
ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

*ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: THE
EVOLUTION OF THE ROLE OF THE PUBLIC POWER IN
ARBITRATION PROCEDURES INVOLVING PUBLIC PARTIES*

Eugenia Cristina Cleto Marolla¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. As leis e decretos que regulamentaram o uso da arbitragem pelos entes públicos. 2. Compromisso arbitral – a Administração Pública abraça o uso da arbitragem. 3. A arbitragem nas concessões e contratos administrativos que contam com financiamento de organismos multilaterais. 4. Arbitragens societárias no âmbito federal. Conclusão. Referências.

¹ Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo. Assessora-Chefe da Assessoria Técnica do Governo do Estado de São Paulo. Membro do Conselho Fiscal da Desenvolve SP.

RESUMO: O presente artigo pretende verificar a atuação da Administração Pública em relação a arbitragem após a alteração da lei de arbitragem (Lei 9.307/96) em 2015 a partir da análise dos casos concretos de arbitragem, para verificar como essa atuação contribuiu para a ampliação e o sucesso do uso desse meio alternativo de solução de controvérsias. Após uma abordagem inicial, será verificado o papel das leis e decretos que regulamentaram o uso da arbitragem pelos entes públicos e como isso repercutiu em caso arbitral específico. A partir dos casos de arbitragem envolvendo a Administração Pública, será analisada a posição da Administração em relação à arbitragem, pró ou contra, bem como os casos em que ela foi mais utilizada, buscando delinear como vem se dando essa atuação. Por fim, ante a sua singularidade, serão referenciados os casos de arbitragem societária envolvendo a União Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Desenvolvimento. Contribuição da Administração. Desafios.

ABSTRACT: This article aims to verify the performance of the public administration concerning arbitration after the change in the arbitration law (Law 9,307/96) in 2015, based on the analysis of concrete cases of arbitration, to verify how this action contributed to the expansion and successful use of this alternative means of dispute resolution. After an initial approach, we will verify the role of laws and decrees that regulated the use of arbitration by public entities and how this had repercussions in a specific arbitration case. Based on arbitration cases involving the public administration, the administration's position concerning arbitration, pro or con, will be analyzed, as well as the most prevalent cases of arbitration, seeking to outline how this action has been taking place. Finally, given their uniqueness, we will reference the corporate arbitration cases involving the Federal Union.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Development. Administration Contribution. Challenges.

INTRODUÇÃO

A alteração na lei de arbitragem para prever de forma explícita a possibilidade de a Administração Pública fazer uso desse meio de solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis já conta com quase dez anos.

As dúvidas iniciais sobre se o Poder Público poderia se valer do julgamento privado ao invés do público restaram superadas, assim como o ceticismo inicial sobre se os órgãos e entidades públicas estariam aptos a usarem a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. Da mesma forma, o receio de que os órgãos de controle manteriam sua firme posição contrária ao uso da arbitragem pela Administração Pública, especialmente a direta, não se confirmou.

No Tribunal de Contas da União, houve uma profunda alteração de posicionamento em relação ao uso de meios alternativos de solução de controvérsias nestes últimos dez anos, saindo da ideia da impossibilidade do Poder Público dispor sobre o interesse público para a de construção colaborativa de soluções consensuais na Administração Pública, com a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos, cujo propósito é “de contribuir para a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções tempestivas construídas de modo colaborativo e célere com a sociedade e os entes públicos”².

Trazendo isso para a arbitragem, o Tribunal de Contas da União passou do entendimento da total impossibilidade da utilização da arbitragem pelo Poder Público, porquanto esta atentaria contra os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, da indisponibilidade do interesse público, da inalienabilidade, dos direitos concernentes a interesses públicos, do controle administrativo ou tutela e o da vinculação ao edital³ para o entendimento de que “a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura.”⁴

Essa significativa mudança de posicionamento do TCU tem sido importante para conferir mais segurança para os gestores públicos na opção

2 Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>>. Acesso em 25 jan. 24.

3 A Decisão 286/1993 do TCU foi o paradigma utilizado pelo Tribunal nos casos de arbitragem envolvendo a Administração Pública.

4 Destaque do trecho do voto do Ministro Relator Vital do Rego no julgamento da Representação acerca da legalidade e legitimidade das cláusulas de contratos administrativos sobre a possibilidade de arbitragens em câmaras privadas, quando relativas a temas cuja competência de exame pertence às Agências Reguladoras, especialmente quando atinentes ao setor portuário. ACÓRDÃO 3160/2020 – PLENÁRIO do TCU.

pela utilização da arbitragem, permitindo levar as discussões para um outro estágio.

Já os Executivos não apenas abraçaram a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias, como vem agindo ativamente para criar a segurança jurídica necessária para sua utilização.

Além da edição de decretos para regulamentar o uso da arbitragem pelos entes federativos, houve também um árduo trabalho de revisão e aprimoramento das cláusulas compromissórias pelo Poder Público especialmente nos contratos relacionados aos setores de infraestrutura, internalizando a experiência adquirida ao longo do tempo com a efetiva utilização da arbitragem pela Administração. Deste modo, é atualmente possível encontrar cláusulas compromissórias celebradas pela Administração Pública com previsão de utilização de árbitro de emergência⁵, ao invés da previsão de recurso ao judiciário para obtenção de medidas cautelares e de urgência antes da formação do Tribunal Arbitral. E, vale ressaltar, todo esse trabalho tem sido realizado com a ativa participação da sociedade civil por meio de audiências e consultas públicas⁶.

