de negociação no contrato.

²³³ “Aun en el arbitraje de equidad, en la medida que el árbitro no afecte el orden público objetivado en la norma de *iuscogens* y que la pretensión concreta sea disponible en Derecho”. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del estado. *Revista chilena de derecho*, v. 40, n. 1, p. 159-182, 2013.

²³⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira, *op. cit.*, p. 15.

Nesse sentido, se a arbitragem envolver empresas estatais, deve-se distinguir no seu objeto social a prestação do serviço público do exercício da atividade econômica, “campos em tudo diferentes, eis que no primeiro pela supremacia do interesse público o direito é indisponível, enquanto no último pela ausência dessa supremacia, o direito é disponível”²³⁵. Para além disso, como leciona Eros Roberto Grau, há uma diferença entre o poder de a administração alterar unilateralmente o contrato, do poder de contratar:

Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual²³⁶.

De todo modo, dado o grau de complexidade que envolvem tais contratos, as vantagens da opção pela arbitragem são as mesmas do sucesso da arbitragem no ramo privado, que seja a integração dos mercados financeiros e comerciais, a vantagem em “submeter a técnicos experientes e escolhidos pelas partes a resolução de conflitos dentro de regras preestabelecidas, evitando sua submissão aos tribunais estaduais, com decisões mais céleres e sem formalismos jurídicos”²³⁷. E o Poder Público percebe que esta é a alternativa mais adequada aos contratos administrativos do direito portuário e, mesmo já existindo permissão expressa na Nova Lei dos Portos e na Lei de Concessões, regulamentou a arbitragem portuária por meio de decretos, para afastar as dúvidas acerca dessa possibilidade e instigar a escolha pela arbitragem nessa área. Tais decretos, no entanto, sofrem críticas por parte da doutrina arbitralista, a qual não afasta a sua importância de fomentar o setor. As exposições são válidas e guiam os operadores do direito a compreender o porquê que, apesar de existir a possibilidade legal de se optar pela arbitragem portuária, ainda esta é pouco utilizada no Brasil. As regulações trazidas pelos decretos a seguir expostos abarcam vantagens e desvantagens, tendo em vista que a arbitragem com a Administração Pública não se procederá como qualquer outro procedimento arbitral, sofrendo alguns limitações que colocam o particular em desvantagem. Só que, mesmo assim, a alternativa da arbitragem portuária é a mais adequada para conferir a agilidade e segurança que o setor portuário demanda, conforme dispõe o tópico subsequente.

²³⁵ DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001. p. 121.

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 21, n. 21, 2000. p. 145.

²³⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto, *op. cit.*, p. 35.

3.3.1 O Decreto 8.465/2015 e 9.048/2017

Como exposto no capítulo anterior, quando os concessionários estão competindo com empresas privadas, como é o caso do setor portuário, esse cenário impõe enorme assimetria decisória e regulatória. E é nesse ambiente que a arbitragem poderia encurtar o distanciamento assimétrico, sendo uma solução viável e mais eficiente ao contexto do direito portuário brasileiro. As legislações do direito portuário abarcam essa possibilidade, já existindo previsão legislativa na Lei n. 12.825/13, a Nova Lei dos Portos, a qual disciplinou que “o inadimplemento no recolhimento de obrigações financeiras perante a ANTAQ e administração do porto, declarada em “decisão final” impede o inadimplente de prorrogar os contratos de concessão e arrendamento, bem como ter novas autorizações”²³⁸.

Em 2015, adveio o Decreto n. 8.465, que regulamentou o parágrafo primeiro da Nova Lei dos Portos, para modificar o artigo primeiro da Lei Brasileira de Arbitragem, incluindo o seguinte parágrafo: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²³⁹. Assim, a lei trouxe de forma expressa a possibilidade da administração pública utilizar-se da arbitragem, quando essa arbitragem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

O objetivo desse decreto era de determinar um rumo para casos de arbitragem que envolvem a União e outros órgãos da administração pública federal indireta e as concessionárias, como também arrendatários, autorizatárias ou os operadores portuários, com o que diz respeito ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias, também em relação a demais obrigações financeiras em face da administração do porto e a ANTAQ.

Um ponto de destaque desta regulamentação é a preferência pela arbitragem institucional que pela arbitragem *ad hoc*, o que, em se tratando de arbitragem portuária faz sentido, pois, as demandas exigem uma câmara especializada, devido as dificuldade envolvidas na fase pré-contratual, nas decisões para o devido seguimento do procedimento arbitral, seja a fixação de honorários, a definição da forma do custo das despesas envolvidas na arbitragem, o procedimento

²³⁸ GONÇALVES, Cláudio Augusto; REIS, Raquel Segalia. **Ensaio de direito aduaneiro**. São Paulo: Intelecto, 2015. p. 439.

