
A SOBERANIA DA DECISÃO ARBITRAL NO BRASIL COMO MEIO DE MANUTENÇÃO DO INSTITUTO

THE SOVEREIGNTY OF ARBITRAL AWARDS IN BRAZIL AS A MEANS OF MAINTAINING THE INSTITUTE

*Marcela Muniz Campos¹
Renata Cristina Vasconcelos Pacheco²*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contextualização do instituto no âmbito administrativo e aspectos econômicos por trás da arbitragem. 2. Arbitragem e autonomia da vontade; 3. A soberania das decisões proferidas em arbitragem e a possibilidade de controle judicial. Considerações finais. Referências.

1 Advogada da União. Consultora Jurídica Adjunta na Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Portos e Aeroportos. LL.M em Direito da Infraestrutura e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

2 Advogada da União na Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Portos e Aeroportos. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB. Mestranda em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar os fatores que ensejaram a inserção e fortalecimento da adoção da arbitragem no Brasil, a fim de compreender a importância da soberania da sentença arbitral e os limites ao controle do Poder Judiciário na apreciação de ações anulatórias. É apresentada uma pesquisa sobre o entendimento dos Tribunais Pátrios acerca do controle judicial e preocupação de não invasão no mérito das decisões arbitrais. Finalmente, alerta-se para os riscos de decisões judiciais que ultrapassem as hipóteses de controle legalmente permitidas, dentre as quais a possibilidade de migração das partes interessadas para cortes arbitrais internacionais e o desestímulo da adoção da arbitragem, em especial pela Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Sentença arbitral. Controle Judicial. Ação Anulatória. Limites. Mérito.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the factors that led to the introduction and strengthening of arbitration in Brazil, in order to understand the importance of the sovereignty of arbitral awards and the limits to the control of the Judiciary in the assessment of annulment actions. A survey is presented on the understanding of the Brazilian Courts regarding judicial control and the concern not to invade the merits of arbitration decisions. Finally, it warns the risks of judicial decisions that go beyond the legally permitted control hypotheses, including the possibility of the interested parties migrating to international arbitration courts and discouraging the adoption of arbitration, especially by the Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration. Arbitral Award. Judicial Review. Annulment Action. Limits. Merits.

INTRODUÇÃO

O surgimento da solução de conflitos via arbitral no Brasil enfrentou inúmeros desafios até sua efetiva consolidação e disseminada utilização. Passados pouco mais de 27 (vinte e sete) anos desde o marco legal instituído pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o instituto sempre se deparou com questionamentos de todas as ordens, principalmente no que tangencia ao uso pela Administração Pública.

Após a superação dos debates envolvendo a constitucionalidade, legalidade, alcance, natureza jurídica, entre outros inúmeros contornos, referido método alternativo de solução de conflito se vê diante da problemática do risco dos efeitos adversos (ou até desincentivos) oriundos da dicotomia instaurada pela análise, ainda que indireta, do mérito no controle judicial das decisões arbitrais, em detrimento da soberania da sentença arbitral.

Nesse contexto, o presente estudo aborda algumas das questões mais relevantes do ponto de vista fático e teórico que erigiram o instituto, destacando-se alguns dos aspectos econômicos que justificaram a sua internalização cultural e que, neste momento, servem de mesmo fundamento para alertar sobre a inadequação do controle judicial nas questões de mérito.

Após, será necessário analisar o princípio da autonomia da vontade, ponderando o caráter não absoluto do referido primado diante da necessidade de assegurar as garantias fundamentais do procedimento via controle judicial.

Por fim, será feito um estudo sobre os precedentes judiciais acerca do controle judicial, assim como sobre os riscos identificados em relação a tendências que fragilizam a soberania da decisão arbitral.

Com isso, o objetivo deste artigo é demonstrar que a eficácia e manutenção da arbitragem no país pressupõe a higidez da sentença arbitral, com a consequente estabilidade da segurança jurídica tão almejada pelos envolvidos.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E ASPECTOS ECONÔMICOS POR TRÁS DA ARBITRAGEM

Uma das grandes questões que foram tratadas durante o processo de internalização da cultura da arbitragem no país diz respeito ao cabimento na órbita da Administração Pública.