Ou seja, existe, no âmbito público, uma preocupação com o contínuo aprimoramento contratual, procedimental e normativo para dar guarida às demandas relativas à solução de controvérsias, especialmente a arbitragem.

Os resultados são concretos. Chama a atenção o fato de a arbitragem com a Administração Pública constituir, na média, 11% do número total de novas arbitragens das maiores câmaras de arbitragem atuantes no Brasil⁷ entre os anos de 2018 e 2022.

5 Nesse sentido, vide <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-obtem-primeira-decisao-do-pais-que-reconhece-obrigatoriedade-do-arbitro-de-emergencia-quando-previsto-em-contrato>>. Acesso em 27 jan. 24. Importante ressaltar que o Poder Judiciário reconheceu em caso envolvendo a ANAC a obrigatoriedade de submissão das partes ao árbitro de emergência quando houver previsão em contrato.

6 Nesse sentido, vide <<https://www.gov.br/participamaisbrasil/audiencia-publica-minuta-de-clausula-padrao-de-mecanismos-adequados-de-resolucao-de-controversias>> e <<https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-clausula-padrao-mecanismos-adequados-resolucao-controversias>>. Acessos em 29 jan. 24. Também <http://www.portal.pge.sp.gov.br/procurador-geral-abre-consulta-publica-a-minuta-de-decreto-de-arbitragem/>. Acesso em 29 jan. 24.

7 Baseado nos dados das Pesquisas Arbitragem em Números e Valores 2017-2018, 2018-2019 e 2020-2021 da Professora Selma Lemes. Disponível em: <<[>>. Acesso em 26 jan. 24. As pesquisas abrangem as seguintes câmaras arbitrais: CCI, CAM-CCBC, CBMA, AMCHAM, CAM-CIESP/FIESP, CAM-MERCADO, CAM-FGV e CAMARB.](https://www.selmalemes.com.br/index.php/artigos/)

Ano	Total de novas arbitragens	Novas arbitragens com a Administração Pública	Percentual das arbitragens envolvendo a Administração Pública em relação ao total
2018	292	29	9,93%
2019	277	48	17,32%
2020	333	29	8,70%
2021	322	27	8,38%
2022	336	36	10,71%

Os valores em disputa nas arbitragens em andamento, só no âmbito federal⁸, são bastante expressivos, alcançando, atualmente, o montante aproximado de R\$ 500 bilhões⁹. No setor de telecomunicações o valor total em disputa no “Caso Telefônica” foi estimado em R\$ 10 bilhões na ata de missão, enquanto no “Caso OI” o valor estimado foi de R\$ 16 bilhões e no “Caso Claro” em R\$ 6.599.300.000,00.

Também não se pode deixar de mencionar que a nova lei de licitações e contratos, a lei 14.133/21 não apenas passou a prever, de maneira expressa, a possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias, incluindo a arbitragem, em todos os contratos administrativos, como internalizou em suas normas a praxe desenvolvida pela Administração Pública no uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 151 da nova lei prevê que os meios alternativos de solução de controvérsias, incluindo a arbitragem, podem ser utilizados para dirimir controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações, na linha do previsto no artigo 2º, parágrafo único do Decreto Federal nº 10.025/19. Já o artigo 154 prevê que “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”, abraçando o que os decretos

8 Englobando tanto os valores em disputa nas ações envolvendo a administração indireta quanto a direta. No âmbito federal as arbitragens envolvendo a administração indireta, incluindo as agências reguladoras são de competência da ENARB (Equipe Nacional de Arbitragens da Procuradoria Geral Federal), enquanto as da administração direta são do NEA (Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União).

9 Valores calculados com base nas informações constantes da Planilha de Arbitragens da União. Disponível em << <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20240115-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>>>. Acesso em 26 jan. 24.

regulamentadores da arbitragem nos entes federativos dispõem acerca dessa escolha. Com isto houve uma consistente e significativa ampliação da possibilidade da utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Esse artigo pretende fazer um sobrevoo sobre a atuação da Administração Pública nas arbitragens para verificar como se deu o desenvolvimento dessa consistente atuação da Administração em prol da arbitragem. É o que se passa a fazer.

1. AS LEIS E DECRETOS QUE REGULAMENTARAM O USO DA ARBITRAGEM PELOS ENTES PÚBLICOS

A edição de leis e decretos¹⁰ pela União Federal, Estados e Municípios para disciplinar seu uso nos respectivos âmbitos de competência, foi essencial para uniformizar, nos diversos órgãos e entidades da Administração, as escolhas administrativas relativas à forma da arbitragem, se institucional ou *ad hoc*, custas, sede, língua, honorários, dentre outros.

Eles também foram essenciais para a compatibilização do regime jurídico de direito público com a arbitragem. Disciplinar e publicizar a sistemática de cadastramento de câmaras de arbitragem, indicar os critérios norteadores da escolha dos árbitros, garantindo a observância da isonomia, mostrou-se essencial para a construção e fortalecimento da chamada “arbitragem com a Administração Pública”.