²³⁹ BRASIL. **Decreto Nº 8.465, de 8 de Junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.

que será aplicável, a nomeação dos árbitros, a validade e eficácia da cláusula compromissória e sua possível extensão a terceiros, condições estas conferidas apenas pela arbitragem institucional.

Em que esse aspecto positivo avindo do decreto, há várias críticas acerca da desnecessidade de muitos dispositivos e nas desvantagens estabelecidas aos particulares como forma de proteção à Administração Pública. A finalidade do decreto, na verdade, é de diferenciar a arbitragem que envolve direito portuário, das demais arbitragens que possuem como parte a administração pública, porém para estudiosos da área, como Maciel²⁴⁰, não há diferença, pois os contratos com a administração pública em nada se diferem dos contratos do setor portuário. No entanto, ainda afirma que, apesar de essa forma não ser a mais recomendada, é preciso superar esse estigma e utilizar o decreto como uma oportunidade de aumentar o número de arbitragens portuárias no Brasil.

Com a vinda deste decreto, ficou expressamente consolidado que direito portuário versa sobre direito patrimonial disponível, até porque é uma prática mundial resolver litígios da atividade portuária por meio da arbitragem. Como por exemplo, aqueles que versem sobre contratos de construção e ampliação da infraestrutura do porto, contratos de seguro da transportadora, bem como do porto, em caso de sinistro e até mesmo o *Terminal Service Agreement*. Essas controvérsias, em muitos países, como em Singapura e na Inglaterra, nem ao menos passam perto do judiciário, sendo direcionadas diretamente à arbitragem²⁴¹.

O ponto crucial é que ele é pioneiro por abordar sobre arbitragem quanto a litígios envolvidos no Direito Portuário e isso faz com que seja necessário uma adequação, em vista de que os casos nessa área tem aspectos peculiares no que diz respeito à publicidade e custos, principalmente, aspectos os quais não estão presentes na arbitragem entre entes privados. A matriz legal desse decreto é o Artigo 62, I da Lei dos Portos, e, na forma como está redigido, passa a impressão de que os conflitos portuários só podem ser submetidos à arbitragem nos casos que tratem sobre inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, o que não se confirma com o artigo posterior que inclui inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-

²⁴⁰ MACIEL, Pedro. **Arbitragem portuária**. IV Congresso Nacional de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro, OAB Paraná, 2015. Palestra em ppt.

²⁴¹ AGRIPINO, Osvaldo. **Direito Portuário e Nova Regulação**. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 434

financeiro dos contratos, outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ.

Com isso, tem-se que, os conflitos na área portuária em sua generalidade podem ser submetidos à arbitragem, desde que preenchidos as condições estabelecidas pelo artigo 3º do decreto, que traz uma possível limitação a arbitragem de recomposição de equilíbrio financeiro. A limitação a essa possibilidade, na visão de Gonçalves e Reis²⁴², está em contramão à prática arbitral brasileira, tendo em vista a maioria dos casos de arbitragem são de recomposição de equilíbrio econômico financeiro. Após muita discussão doutrinária, boa parte da doutrina entende que é apenas um exemplo, não limitaria o escopo da arbitragem de maneira alguma. Maciel²⁴³ afirma que o decreto, que tinha como objetivo regulamentar a Lei dos Portos, foi para além do escopo desta e passou a criar limites a sujeição da administração pública no setor portuário à arbitragem. Defende que existem alguns aspectos estranhos à Lei dos Portos, como a necessidade de adiantar as custas de perícia, estabelecimento de um prazo mínimo para defesa, enquanto isso, na verdade, já é estabelecido nos regulamentos das câmaras arbitrais. Além disso, afirma que o fato de a administração pública não arcar com os gastos da arbitragem já instituí, de antemão, um desequilíbrio originário entre as partes.

Como um todo, o decreto repete muitas disposições já existentes na Lei de Concessões e na Lei Brasileira de Arbitragem, de forma que muitas disposições seriam desnecessárias, porque já disciplinadas. É o caso, por exemplo, do inciso I do art. 3º do Decreto, segundo o qual a arbitragem será sempre de direito, nunca de equidade, disposição já presente na Lei n. 9.307/1996, que também é decorrência do princípio da legalidade. E ainda no segundo inciso do artigo, há a previsão de que a legislação aplicada a arbitragem no setor portuário será a brasileira. Após, no terceiro inciso, estabelece que “a arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa”, objeto já contido no art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 e do art. 11, inciso III da Lei 11.079/2004, “que de toda forma poderia ser aplicado por analogia às arbitragens de que cuida o Decreto 8.465/2015”²⁴⁴. Ambas disposições poderiam ser aplicadas conforme o art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, que disciplina que o foro da administração tem competência para resolver qualquer questão contratual.