Nesse contexto, a prestação dos serviços públicos de maneira indireta pelo Estado, por meio da delegação mediante contratos de concessão ou permissão, proporcionou um ambiente fértil para a adoção da arbitragem como mecanismo compensatório e mitigador de riscos (Oliveira, 2019),

a fim de buscar estabilidade jurídica e fomento a investimentos no setor público (Sombra, 2017).

O Programa Nacional de Desestatização (PND) instituído no início da década de 1990 fez parte do processo de descentralização administrativa que objetivava diminuir o papel do Estado na economia e criar um ambiente de segurança jurídica favorável à atração de investimento privado.

Na tentativa de superar a ineficiência da jurisdição prestada pelo Estado e dar um passo objetivo em direção à solução de conflitos por meios extrajudiciais, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei de Concessões e Permissões da Administração Pública, em seu art. 23, inciso XV, estabeleceu como cláusula essencial do contrato de concessão a relativa “ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”, o que evidenciou para a doutrina uma autorização à utilização da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos (Medeiros, 2003).

Ocorre que a inovação trazida pela Lei de Concessões não foi inequívoca, seja porque deixou de fazer menção expressa à arbitragem, seja porque, tecnicamente, a arbitragem não é modo amigável, mas sim solução extrajudicial de controvérsias (Medeiros, 2003).

No ano seguinte, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, inaugurou o regramento específico sobre a arbitragem, mas deixou de prever autorização legislativa expressa para o poder público. Tal fato deu origem a um embate entre estudiosos do tema, de um lado, alguns acreditavam que a falta de previsão específica impedia a utilização do instituto pela Administração Pública³, posição adotada inicialmente pelo Tribunal de Contas da União⁴, de outro lado, autores entendiam que o regramento vigente já seria suficiente para viabilizar a arbitragem no ambiente administrativo⁵.

Pouco tempo depois, foi editada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações, prevendo que o contrato de concessão deve conter o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, a teor de seu art. 93, inciso XV.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelecendo em seu art. 20 que o regime a ser adotado para a solução de conflitos entre os agentes econômicos, usuários e consumidores deverá ter ênfase na conciliação e no arbitramento.

Naquele momento, a doutrina já identificava vantagens em relação aos tradicionais provimentos exclusivamente imperativos, a saber: (i) a possibilidade de intervenção de especialistas na matéria em litígios; (ii) o desafogamento do Judiciário; (iii) a tendência ao ideal da pronta justiça do

3 Barroso, 2003.

4 TCU, Acórdão nº 587/2003 - Plenário.

5 Souza Jr., 2005, p. 121/157.

caso; e (iv) a promoção de uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação (Neto, 1997, apud Lima, 1994).

Outras leis setoriais seguiram a mesma tendência, a exemplo da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres), Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002 (Lei de criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica), Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (Lei do Setor Elétrico), Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 (Nova Lei dos Portos). Todas estabelecendo, em alguma medida, disciplina sobre a arbitragem.

Passou a ficar cada vez mais evidente que, em relação aos investidores privados, notadamente os estrangeiros, a opção pela arbitragem se mostrou mais desejada. Na lição de Pedro A. Batista Martins:

7. A par da influência dos custos de transação na opção pela arbitragem, fato é que os investidores estrangeiros, regra geral, por desconhecimento e insegurança, buscam neutralizar os efeitos de uma influência da jurisdição do local dos investimentos através da escolha de um foro independente para solucionar eventuais divergências oriundas da transação entabulada.

8. A esse desejo alinha-se a necessidade de se ter resposta rápida e através de pessoas especializadas nos conflitos que resultam de contratos complexos, não raro de longo prazo, e que o dia a dia, resta comumente por mostrar que suas cláusulas e lacunas são objeto de interpretações e de uma necessária integração, de modo a viabilizar sua execução. Agrega-se a essa necessidade certa obsessão natural de se manter a relação comercial entre os contratantes em um cenário globalizado e de extrema competitividade (Martins, 2014, p. 2).

Apesar das disposições legais que tangenciavam o ambiental contratual administrativo, foi somente com a edição da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem, que o ordenamento jurídico passou a conter previsão expressa em relação ao uso da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo a Administração Pública.