Essas normas não criaram uma arbitragem diferenciada para os entes públicos, mas apenas e tão somente consolidaram escolhas administrativas de reflexo obrigatório nas cláusulas compromissórias, dentro do regime jurídico ao qual os entes públicos estão submetidos.

A propósito, as questões suscitadas na arbitragem CCI 26772/PFF/RLS¹¹ entre Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa Consórcio Construcap-Copasa SP-088 e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP refletem essa realidade.

Nesse caso, as requerentes questionaram, em sede preliminar, a aplicação do Decreto Estadual nº 64.356/2019, que regulamentou o uso da arbitragem no Estado, alegando que o normativo seria dirigido aos servidores públicos da cadeia hierárquica estadual, não tendo o condão de vincular terceiros de forma indistinta e imediata, ainda mais quando o contrato objeto

10 Como exemplo podem ser citadas a Lei Estadual 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais, o Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, o Decreto estadual nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto estadual nº 64.356/2019, do Estado de São Paulo e o Decreto municipal nº 59.963/2020 do Município de São Paulo.

11 Disponível em << https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Arbitragem_get_file.asp?idr=539>>. Acesso em 26 jan 24.

da discussão foi celebrado em momento anterior a edição do Decreto. Por tal razão, a disposição regulamentar que determinava o adiantamento das custas pela parte que inicia a arbitragem não seria aplicável, devendo haver a partilha das custas iniciais pelas partes.

Nessa arbitragem também foi questionada a aplicação das disposições normativas sobre a publicidade. As requerentes suscitaram a existência de cláusula contratual de proteção de segredos comerciais dispondo que as informações e detalhes relacionados ao contrato deveriam ser tratados como privados e confidenciais, não podendo ser divulgados por uma parte sem prévio acordo da outra. Pleitearam ao Tribunal Arbitral a mitigação do princípio da publicidade de forma que apenas a existência da arbitragem pudesse ser noticiada pela parte pública, sem a anexação dos atos e documentos trazidos ao Procedimento, ou, subsidiariamente, que o Tribunal permitisse o fornecimento, mediante requerimento do terceiro interessado e após a conclusão da arbitragem, do Termo de Arbitragem e da Sentença Arbitral a ser proferida.

O Tribunal Arbitral reconheceu, na linha do defendido pelo Estado, que o Decreto de arbitragem regulamentou de forma cogente a temática das despesas da arbitragem, sendo plenamente aplicável ao procedimento. Salientou ainda não se tratar de norma destinada a orientar a Procuradoria na redação das cláusulas compromissórias, mas sim de norma imperativa, na medida em que deve sempre estar prevista nas cláusulas compromissórias em que a Administração Pública seja parte. Assim, determinou o adiantamento das custas pelas Requerentes e a indicação individualizada dos documentos contenedores de informações protegidas por sigilo, na linha das disposições contidas no decreto estadual.

2. COMPROMISSO ARBITRAL – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ABRAÇA O USO DA ARBITRAGEM

Ao contrário do que se especulou inicialmente, a utilização sistemática pela Administração de medidas antiarbitragem para evitar o início do procedimento arbitral não se concretizou, seja porque a própria Administração abraçou o uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias, seja porque nas poucas hipóteses em que isso foi tentado o Poder Judiciário se posicionou a favor da arbitragem. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso envolvendo a Prefeitura da Estância Turística de Itu e a concessionária Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S.A em que o Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação 1005222-88.2016.8.26.0286)¹² negou seguimento à apelação do Município contra a sentença que julgou extinta a medida cautelar sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC, por reconhecer a existência de convenção de arbitragem. O Município argumentou na apelação, entre outros, a nulidade da cláusula arbitral, a impossibilidade de ente público celebrar cláusula compromissória, a necessidade de licitação para definição de árbitro e câmara. O Judiciário reconheceu a completude da cláusula compromissória, destacando a sua obrigatoriedade para a Administração, bem como a sua prevalência em relação a jurisdição estatal. Reconheceu, ainda, que o procedimento de escolha do árbitro e da Câmara não possui natureza contratual, não se cogitando da necessidade de licitação. O acórdão concluiu que “havendo prévia estipulação de que eventual conflito sobre os termos do contrato seria dirimido através do juízo arbitral, falece ao Judiciário a competência para sua análise e decisão(...)”¹³.

Na verdade, o cenário atual parece bem distante daquele em que a Administração Pública se oporia ao uso da arbitragem. No âmbito federal, tem se mostrado bastante frequente a celebração de compromisso arbitral para levar controvérsias para arbitragem, mesmo quando o contrato não previa inicialmente o seu uso. E isso não apenas para permitir a resolução por arbitragem de controvérsias surgidas em sede administrativa, mas também para levar questões que já estavam sendo discutidas no judiciário para a arbitragem.

O denominado “Caso Libra” é o grande paradigma de celebração de compromisso arbitral para retirar a discussão do Poder Judiciário e levá-la para arbitragem. A CODESP, a União Federal, a Libra Terminais Santos S.A. e a Libra Terminais S.A. entenderam, após mais de dez anos de litígio judicial, que a demora na solução definitiva das diversas controvérsias submetidas à jurisdição estatal poderia inibir investimentos considerados prioritários ao setor portuário. Por considerarem que a arbitragem representava uma forma

12 Há uma outra apelação 1005577-98.2016.8.26.0286 envolvendo as mesmas partes contra a decisão do juiz de primeira instância em ação movida com base no art. 7º, da Lei nº 9.307/96, ante a resistência do poder concedente quanto à instituição da arbitragem. Tal qual ocorreu no outro julgamento, o Poder Judiciário se posicionou em prol da arbitragem afastando as alegações do Município.