²⁴² GONÇALVES, Cláudio Augusto; REIS, Raquel Segalia, *op. cit.*, p. 454.

²⁴³ MACIEL, *op. cit.*

²⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem no Setor portuário: Análise do Decreto 8.465/2015. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 563-569. p. 569.

Outro dispositivo alvo de críticas é o art. 3º, inciso IV, que disciplina a publicidade de todas as informações do processo, em consonância com o art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, que também reafirma a norma constitucional prevista no art. 37 da Constituição Federal. Sobre isso, “é bom que se diga que a norma deve ser interpretada com razoabilidade: assegurar a publicidade de ‘todas as informações do processo’ não significa garantir o acesso de qualquer pessoa a todos os atos do procedimento arbitral”²⁴⁵, pois a Câmara arbitral não funciona como repartição pública, de forma que não pode qualquer pessoa ter acesso a todos os atos contidos no procedimento.

Com isso, tem-se que o Decreto analisado derrui algumas incertezas que existiam na Lei n. 12.825/13, a Lei dos Portos, porém se percebe que, por trás de todas as dúvidas sanadas, tem-se um protecionismo injustificado à administração pública, como no pagamento das custas e da submissão à arbitragem quando o conflito já tiver sido submetido ao poder judiciário. Um exemplo de desproporção é a distinção entre as duas formas de convenção de arbitragem, pois determina que a cláusula compromissória, aquela que é firmada no contrato administrativo quando da sua pactuação, deve constar expressamente o afastamento da sua incidência “as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos” (art. 6º, § 2º, II), embora o assunto possa ser objeto de compromisso arbitral, que será celebrado somente da insurgência de uma desavença contratual:

Não há dúvida que a injustificada restrição à extensão da cláusula compromissória tem por única finalidade dificultar o acesso do particular à via arbitral, e, justamente na hipótese de controvérsia que é mais preocupante para os agentes privados que celebram contrato com a Administração Pública: a recomposição da equação econômico-financeira do ajuste, que pode ser desequilibrada até mesmo por ato unilateral do Poder Público. Pois segundo o Decreto 8.465/2015, surgindo o desequilíbrio em desfavor do particular, terá ele de convencer a Administração a submeter a questão à arbitragem, celebrando o necessário compromisso arbitral; do contrário, somente restará ao particular a via do Poder Judiciário²⁴⁶.

Além do mais, o decreto limitou a discricionariedade que detinha a Administração para firmar o compromisso arbitral ou recorrer ao Poder Judiciário, pois o § 1º, do art. 9º estabelece que, quando sobrevier um conflito de um contrato sem cláusula compromissória, o poder público deve avaliar “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”, comprometendo-se a preferir o procedimento arbitral “nos casos de litígios que envolvam análise técnica de

²⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de, *op. cit.*, p. 570.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 571

caráter não jurídico” ou “sempre que a demora na solução do litígio possa gerar prejuízo à adequada prestação do serviço ou à operação do porto ou inibir investimentos considerados prioritários” (art. 9º, §2º). Com isso, a Administração não pode recusar a via amigável sem justificativa motivada, devendo demonstrar razão pela qual preferiu a via judicial em detrimento da arbitragem, principalmente nos casos já estabelecidos pelo decreto como meio preferencial de resolução de litígios.

Outro ponto de desvantagem aos particulares é que o decreto estabeleceu que o valor da causa será aquele que o Poder Público entende como devido, o que abre a possibilidade de a Administração escolher o custo da arbitragem de forma arbitrária, sendo que o pagamento recairá sobre o particular, que deve adiantar todas as despesas com a realização da arbitragem (art. 3º, VII). No entanto, há uma disposição muito vantajosa à arbitragem com a Administração Pública de maneira geral: o reconhecimento da desnecessidade de licitação para escolha do árbitro, pois a opção deverá se dar em respeito à notória especialização dos árbitros indicados acerca do objeto discutido e, acima de tudo, a confiança da parte em seu desempenho (art. 7º, §3º).

Quanto à escolha da câmara arbitral, também não necessita de licitação, de forma a levar em consideração apenas elementos subjetivos, avaliador de acordo com o caso concreto, que seja da tradição das câmaras, o seu regulamento, reputação e carreira dos árbitros que fazem parte da câmara, o valor das custas da arbitragem, os honorários dos árbitros, sendo estes últimos elementos de ordem objetiva, para assegurar a primazia do interesse público. Além disso, o decreto estabelece que ela deve ter sede no Brasil, mas “nada impede que a instituição arbitral responsável pela administração do litígio tenha sede no exterior. Bem pelo contrário, é bastante corriqueiro que uma arbitragem seja administrada por uma câmara sediada num país e tenha sua sede noutro”²⁴⁷. Essa disposição veio a limitar ainda mais a autonomia das partes no seu poder de escolha, o que vai de encontro com a ideia principal do procedimento arbitral, que é a autonomia da vontade das partes em poder dirimir de que forma e como resolverão seus conflitos.