Inaugura-se, portanto, um ambiente que potencializa a adoção da arbitragem como método de solução de conflitos nos contratos administrativos, principalmente em contratos de longo prazo com elevado grau de complexidade em sua execução, a exemplo dos contratos de infraestrutura.

Com a sedimentação da arbitragem nas parcerias público-privadas, a doutrina começou a identificar impactos econômicos positivos, como: (i) gestão eficiente dos contratos; (ii) atração de investimentos nacionais e estrangeiros do setor privado; (iii) redução do custo de transação; (iv) estímulo à obtenção de propostas mais vantajosas; e (v) prevenção de litígios decorrentes da inexecução intencional de cláusulas (Oliveira, 2019).

Com efeito, a matéria passou a ser objeto de estudo e análise sob o prisma da análise econômica do direito, na perspectiva dos *custos de transação e de oportunidade* dos agentes econômicos.

Sem a pretensão de adentrar nos conceitos econômicos de forma detalhada, importa trazer à lume a síntese das valiosas lições de Timm; Guandalini; Richter (2017), no estudo intitulado “Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil”.

Inicialmente, vale esclarecer que as escolhas dos agentes econômicos envolvem os chamados *custos de transação*, que abarcam: (i) o custo para realização do negócio; (ii) o custo da negociação; e (iii) o custo do cumprimento do que foi negociado. Assim como envolve o *custo de oportunidade*, que se relaciona com “o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado, que fora preterida, ou seja, o custo de alocação alternativa daquele recurso escasso” (Timm; Guandalini; Richter, 2017).

Os autores defendem que a ideia de escolha da arbitragem tangencia justamente os incentivos provenientes da redução dos custos de transação, conforme a seguir.

Primeiro porque reduz os *custos de negociação*, proporcionando a “adoção de um idioma comum, de uma sede neutra e de um regulamento de uma instituição de arbitragem renomada”. Segundo porque diminui *os custos administrativos de resolução de controvérsias*, ao gerar concorrência no mercado de arbitragem e trazer mais eficiência com árbitros especialistas (Guandalini; Richter, 2017).

Além disso, reduz *os custos na demora da alocação da propriedade*, porque tem como principal característica a celeridade, e “esta vantagem pode reduzir os custos atrelados à demora na alocação da propriedade”. Nessa esteira, também diminui *os custos do erro da decisão*, em razão da possibilidade de escolha de árbitros especialistas e do incentivo econômico atrelado à reputação do árbitro, sintetizado na ideia de que “a frequência da nomeação, os valores em disputa e o conseqüente valor da remuneração será maior quanto maior a reputação do árbitro” (Guandalini; Richter, 2017).

Ainda, reduz *os custos da publicidade*⁶, porque a confidencialidade além de preservar a reputação da empresa em relação às questões sensíveis sobre o qual recaia a disputa, também reduz em muito o risco de vazamento de informações privilegiadas sobre o negócio da empresa. (Guandalini; Richter, 2017).

Por fim, reduz *os custos de ineficácia do procedimento*, uma vez que a sentença arbitral “detém grande facilidade de reconhecimento nos tribunais e goza de

6 Vale destacar que a publicidade é a regra em relação às arbitragens envolvendo a Administração Pública, por expressa disposição do art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307, de 1996, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei, como, por exemplo, aquelas contidas na Lei de Acesso à Informação.

importantes instrumentos que garantem o reconhecimento e exequibilidade em diversas jurisdições estrangeiras” (Guandalini; Richter, 2017).

No que se refere ao *custo de oportunidade*, a não escolha da arbitragem implica necessariamente e implicitamente a escolha pelo judiciário, o que representa, segundo os autores, demora na alocação dos direitos de propriedade em razão da morosidade do judiciário, cuja lentidão também resulta no aumento da intensidade do litígio, gerando mais custo e menor eficiência (Guandalini; Richter, 2017).

Ficam evidenciados, portanto, alguns aspectos econômicos envolvidos no surgimento do instituto e, mais recentemente, nos estudos da matéria acerca da escolha dos agentes econômicos, cuja aceção jurídica deve ser agora enfrentada à luz do princípio da autonomia da vontade.