13 Apelação 1005222-88.2016.8.26.0286. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1> Acesso em 26 jan 24.

de solução mais célere dos litígios¹⁴, cujo mérito incluía questões técnicas, de caráter não jurídico, próprias do setor portuário e de infraestrutura, permitindo a reunião das diversas demandas sob julgamento nos diversos juízos estatais para propiciar um julgamento único e consistente, revelando-se uma solução mais econômica se considerado o cenário a longo prazo, em que se incorreriam custos relevantes para a manutenção dos diversos processos judiciais decidiram celebrar compromisso arbitral^{15,16}. A câmara escolhida foi a CAM-CCBC. O compromisso foi celebrado em 02 de setembro de 2015 e a sentença arbitral final foi prolatada quatro anos depois, em 02 de setembro de 2019. Os componentes do tribunal arbitral, nesse caso, foram indicados pelo presidente da câmara.

No setor de telecomunicações e no de energia também se verificou o uso do compromisso arbitral para levar a discussão de controvérsias para arbitragem. Todas as 5 arbitragens atualmente existentes entre a ANATEL e as concessionárias decorrem desses compromissos. No setor de energia, a arbitragem CCI 27016/RLS envolvendo a ANEEL e a Transnorte Energia S.A. também decorre da celebração de compromisso arbitral.

A alteração na lei de introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) em 2018, pela Lei 13.655/2018, para incluir disposições sobre direito público conferiu a segurança jurídica necessária à celebração de compromissos arbitrais. Com efeito, o artigo 26 permite a celebração de compromisso entre a Administração Pública e os interessados para liminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Não faz muito tempo havia discussão sobre a possibilidade de se incluir a arbitragem em contratos de concessão que não a houvesse previsto quando de sua celebração, sob o argumento de que isso feriria a regra da obrigatoriedade da licitação.

Além da utilização do compromisso arbitral nos casos em que não havia previsão de cláusula compromissória ele também foi utilizado para

14 As seguintes ações foram objeto do compromisso arbitral: a) Processo 0005951-69.2003.4.03.6104, que se encontrava em curso 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; b) Processo 0005952-54.2003.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; c) Processo 0008341-12.2003.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; d) Processo 0014006-67.2007.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos; e) Processo 0004199-86.2008.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos; f) Processo 0019750-15.2004.8.26.0562, que se encontrava em curso perante a 12ª Vara Cível de Santos; g) Processo 0008979-79.2002.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos; h) Processo 0007901-11.2006.4.03.6104, que se encontrava em curso perante a 3ª Vara Federal de Santos e Processo 9218125-35.2007.8.26.0000, que se encontrava em curso perante a 5ª Câmara de Direito Público do TJ/SP (origem nº 0030217-82.2006.8.26.0562, 4ª Vara Cível de Santos).

15 Compromisso arbitral disponível em < https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_termo_de_compromisso_arbitral.pdf>. Acesso em 27 jan.

16 Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_final.pdf. Acesso em 27 jan. 24.

ampliar a cláusula compromissória inicialmente estabelecida, de forma a permitir a inclusão de outras discussões envolvendo direito patrimonial disponível não previstas inicialmente e para alterar a cláusula compromissória inicialmente pactuada, que previa a utilização de arbitragem *ad hoc* com regras UNCITRAL, para permitir a realização de arbitragem institucional¹⁷, administrada pela Corte Internacional da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Vale ressaltar que as arbitragens *ad hoc* são bastante complexas para a Administração em razão do regime jurídico de direito público. As pessoas jurídicas de direito público estão submetidas à observância de procedimentos legais para a realização de contratações e pagamentos de despesas, que, no caso das arbitragens *ad hoc* estão a cargo das partes. Com isso esse tipo de arbitragem tende a se tornar mais demorada e complexa, razão pela qual sua utilização é prevista nos diversos decretos que regulamentam o uso da arbitragem pela Administração Pública como excepcional e dependente de justificativa.

Patente, portanto, que a Administração Pública vem atuando em prol da arbitragem, não apenas para ampliar o seu uso, mas também para melhorar a segurança jurídica para o seu uso. Há o reconhecimento, pelo Poder Público, de que a arbitragem é uma forma célere, econômica e mais adequada para solução de questões de cunho técnico não-jurídico se comparada à via judicial.