A vedação “por via postal” determinada pelo ato normativo causa confusão, eis que a câmara escolhida para dirimir a controvérsia pode estar localizada em diferente local de onde se encontram os advogados representantes da União sobre o caso. Isso se complica ainda mais nos casos de arbitragem “ad hoc”, pois não existirá uma organização administrativa para auxiliar o tribunal arbitral. Essa disposição é reflexo da extensão à arbitragem das características inerentes à

²⁴⁷ MELLO, Rafael Munhoz de, *op. cit.*, p. 573.

atuação judicial da União, que tem como exigência comunicações processuais pessoais e, para além, a possibilidade de intervenção do Poder Público em conflitos que envolvam autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

No que diz respeito, ainda, aos honorários dos advogados, eles terão aqueles contratuais, porém não há honorários de sucumbência em sede de arbitragem com Administração Pública, o que recebe muita crítica por parte dos advogados que atuam na área. Isso se dá em razão de o Poder Público ser representado pelos advogados da União, que não percebem os valores a título de sucumbência. E, mais uma vez, em razão da condição de ter como parte um ente público, os particulares saem sem outra características presente nos procedimentos arbitrais em geral.

Mesmo assim, diante de tudo isso, não há qualquer limitação capaz de colocar o particular em real desvantagem pelo uso da arbitragem, porque as restrições colocadas pela regulamentação podem ser cumpridas sem dificuldades e compensadas de outras maneiras para com os advogados que os representam, a partir de uma estipulação de vultuosos honorários estabelecidos em contrato. Todo o exposto não derrui todas as vantagens já expostas neste trabalho advindas da arbitragem com administração pública, principalmente quando se diz respeito à arbitragem portuária.

CONCLUSÃO

O direito portuário é ramo de importância no âmbito nacional, dada a relevância que assumiram as zonas portuárias durante o crescimento das nações, como instrumento principal para o desenvolvimento econômico dos países e, por isso, demonstrou-se como um campo complexo, eis que envolve direito público e privado, além de ser objeto de muita regulação. Percebe-se, ao longo deste trabalho, que muitas foram as tentativas de abrir o setor à iniciativa privada, através de parcerias público-privadas, de contratos de concessão e arrendamento, e dando maior liberdade aos terminais de uso privado, que, se anteriormente poderiam movimentar apenas carga própria, desde 2013 podem movimentar, também, cargas de terceiros. Apesar dessa abertura ser considerada positiva e trazer desenvolvimento à área, estabeleceu uma concorrência desleal entre portos públicos e privados, que, por se submeterem a regimes jurídicos diferentes, não alcançam os mesmos resultados na dinâmica econômica. Os entraves advindos do regime jurídico de direito público traz amarras ao porto, que deve cumprir uma série de ditames normativos, os quais não são visados pelos privados, como contratar mão de obra do órgão gestor de mão de obra e cumprir uma taxa de movimentação mínima de contêineres. A fim de reduzir a assimetria regulatória entre os portos públicos e os portos privados, pode-se optar por um meio mais célere e efetivo para resolução de conflitos contratuais nos portos públicos, que seja a arbitragem portuária. Ainda pouco utilizada no Brasil, por óbices impostos pela doutrina, pela regulamentação da qual é objeto e pela falta de confiança nos meios amigáveis de resolução de conflitos que ainda persiste no Brasil.

A arbitragem portuária, conforme foi demonstrado neste trabalho, é factível, tendo em vista que a administração pública pode se submeter à arbitragem, e que os contratos administrativos que envolvem o setor portuário versam sobre serviços de atividade econômica de produção e comercialização de bens, que visam o lucro, portanto, são eles direitos disponíveis, os quais podem ser submetidos à arbitragem. No tocante ao argumento sustentado por parte minoritária da doutrina administrativistas de que a utilização da arbitragem não processe uma vez que o interesse público é indisponível, a ideia já não mais se sustenta, pois a disponibilidade do Estado para pactuar a arbitragem é a mesma que para celebrar contratos, de forma que, se o Estado pode contratar, pode, também, arbitrar. Se assim fosse, não seria indisponível apenas a possibilidade da arbitragem com a Administração Pública, mas também a possibilidade desta de contratar. Mesmo assim, não são todos os direitos públicos que podem ser submetidos à

arbitragem, mas somente aqueles que dizem respeito à exploração econômica, contraprestação pecuniária, como é o caso dos contratos administrativos que possuem como objeto a transferência de bens. Quando a Administração Pública vende um bem, ela está objetivando o interesse público, assim como quando há a transferência da execução do serviço público, pois, através da iniciativa privada, poderá oferecer uma melhor prestação do serviço público.