2. ARBITRAGEM E AUTONOMIA DA VONTADE

Neste tópico trataremos com destaque de um dos vários princípios de origem material do direito privado aplicados à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade. Na visão clássica da autonomia privada, as partes são livres e podem negociar sobre seu patrimônio em relação a três aspectos: liberdade sobre contratar ou não contratar, com quem contratar e o que contratar (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

Não é diferente para a Administração Pública, mas aqui o fundamento é distinto. Na seara administrativa, prevalece a autonomia pública (Menezes de Almeida, 2012), revestida pelo interesse da coletividade e exercida por meio do poder discricionário, a partir de uma avaliação racional sobre o meio tecnicamente mais adequado para a prática do ato, dentre aqueles legalmente disponíveis (Megna, 2019).

Independente da aceção abordada (pública ou privada), autonomia da vontade sempre esteve na centralidade do debate daqueles que advogavam a favor da arbitragem. No entanto, até a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o princípio da autonomia da vontade era aceito de forma tímida pela doutrina e jurisprudência.

Com a edição da referida Lei, ficou estabelecido em seu art. 3º que a arbitragem é voluntária e a sua utilização depende de manifestação de vontade das partes, seja por meio da cláusula compromissória, seja por meio do compromisso arbitral. Além disso, a possibilidade de escolha das regras do direito aplicáveis na arbitragem, a liberdade de escolha dos árbitros e a possibilidade de definição dos procedimentos pelos interessados também são corolários do referido princípio.

Verifica-se, portanto, que as partes exercem a autonomia da vontade na arbitragem ao escolher firmar ou não a convenção de arbitragem, com quem será firmada e, principalmente, o seu conteúdo.

Ocorre que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, uma vez que se submete à observância das garantias processuais fundamentais. O controle judicial da sentença arbitral é um mecanismo para tal desiderato.

O art. 32 da Lei de Arbitragem estabelece em quais hipóteses poderá haver o controle por parte do Poder Judiciário. O inciso I do art. 32 prevê a nulidade da convenção de arbitragem, em relação ao qual aplica-se a teoria das nulidades do negócio jurídico pré-processual, com natureza privada subordinado ao ordenamento civil (Verçosa et al., 2014), podendo ser acometida por vícios de existência, validade e eficácia. Nas demais hipóteses do mesmo art. 32, contudo, aplica-se a teoria das nulidades do Direito Processual Civil, porque equiparam-se a atos jurisdicionais, cuja violação do procedimento e/ou sentença consubstancia vício processual (Verçosa et al., 2014). Não obstante, o tema será abordado com maior profundidade no tópico a seguir.

Abstraida a divergência doutrinária sobre o referido art. 32 ser taxativo ou meramente exemplificativo, é pacífico o entendimento pela impossibilidade de revisão de mérito da decisão arbitral pelo Poder Judiciário (Verçosa et al., 2014). O Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Recurso Especial nº 693.219 - PR (2004/0124717-5), se manifestou no sentido de não ser possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, mas apenas a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral.

Nesse contexto, faz-se imperioso avaliar a dicotomia instaurada pela análise, ainda que indireta, do mérito no controle judicial das decisões arbitrais, em detrimento da soberania da sentença arbitral, a fim de abordar a problemática do risco dos efeitos adversos (ou até desincentivos) oriundos dessa tendência.

3. A SOBERANIA DAS DECISÕES PROFERIDAS EM ARBITRAGEM E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

Uma das principais características das sentenças arbitrais é a sua irrecurribilidade. Ressalvados os casos em que as cláusulas compromissórias ou os compromissos arbitrais estabelecem a possibilidade de recurso para um outro juízo arbitral, não cabe recurso ao Poder Judiciário das sentenças arbitrais.

A Lei nº 9.307, de 1996, permite, entretanto, em seu art. 30, que a parte interessada solicite ao árbitro ou ao tribunal arbitral que corrija erro material ou esclareça obscuridade, dúvida, contradição ou omissão eventualmente identificadas na sentença arbitral. Tal instrumento se assemelha aos embargos de declaração opostos no âmbito do Poder Judiciário.