3. A ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE CONTAM COM FINANCIAMENTO DE ORGANISMOS MULTILATERAIS

As arbitragens federais estão concentradas nos setores de energia, rodovias, telecomunicações, portos e aeroportos, envolvendo as Agências Reguladoras e contratos de concessão. A tabela seguinte resume as arbitragens em andamento no âmbito federal:

17 Procedimento CCI 26245/PFF. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/10Pe-travANPTucanoSulAtadeMisso.pdf>. Acesso em 27 jan. 24

Processo	Câmara	Requerente	Requerida	Setor	Valor
26042	CCI	Aeroporto Viracopos S.A. Brasil-	ANAC	Aeroviário	R\$ 1.465.600.000,00
27016	CCI	Transporte Energia S.A.	ANEEL	Energia	R\$ 2.216.758.194,28
26383	CCI	Telefônica Brasil S.A.	ANATEL	Telecomunicações	R\$ 14.253.000.000,00
26470	CCI	Oi S.A.	ANATEL	Telecomunicações	R\$ 16.000.000.000,00
26467	CCI	Claro S.A.	ANATEL	Telecomunicações	R\$ 6.599.300.000,00
26819	CCI	Sercomtel S.A.	ANATEL	Telecomunicações	R\$ 203.660.000,00
27156	CCI	Algar Telecom S.A.	ANATEL	Telecomunicações	R\$ 150.000.000,00
25891	CCI	Petra Energia S.A.	ANP	Petróleo	R\$ 1.000.000.000,00
21627	CCI	Petrobras	ANP	Petróleo	US\$ 140.000.000,00
20127 (suspensão)	CCI	Petrobras, BG e Petrogal	ANP	Petróleo	US\$ 500.000.000,00
20481 (suspensão)	CCI	Petrobras	ANP	Petróleo	US\$ 500.000.000,00
64/2019	CAM-CCBC	Viabahia Concessionária de Rodovias S.A.	ANTT	Rodoviário	R\$ 3.000.000.000,00
23238	CCI	Concessionária de Rodovias Minas Gerais Goiás S.A.	ANTT	Rodoviário	R\$ 787.347.840,43
23433	CCI	Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A.	ANTT e União Federal	Rodoviário	R\$ 690.449.540,66
23932	CCI	Concessionária BR-040 S.A.	ANTT	Rodoviário	R\$ 140.000.000,00
24595	CCI	Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A.	ANTT	Rodoviário	R\$ 787.347.840,43
24957	CCI	Concessionária de Rodovia Sul-matogrossense S.A.	ANTT	Rodoviário	R\$ 357.000.000,00
26437	CCI	Autopista Litoral Sul	ANTT	Rodoviário	R\$ 294.529.375,00
85/2017 e 97/2017	Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)	Alejandro Constantino Stratiotis (97/2017) Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social - MUEDES (85/2017)	União	(Societário)	R\$ 166,30 Bilhões

O desenvolvimento da arbitragem nos setores regulados pode ser imputado a alguns fatores. O primeiro deles é o fato de as legislações específicas de alguns desses setores¹⁸ preverem a possibilidade da utilização de meios alternativos de solução de controvérsias antes mesmo da previsão, em 2004, dessa possibilidade na lei de parcerias público-privada (lei nº 11.079/04) e em 2005 na alteração da lei geral de concessões de serviços públicos (lei nº 8.987/95) pela lei 11.196/05.

Além disso, os contratos nesses setores são de longo prazo e envolvem uma sistemática econômico-financeira sofisticada, com vultuosos aportes de recursos financeiros para permitir a construção, a modernização e a manutenção da infraestrutura necessária à prestação adequada dos serviços públicos. Por serem de longo prazo, demandam a manutenção de uma relação azeitada entre os parceiros para permitir a realização do interesse público sem que isso venha implicar na ruína do privado. Permitir que os conflitos que surjam no decorrer dessa relação sejam resolvidos de forma adequada é essencial para o êxito dessa parceria.

Também é comum a participação de empresas nacionais e internacionais, individualmente ou em conjunto, como financiadores ou como executores do objeto contratual. A inclusão de mecanismos para solução de controvérsias fora do judiciário estatal, com maior celeridade e com sistemática e regras consagradas internacionalmente mostrou-se essencial para a participação de empresas e financiadores internacionais.

Nos Estados houve arbitragens em PPPs administrativas e em contratos administrativos que contaram com financiamento de organismos internacionais. No Estado de São Paulo, por exemplo, das 14 arbitragens que envolveram o Estado, 5 envolveram concessões patrocinadas de serviços públicos nos setores de rodovia e metroferroviário, sendo as demais oriundas de contratos que contaram com investimentos internacionais, em decorrência da previsão contida no artigo 42, parágrafo 5º, da antiga Lei 8.666/93¹⁹, que permitia a utilização das *guidelines* desses financiadores, quando essa utilização fosse por eles exigida para a obtenção do financiamento ou da doação.

Algumas arbitragens em âmbito Estadual envolveram contratos de concessão administrativa (PPPs) de estádios públicos. Como exemplo pode-se citar a arbitragem envolvendo o governo do Estado do Rio de Janeiro e a concessionária do estádio do Maracanã, a que envolveu o governo do

18 Algumas das leis criadoras de agências reguladoras, como a Lei nº 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ), a Lei nº 10.848/2004 (instituiu marco regulador do setor elétrico) e a Lei nº 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL) contemplaram, ainda que nem sempre de forma clara e taxativa, autorização para que litígios concernentes aos contratos de concessão por eles regulados sejam resolvidos mediante a utilização de meios de solução extrajudicial das divergências contratuais, o que inclui a arbitragem.