A necessidade de autorização legal, sustentada também por minoria da doutrina, não guarda fundamento diante da quantidade de disposições legislativas em âmbito federal e estadual que autorizam o uso da arbitragem pela Administração Pública, vislumbrando, assim, o princípio da legalidade. Além disso, não é preciso que a câmara arbitral e o árbitro sejam escolhidos através de licitação, pois a contratação desses serviços, diante da tecnicidade oferecida, encaixa-se nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Um ponto que ainda permanecem muitas dúvidas diz respeito ao respeito do princípio da publicidade, inerente aos atos da Administração Pública, enquanto que a arbitragem é caracterizada pela confidencialidade de todo o procedimento. No entanto, o sigilo é uma faculdade das partes, sendo permitido a elas que publiquem e divulguem a arbitragem da qual fazem parte, para que os interessados tenham acesso à decisão ou atos importantes dela. Dever este que, pela prática das câmaras, deverá ser observado pela Administração Pública, não cabendo, a princípio, à câmara a transparência dos atos, mas ao ente público parte na arbitragem. Não obstante, ainda há controvérsia sobre o impedimento do acesso à justiça, porque se retiraria a possibilidade de recorrer ao judiciário. Porém, as decisões arbitrais podem ser revistas pelo Poder Judiciário e, além disso, o acesso à arbitragem é considerado acesso à justiça, porque revestida de caráter jurisdicional. A arbitragem é um meio de alcançar o acesso à justiça, assim como os outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos, porque possibilitam às partes escolher ter a solução dos seus litígios de maneira mais célere, com segurança jurídica e imparcialidade. Limitar o acesso à via arbitral é limitar o acesso à justiça, não o contrário.

Além de factível, a arbitragem é uma alternativa adequada e eficaz para os contratos administrativos, eis que são inúmeras as vantagens advindas da escolha da arbitragem para dirimir esses conflitos, pela sua celeridade, tecnicidade, segurança jurídica, imparcialidade e custo. Os litígios decorrentes dos contratos de arrendamento portuário require decisões céleres, como por exemplo, para afastar tarifas e taxas cobradas pelas administração públicas às arrendatárias e recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Além disso necessita

de julgadores *expertises* nos assuntos do porto, seja sobre engenharia, infraestrutura, condições climáticas, flexibilidade dos ditames contratuais, características conferidas pelas listas de árbitros das câmaras arbitrais, sendo que as partes podem escolher de acordo com a sua necessidade quem detém maior conhecimento na área para compor o tribunal arbitral. Ademais, atualmente quando se fala de contenciosos administrativos e processos judiciais no setor, o que não existe é segurança jurídica, eis que os pareceres e decisões são instáveis, revistos a todo momento e funcionam de acordo com a discricionariedade de que dispõe a Administração Pública em mudar posições e ditames contratuais, o que não ocorreria em sede de arbitragem. Não obstante, o custo, quando observado de modo amplo, é menor, o que foi perceptível através da análise do contencioso administrativo envolvendo a Superintendência do Porto de Itajaí e a arrendatária APM Terminals.

A maior vantagem percebida pela utilização da arbitragem portuária é a redução da assimetria regulatória que persiste em existir entre portos públicos e privados, pois, através de decisões céleres, efetivas e embutidas de segurança jurídica, percebe-se maior rapidez nas transações comerciais e resolução das complexidades advinda dos contratos administrativos por profissionais técnicos no assunto. Recorrer à arbitragem, desse modo, diz respeito a vislumbrar o interesse público, com respeito a duração razoável do processo e o acesso à justiça. De forma alguma a arbitragem substitui a jurisdição estatal, sendo uma alternativa à ela e preferível a depender da demanda envolvida, tendo em vista as vantagens conferidas pelo procedimento arbitral. Ainda a jurisdição estatal poderá controlar o conteúdo da decisão arbitral por meio de ação anulatória (art. 29 da Lei de Arbitragem), o que afasta, portanto, a restrição do acesso à justiça, pois não se trata de uma renúncia total e completa ao Poder Judiciário.

Existem sólidos entendimentos, jurisprudenciais e doutrinários, de que não há óbice que impeça a Administração Pública de se submeter à arbitragem, pois os argumentos de indisponibilidade do interesse público, necessidade de autorização legal são insuficientes para afastar a arbitragem. Ao firmar uma convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) o Poder Público não está renunciando a direitos, apenas está optando por um outro método de solução de controvérsia, garantia esta válida, se preenchidos os requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, respectivamente, o objeto do conflito envolver direito patrimonial e disponível e as partes serem capazes de contratar, isto é, plenamente capazes.