19 A Lei 8.666/93 foi revogada pela lei 14.133/21.

Estado de Pernambuco e a concessionária Arena Pernambuco e aquela entre o governo do Estado de Minas Gerais e a Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S.A., concessionária da PPP Administrativa do Estádio do Mineirão. No caso do Maracanã a concessionária pleiteou em sede arbitral a devolução da concessão por alegada quebra de contrato, porquanto o governo do Estado do Rio de Janeiro não teria permitido a realização de demolições de equipamentos do complexo do Maracanã, que dariam lugar a construção de bares, restaurantes, estacionamentos e helipontos cujas receitas teriam sido consideradas na modelagem econômico-financeira da concessão. Já em relação a Arena Pernambuco²⁰, o Estado decidiu romper o contrato de concessão, mesmo com discussão arbitral em curso para rever os termos do contrato, em razão da subutilização do equipamento pela concessionária, o que teria prejudicado a obtenção de receitas por parte do consórcio, provocando diferenças entre as receitas estimadas e as realizadas estipuladas em contrato. O caso mineiro envolveu pleitos como a devolução da área do estacionamento do Estádio Jornalista Felipe Drummond – Mineirinho à concessão e a incidência de encargos por atrasos no pagamento da contraprestação, pelo Estado²¹.

Em regra, as controvérsias nas arbitragens relacionadas aos contratos administrativos com financiamento internacional e às concessões envolvem discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sobre os mais diversos fundamentos. Mas também há discussões sobre indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados, sustentabilidade econômica da concessão, anulação ou reconhecimento de nulidade na imputação de penalidade, indenização pelo inadimplemento de obrigações contratuais, indenização pelo encerramento do contrato ou da concessão, neste caso seja em razão da decretação da caducidade²², seja por outro fundamento²³, bem como discussões sobre definição de metodologia de cálculos.

É comum ainda a existência de pedidos de suspensão dessas arbitragens em razão de negociação entabuladas pelas partes para tentativa de autocomposição dos litígios.

20 Vide <https://blogs.diariodepernambuco.com.br/esportes/2016/03/04/governo-rompe-contrato-com-a-arena-pe-apos-seis-anos-o-acordo-previa-33-anos/>. Acesso em 27 jan. 24.

21 Vide <https://advocaciageral.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/09/Parecer-16.371.pdf>. Acesso em 27 jan. 24.

22 Cite-se como exemplo a Arbitragem CCI nº 23433/GSS que envolveu a Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A, a ANTT e a União Federal e a Arbitragem nº 611da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (“CMA”) envolvendo a Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S.A., o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e Município de Guarulhos – SP.

23 No Estado de São Paulo a Arbitragem nº 82/2020/SEC7 da CAM-CCBC envolvendo a Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S.A e o Estado de São Paulo discute indenização pela extinção antecipada e unilateral pelo Estado do Contrato de Concessão Patrocinada nº 011/2014 ocorrida na fase preliminar do contrato.

No âmbito federal, o “Caso MSVias” (Procedimento CCI 24957/GSS/PFF), o “Caso Telefônica” (Procedimento CCI 26383/PFF), o “Caso Oi” (Procedimento CCI 26470/PFF) e o “Caso Claro” (Procedimento 26467/PFF) foram suspensos após o requerimento das partes para tentativa de composição.

Em São Paulo, dos 14 procedimentos arbitrais levados a cabo pela Administração, 6 foram suspensos em razão de pedido das partes para tentativa de autocomposição, tendo 4 deles sido encerrados em razão dos acordos celebrados e um sido extinto por desistência, em razão de uma composição maior que resultou na transferência da concessão da Linha Laranja do Metrô e que englobou as questões relativas à arbitragem. A tabela abaixo resume a situação dos procedimentos arbitrais desse ente federativo²⁴:

Processo	Câmara Arbitral	Requerente	Requerida	Andamento
19241	CCI	Alstom Brasil Energia e Transporte LTDA	Metrô e Estado de São Paulo	Sentença homologatória de acordo
CPTM/2014	Ad Hoc UNCITRAL	Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles S/A	CPTM e Estado de São Paulo	Sentença arbitral
Metrô/2014	Ad Hoc UNCITRAL	Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles S/A	Metrô e Estado de São Paulo	Sentença arbitral
20581	CCI	Consórcio TIISA/CONSBEM/SERVENG	CPTM e Estado de São Paulo	Sentença arbitral
82/2020/SEC7	CAM-CCBC	Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S/A	Estado de São Paulo	Em andamento
152 / 2021	CAM-AMCHAM	Concessionária Rodovia dos Tamoios S.A.	Estado de São Paulo e ARTESP	Suspensão para acordo das Partes
26772	CCI	Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa Consórcio Construcap-Copasa SP-088	DER/SP	Em andamento
22796	CCI	Consórcio ENERG	CPTM e Estado de São Paulo	Em andamento
22990	CCI	Concessionária VIAQUATRO	Estado de São Paulo	Sentença homologatória de acordo
23002	CCI	Consórcio EFACEC/Ansald	CPTM e Estado de São Paulo	Em andamento
23033	CCI	Concessionária VIAQUATRO	Estado de São Paulo	Acordo entre as partes
23647	CCI	Consórcio TIISA / CONSBEM / SERVENG	CPTM e Estado de São Paulo	Sentença homologatória de acordo
21/2018/SEC7	CAM-CCBC	Concessionária MOVESP	Estado de São Paulo	Sentença Arbitral Homologatória de Desistência da Arbitragem
280/2019	CAMARB	Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A	Estado de São Paulo e ARTESP	Acordo entre as partes

Fonte: PGE/SP

24 Fonte Site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo <<

4. ARBITRAGENS SOCIETÁRIAS NO ÂMBITO FEDERAL

Além das arbitragens envolvendo concessionárias, no âmbito da União, tem-se ainda arbitragens societárias, que questionam supostas perdas sofridas por investidores privados da Petrobrás, muitos deles internacionais, em razão dos achados na Operação Lava-Jato. São arbitragens manejadas por acionistas minoritários da Petrobrás em face da própria empresa, ou em substituição à empresa, e da União Federal, pleiteando, em síntese indenização pelos prejuízos sofridos por atos de abuso do poder de controle em razão da indicação de diversos administradores envolvidos em esquema de corrupção que teriam causado prejuízos severos à Companhia e aos seus acionistas. Os dois procedimentos arbitrais sobre esse tema são conhecidos como “Fundos Petrobras” e “Alejandro Mudes”.

Nesses casos, a União Federal suscitou a inexistência de relação jurídica apta a sujeitá-la à observância da cláusula compromissória prevista no artigo 58 do Estatuto da Petrobras, porquanto este artigo do Estatuto determinaria o uso da arbitragem para resolver disputas ou controvérsias entre a companhia e acionistas, não vinculando nem abrangendo a responsabilização civil da União por atos praticados por gestores da Companhia. Em razão das sentenças parciais proferidas nos dois procedimentos arbitrais para declarar a vinculação da União à convenção de arbitragem, a questão foi levada ao Poder Judiciário, suscitando também discussão sobre a existência de conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral para decidir a questão. Apesar da similitude das situações dos dois procedimentos arbitrais, os desdobramentos foram distintos após decisões favoráveis à União no Poder Judiciário.

No caso “Fundos Petrobrás” sobreveio Sentença Arbitral homologando o pedido das requerentes de desistência do processo em relação à União, com o reconhecimento da incidência de honorários sucumbenciais, devidos pelas Requerentes à União, fixados em R\$ 200.000,00.

Já no caso “Alexandre Mudes” apesar do procedimento arbitral encontrar-se suspenso por decisão judicial, havendo, ainda, sentença de procedência da ação anulatória de Sentença Parcial Arbitral manejada pela União Federal, houve solicitação do Requerente de alteração da sede da arbitragem do Brasil para França (Paris), sob a alegação de que

enquanto a sede da arbitragem for o Brasil, o presente litígio não estará sujeito a uma jurisdição neutra e imparcial, na medida em que as Cortes Brasileiras estão sujeitas a um evidente risco político, decorrente da pressão exercida pela União Federal. E, ainda mais grave, acarreta uma interferência indevida do Poder Judiciário no presente Procedimento Arbitral.²⁵

25 Informação disponível em <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20240115-panilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>>. Acesso em 25 jan. 24.

Ainda não houve decisão sobre esse pedido.

Ponto interessante em relação ao caso “Alexandre Mudes” é que ambas as Requerentes são financiadas por terceiros na arbitragem, algo ainda bastante incomum nas arbitragens com entes públicos.

Após a revelação de tal fato pelas Requerentes, a União Federal solicitou a apresentação da relação ou registro atualizado dos quotistas dos respectivos financiadores para a adequada avaliação sobre a imparcialidade e inexistência de conflitos de interesses com o Tribunal, essencial ao procedimento arbitral. As Requerentes não apresentaram os documentos, tendo a União Federal solicitado aos árbitros decisão definitiva sobre a questão.

A Sentença Parcial²⁶ tratou da questão suscitada pela União, tendo os árbitros reconhecido a importância e a necessidade de superar quaisquer dúvidas que porventura possam surgir sobre sua imparcialidade. Pontuaram que o dever de revelação é contínuo, perdurando por todo o procedimento arbitral e que a informação sobre quem são os terceiros financiadores do litígio visa assegurar que o conhecimento direto sobre o beneficiário indireto da arbitragem não interferirá nem impactará na imparcialidade ou independência dos árbitros, na linha do que preceituam as regras sobre conflito de interesses da IBA.

Registraram que embora já tivessem se manifestado sobre sua imparcialidade o fizeram quando não havia nos autos informações sobre os fundos financiadores, nem apresentação, pela União Federal de documentos com a indicação de alguns quotistas e gestores. Desta forma e frente aos elementos novos trazidos pela União e por um dos Requerentes, os árbitros cumpriram novamente seu dever de revelação. Em relação ao outro Requerente, determinaram a ele que confirmasse quem seriam os gestores do fundo para que fosse possível realizar a checagem de imparcialidade e ausência de conflito de interesses.

A atuação da Administração Pública nessas arbitragens societárias demonstra não apenas a evolução, mas também o conhecimento e o preparo dos agentes públicos no enfrentamento de questões complexas em arbitragens que envolvem a participação de terceiros.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública foi árduo, mas vitorioso, tendo a arbitragem se consolidado como um meio de solução de controvérsias não apenas aceitável, como até mesmo desejável em muitos dos contratos envolvendo partes públicas.

26 Disponível em: << https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_alejandro_mudes_-_sentenca_parcial.pdf >>. Acesso em 26 jan. 24.