O poder público vem reconhecendo a capacidade que a arbitragem portuária possui de desenvolver a economia por meio da efetividade que vem a conferir no setor portuário, e tanto é assim que, além da modificação da lei de arbitragem em 2015 e a previsão já constante da lei de concessões, editou dois decretos regulamentando a arbitragem portuária. O objetivo dessas regulamentações é de fomentar a prática da arbitragem portuária e instigar a atração de investidores no setor, porque a arbitragem é atrativa ao comércio internacional e nacional porque garante segurança jurídica e imparcialidade, características essenciais para transações comerciais. Apesar das diversas críticas aos decretos, por repetição desnecessárias de pontos já regulamentados e por favorecer de muitas formas a Administração Pública, é um caminho saudável em direção a solução amigável de litígios no direito portuário. Desde então foram poucas arbitragens no setor, mas o número vai aumentar no decorrer dos anos, seguindo uma tendência mercadológica da necessidade de resolver os conflitos embutidos das características conferidas pelo procedimento arbitral. E mais, ao perceber que esse é o caminho para aproximar a concorrência entre portos públicos e privados, superando a falta de tradição na área e os óbices ainda tanto discutidos. Os disparates entre a regulamentação de portos públicos e privados pode vir a ser reduzido se facilitados os meios de resolução de controvérsias entre Administração Pública, arrendadora dos portos, e arrendatárias, responsáveis pelo controle do porto organizado. Com isso, tem-se a continuidade das atividades econômicas, mantém-se a abertura ao setor privado com a Administração Pública ainda no poder de gestão dos portos públicos, sem necessidades de novas regulamentações restritivas aos portos privados ou aberturas ao setor em relação ao caráter público da exploração dos portos. A proposta é viável, é factível, possível e já está acontecendo, cabe aos operadores jurídicos se habilitarem nesse sentido e indicarem essa opção às entidades que representam ou até mesmo estarem preparados para quando seus clientes demandarem a arbitragem para resolver os litígios, pois já possuem a informação de que é esse o meio mais adequado no setor portuário.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediação de conflitos**, p. 93, 2013.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL, Leticia. **Litígios portuários e arbitragem**. Disponível em: <<http://portos.ayadvogados.com.br/index.php/litigios-portuarios-e-arbitragem/>>. Acesso em: 13 nov. 2016
- ANTAQ. **Lista instalações portuárias autorizadas**. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Lista_instalacoes_portuarias_autorizadas.pdf> Acesso em: 19 mar. 2018.
- _____. **Movimentação de carga no setor portuário cresce 8,3%**. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/2018/02/15/movimentacao-de-carga-no-setor-portuario-cresce-83/>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- _____. **Observatório dos transportes aquaviários**. Disponível em: <<http://observatorioantaq.info/index.php/category/portos-brasileiros/>> Acesso em 18 mar. 2018.
- AUERBACH, Jerold S. **Justice without law?** Oxford University Press, USA, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez**. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo 11, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BESERRA, Benjamin Galotti. **Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. Brasília: Gráfica Alpha, 2005. v.1.
- BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de direito administrativo**, v. 241, p. 159-176, 2005.
- BOHRER, Caroline Gomes; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **A precariedade da infraestrutura portuária**. 2016.
- ANTAQ. **Competências da Superintendência de Regulação – SRG**. Disponível em: <http://antaq.gov.br/Portal/NavMaritima_Estrutura.asp>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- BRASIL. **Decreto Nº 8.465, de 8 de Junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- _____. **Lei no. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. **Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2180.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. **Decreto nº 15.693, de 22 de novembro de 1922.** Aprova o regulamento de portos organizados. Brasília, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15693-22-setembro-1922-529488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. **Lei nº 8.630, de 25 de Fevereiro de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.htmimpressao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. Lei n. 3.421, de 10 de julho de 1958. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3421.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

_____. **Lei Nº 12.815, de 5 de Junho de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2001. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111518.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Decreto Nº 8.033, de 27 de Junho de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm>. Acesso em: 1 fev. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015:** Código de Processo Civil. Brasília, DF.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996:** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BNDES. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro.** São Paulo: Booz & Company, 2012. p. 11.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, v. 205, p. 109-116, 1996.

BRITTO, Paulo Augusto P. de et al. **Promoção da concorrência no setor portuário: uma análise a partir dos modelos mundiais e aplicação ao caso brasileiro.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p.47-72, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/42961/41681>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CAM-CCBC. **Nº de Arbitragens Iniciadas por ano no CAM-CCBC**. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1095/estat%C3%ADstica>>. Acesso em 22 mar. 2018.

CAMPRJ. **Apresentação**. Disponível em <<http://camrj.org/home>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRASCO BLANCO, M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. **Reus, Madrid**, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)**. Revista de administración pública, n. 140, p. 95-110, 1996.

CASTRO, Newton de. **Os desafios da regulação do setor de transporte no Brasil**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: v. 34, n. 5, Set./Out. 2000.

COLLYER, Wesley O. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. **Journal of Transport Literature**, v. 7, n. 1, p. 194-201, 2013.

COUTANSAIS, Cyrille P. Transports. Transport maritime: entre globalisation et développement durable-Études. **Problemes Economiques**, n. 3017, p. 34, 2011.

CLARK, Ximena; DOLLAR, David; MICCO, Alejandro. **Maritime transport costs and port efficiency**. World Bank, Development Research Group, Macroeconomics and Growth, 2002.

CNJ. **Justiça em Números 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **id/496860**, 1995.

DE ARAÚJO, Helena Caetano; PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. **Revista de administração pública**, v. 34, n. 5, p. 9-28, 2000.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **A importância da regulação setorial e da arbitragem para o desenvolvimento da logística do Comércio Exterior**. IV Congresso Nacional de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro, OAB Paraná, 2015. Palestra em ppt.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 214-231.

DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **O diálogo entre as fontes no direito marítimo: código civil e código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/osvaldo_agripino_junior.pdf>. Acesso em 17.mar.2018

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Direito Portuário e Nova Regulação**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

DE FREITAS, José Carlos Higa. NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO: forças econômicas e construção histórica. **Revista Publius**, v. 1, n. 1, 2015. p. 5.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de direito administrativo**, v. 223, p. 115-132, 2001.

DE OLIVEIRA, Carlos Tavares. **Comércio exterior e a questão portuária**. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

DI PIETRO apud KAWABE, Ricardo M.; FADUL, Élvia M. Cavalcanti. Luz e sombra num processo arriscado: a privatização de serviços públicos no Brasil. **22º ENANPAD (Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação em Administração)**, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DOLINGER, Jacob. **A Imunidade Jurisdicional dos Estados**. *Revista Forense* 277/53-80.

DO REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro: os diferentes instrumentos jurídicos de transferência da atividade portuária à iniciativa privada. **Direito e Democracia**, v. 15, n. 2, 2016.

FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei dos portos: uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 172-185.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Os desafios do antitruste no setor portuário brasileiro: as inovações da Lei No 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais**. 2015. 83 f. Monografia apresentada Universidade de Brasília para obtenção do grau de bacharel em Direito.

FREITAS, José Carlos Higa de. **Da convergência e complementaridade do direito da concorrência e a regulação do setor portuário**. *Direito em Debate*, Ijuí, v. 24, n. 44, p.130-147, jul.-dez. 2015.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCERIE, Sandrine. **Service public et droit communautaire. Une nouvelle**. *Sociétés contemporaines*, v. 32, n. 1, p. 37-57, 1998.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O Direito Portuário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 3, n. 2, p. 125-142, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Cláudio Augusto; REIS, Raquel Segalia. **Ensaio de direito aduaneiro**. São Paulo: Intelecto, 2015.

GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana. **Mediación: una transformación en la cultura**. Paidós, 1996.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 21, n. 21, 2000.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 377-386, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-171.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. Le concept de médiation et l'urgence théorique. **Les cahiers du CREMOC**, v. 35, p. 17-25, 2002. p. 20.

¹ STONE, Katherine. **Alternative Dispute Resolution**. University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2004.

HENRY, C.; COHEN, Elie. **Sur les bases et l'évolution récente des services publics industriels et commerciaux en France et dans l'Union Européenne**. E. Cohen y C. Henry, Service public, secteur public, Paris, La Documentation Française, 1997.

ICC. **ICC reveals record number of new Arbitration cases filed in 2016**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>>. Acesso em 21 mar. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de direito público da economia**, n. 1, p. 95-136, 2003.

MACIEL, Pedro. **Arbitragem portuária**. IV Congresso Nacional de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro, OAB Paraná, 2015. Palestra em ppt.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003.

NETO, Francisco Gonçalves. Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da Mediação. **Acedido no dia**, v. 29, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários ao reequilíbrio econômico-financeiro provocado pela assimetria concorrencial e pelo novo marco regulatório do setor portuário. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 479-493

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias públicos-privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOMBELA, Gustavo. **Privatization and regulation of the seaport industry**. World Bank Publications, 1999.

NOTÍCIAS, Uol. **Prejuízo com chuvas chega a R\$ 52,81 milhões no porto de Itajaí (SC)**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/26/prejuizo-com-chuvas-no-complexo-portuario-do-itajai-chega-a-r-5281-milhoes.htm>>. Acesso em: 04 maio 2018.

JARROSSON, Charles. Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale. **Revue internationale de droit comparé**, v. 49, n. 2, p. 325-345, 1997.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. **La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del estado**. Revista chilena de derecho, v. 40, n. 1, p. 159-182, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTINO, Gustavo Henrique; OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2005.