Foi árduo na medida em que teve que superar uma concepção arraigada e disseminada, embora não unânime, no sentido da inexistência de direitos disponíveis no âmbito da Administração Pública. A alteração da lei de arbitragens para explicitar a possibilidade do Poder Público se submeter a arbitragem foi essencial para espantar as dúvidas até então existentes sobre a existência de direitos disponíveis no âmbito da Administração Pública.

O Poder Judiciário também teve papel decisivo nessa construção, não apenas entendendo possível o uso da arbitragem pela Administração, como reconhecendo reiteradamente que a escolha das partes, inclusive as públicas, nos casos em que a lei permite tal escolha implica na renúncia à submissão do conflito a Justiça Estatal.

Vencida essa etapa, com a inclusão expressa da possibilidade da utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias na Lei de Arbitragens, o desafio que se seguiu foi o de compatibilizar o seu uso com o regime jurídico da Administração Pública.

A Administração Pública em geral, e a advocacia pública em particular, tem participado ativamente da construção de mecanismos para garantir segurança jurídica para utilização da arbitragem por partes públicas, assim como tem utilizado a experiência adquirida ao longo dos anos nas arbitragens para melhorar suas cláusulas compromissórias e para capacitar agentes públicos para atuação nos contratos que contenham cláusula compromissória e nos procedimentos arbitrais.

A desconfiança inicial em relação a sua participação nas arbitragens foi superada. A ideia de que a Administração iria invocar o princípio da indisponibilidade do interesse público para requerer a nulidade das cláusulas compromissórias por ela firmadas ficou no passado e chega a parecer absurda no cenário atual, em que compromissos arbitrais são celebrados para levar para arbitragem conflitos oriundos de contratos que não contavam com cláusulas compromissórias.

Nos procedimentos arbitrais a atuação da Administração se dá em pé de igualdade com os privados, apesar das dificuldades ínsitas do universo público. Questões como a participação de terceiros financiadores ou utilização de árbitros de emergência têm sido enfrentadas pela Administração Pública, sempre dentro da perspectiva de compatibilização das regras de direito público com as regras e particularidades da arbitragem, confirmando a disposição do Poder Público em utilizar a arbitragem como meio de solução de controvérsias em razão de suas particularidades em relação ao uso do poder judiciário.

Também não se pode deixar de considerar a drástica alteração de entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de

a Administração Pública recorrer a meios alternativos para a solução de controvérsias, o que trouxe mais segurança jurídica para os agentes públicos fazerem uso dessas ferramentas.

A perspectiva atual é de ampliação do uso da arbitragem pelo poder público, não apenas em razão do aumento do uso de contratos de concessão e de cláusulas compromissórias, como também pela permissão expressa de sua utilização contida na nova lei geral de licitações e contratos administrativos.

Os desafios, contudo, não estão todos superados. Cada passo adiante implica em um novo patamar de obstáculos a serem enfrentados. Se num primeiro momento o desafio foi o de superar o entendimento segundo o qual a Administração Pública não poderia se submeter a arbitragem em razão da indisponibilidade do interesse público e depois, foi o de compatibilizar sua utilização com o regime jurídico de direito público, agora os desafios estão relacionados ao próprio sucesso da arbitragem com a Administração Pública.

Administrar a escassez de recursos materiais e humanos para fazer frente ao crescimento do número de arbitragens, capacitar mais servidores públicos para atuarem de forma dedicadas as arbitragens e no adequado acompanhamento da execução contratual, bem como enfrentar o problema da escassez de assistentes técnicos da Administração são os problemas internos que o Poder Público terá que superar nessa próxima etapa da arbitragem com a Administração Pública.

A ampliação da participação de entes federativos nas arbitragens, especialmente os Municípios, também representa um desafio para as arbitragens com partes públicas. Existe grande diversidade e desigualdade entre os entes federativos, seja em relação aos recursos financeiros e materiais disponíveis quanto em relação a quantidade e capacitação de servidores, especialmente se considerarmos que a arbitragem envolve um procedimento tecnicamente sofisticado e de custo elevado.

A quantidade de Municípios também impõe um desafio à uniformidade da atuação da Administração Pública nas arbitragens, algo que até o presente momento se revelou possível porque as arbitragens estão concentradas na União, em alguns poucos Estados e Municípios maiores. Essa unidade de atuação se mostrou essencial para a consolidação do uso da arbitragem, sendo um dos vetores que garantiram a segurança jurídica necessárias a consolidação da utilização desse meio de solução de controvérsias pelo Poder Público.

O potencial aumento das arbitragens com a Administração Pública traz outras dificuldades que precisarão ser endereçadas, como a carência de árbitros e peritos com conhecimento e vivência que não tenham conflito de interesses com a Administração Pública .

O sucesso da arbitragem com a Administração Pública é incontestável, mas o trabalho não está terminado. A construção e manutenção desse meio

alternativo de solução de controvérsias é contínuo e exige a participação de muitos atores. Mas, sobretudo, o sucesso da arbitragem com partes públicas exige o comprometimento da própria Administração Pública com a sua realização.

REFERÊNCIAS

LEMES, Selma. *Arbitragem em Números e Valores 2017-2018, 2018-2019 e 2020-2021*. Disponível em: << <https://www.selmalemes.com.br/index.php/artigos/>>>.