LACERDA, Sander Magalhães. Investimentos nos portos brasileiros: oportunidade da concessão da infra-estrutura portuária. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 22, p. 297-315, 2005.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 11.

LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar Souza Furtado; SOARES, Carlos Henrique. (DES) NECESSIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO PARA ESCOLHA DE CÂMARA ARBITRAL. **Revista CEJ**, v. 16, n. 58, 2013.

LAXE, Fernando González. Puertos y transporte marítimo: ejes de una nueva articulación global. **Revista de Economía Mundial**, v. 12, 2005.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo**, n. 21, 2003.

LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores**. Período de 2010 (jan./dez) a 2016 (jan./dez.) – 7 anos. Disponível em: <
http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf> Acesso em 22 mar. 2018.

MARCADON, Jacques. **Le transport maritime mondialisé et le concept de frontière virtuelle**. Flux, n. 1, p. 37-45, 2008.

MARCHETTI, Dalmo dos Santos; PASTORI, Antonio. Dimensionamento do potencial de investimentos para o setor portuário. **BNDES Setorial, Rio de Janeiro**, n. 24, p. 3-33, 2006.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo, volume I: teoria geral**. 4a edição. Barueri: Manole, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Suzanda Domingues. **Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101. Jul./Set, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba**, n. 6, p. 47-81, 2015.

MNOOKIN, Robert. **Alternative dispute resolution**. 1998. p. 2.

MORAES, Isaac Ribeiro. **O desenvolvimento portuário, integração porto-cidade e a proteção do patrimônio histórico cultural: Referência para Santos**. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2007.

NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 269-296, 2003.

OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. **A Nova Lei dos Portos: Uma Busca por Capacidade e Eficiência no Comércio Exterior Brasileiro**. X Congresso de Iniciação Científica do Ifrn, Currais Novos, p.2223-2232, jul. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz et al. A Teoria Tridimensional do Direito como ferramenta aplicada à percepção jurídica da Lei Nacional dos Portos (n. 8.630, de 25.02.1993). In: DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. Florianópolis:

PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Conceito Editorial, 2007.

PAVÓN, Bernardo Sánchez; Universidade Da Coruña Instituto Universitario De Estudios Marítimos. **El futuro de las relaciones puerto-ciudad**. Netbiblo, 2003.

PIMENTEL, Celso Martins. **Evolution of brazilian port legislation**. UN, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **O histórico da Lei de Mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 46 p. 123-139. São Paulo: Ed. RT, jul-set. 2015.

PORTO DE SANTOS. **Resumo histórico**. Disponível em: <<http://www.portodesantos.com.br/historia.php>>. Acesso em 26 mar. 2018.

RAMONIGA, Miriam. **As bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf>. Acesso em 17.mar.2018.

RAMOS, Gerson et al. **Cartilha De Direito Portuário**.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. 4ª tiragem. **São Paulo: Saraiva**, 1994.

REZENTHEL, R. Les concessions portuaires. **Gazette du palais**, 1997.

ROCHA, Nara Rejane Moraes da et al. Responsabilidade civil do operador portuário. 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **id/496914**, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalhador portuário e a modernização dos portos**. São Paulo: Juruá, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados. In:

SICA, Heitor Vitor Mendonça. ARBITRAGEM E FAZENDA PÚBLICA.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes. **Direito Portuário: A modernização dos Portos Brasileiros** Lei n. 8.630. Belo Horizonte: del Rey, 1994.

SOUZA JR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

STIMEC, Arnaud. De la négociation à la médiation: jalons conceptuels et historiques. **AGIR Médiation et négociation**, n. 24, 2006.

STRUECKER, Fernando Almeida. Arbitragem nos contratos empresariais. 2015.

PARADA, André Luis Nascimento. A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. 2016.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. São Paulo: LTR, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 117-126, 2008.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; RIBEIRO, Ana Claudia Rodrigues Nerosky. Arbitragem como meio de solução de conflitos nos contratos da Administração Pública: limites, forma e momento de previsão. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, v. 4, n. 2 Jul/Dez, p. 454-476, 2018.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem e os contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 105-107, 1997.

TACITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 139-144, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP).”. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. Revista dos Tribunais**, 2005.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: **Revista de processo**. 2017. p. 83-107.

TIBURCIO, Carmem. A arbitragem envolvendo a administração pública. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2011.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 13-34.

Uniform Mediation Act. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2003. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf> Acesso em 06 abr. 2018.

ZANINI, Gisele Duro et al. Percepção jurídica da lei nacional dos portos (n.º 8.630, de 25.02.1993) através da teoria tridimensional do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 3, p. 268-290, 2015.