Entretanto, apesar da irrecurribilidade ao Poder Judiciário das sentenças arbitrais, consoante dito linhas atrás, o art. 33 da Lei da Arbitragem alberga a possibilidade de ajuizamento de ação anulatória pela parte interessada, nos

casos nela previstos, elencando, em seu art. 32, hipóteses de nulidade da sentença arbitral, quais sejam: nulidade da convenção de arbitragem, sentença emanada por quem não poderia ser árbitro, não observância dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, comprovação de que a sentença foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva ou fora do prazo estabelecido e, finalmente, quando forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem.

Além dessas hipóteses, entende-se ser possível o ajuizamento da ação anulatória nos casos em que a sentença arbitral ofender a ordem pública nacional, situação em que se configuraria uma excepcional análise do mérito da decisão arbitral.

Diante das hipóteses de nulidade da sentença arbitral legalmente previstas, observa-se que o Brasil adotou a possibilidade de controle da sentença arbitral relativamente aos casos de *error in procedendo*, não havendo previsão legal para o controle judicial que tenha como objeto, via de regra, a revisão do mérito das sentenças arbitrais, ou casos de *error in iudicando*.

Assim, infere-se que o Poder Judiciário não exerce o papel de segunda instância com relação às sentenças arbitrais. Nesse sentido, José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Monteiro, observaram:

Partindo-se da realidade brasileira, pode-se dizer que o tipo de controle da sentença Arbitral não pode, por óbvio, traduzir-se em um segundo grau de jurisdição, no âmbito do Poder Judiciário. Atento a esse eventual excesso, Cândido Rangel Dinamarco anota que “a liberalização desse controle pelos juízes estatais, quando levada a patamares de abuso, seria um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem”. (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019, p. 327)

Busca-se, com isso, conferir segurança jurídica àqueles que optaram pela submissão ao juízo arbitral, tendo em vista que uma das principais razões de se buscar a solução de conflitos pela via arbitral é a celeridade do processo arbitral com relação ao tempo de tramitação dos processos judiciais. Então, não faria sentido a submissão do conflito ao juízo arbitral se a demanda tivesse que ser submetida à apreciação do Poder Judiciário como uma segunda instância do juízo arbitral.

Por outro lado, conforme salientado em tópico anterior, a situação diametralmente oposta também poderia trazer insegurança jurídica. A ausência total de controle poderia gerar receio às partes, de se submeterem a processo arbitral que pudesse ser abusivo, imparcial, carente de critérios mínimos capazes de possibilitar a justiça e confiabilidade da sentença arbitral.

Ademais, a previsão de controle judicial também tem o condão de estimular maior cuidado e dedicação do juízo arbitral com a tramitação do processo arbitral, bem como com as decisões nele proferidas. Consoante destacado por José Antônio Fichtner, Sérgio Mannheimer e André Monteiro:

A existência de um sistema legal de controle da arbitragem sob o ângulo econômico serve de incentivo ao instituto, pois assegura às partes de que não serão surpreendidas com soluções anômala ou em desacordo com o programado. E se o forem, terão a sua disposição os instrumentos suficientes e necessários para as adequadas correções de rumo.

(...)

Acrescente-se, de nossa parte, que a possibilidade de controle, mesmo que em tese, da decisão proferida, ocasiona, consciente ou inconscientemente, uma maior preocupação do julgador. No âmbito judicial, esse efeito é obtido por meio dos recursos; na arbitragem por meio dos embargos arbitrais e de instrumentos jurisdicionais de controle **estatal** da arbitragem. (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019, p. 326)

Importa ressaltar, contudo, que na ação anulatória há apenas o juízo rescindente, não havendo o juízo rescisório, ou seja, o Poder Judiciário, ao exercer o controle das sentenças arbitrais, anula o julgado arbitral, porém não pode proferir nova decisão em substituição ao juízo arbitral.

Apesar da possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, é imperioso que esse controle seja realizado com cautela, a fim de evitar o ingresso indevido da jurisdição estatal no mérito da sentença arbitral.

As partes devem ter consciência de que a opção pela arbitragem tem vantagens, mas também exige contrapartida, a exemplo da impossibilidade de interposição de recursos para rediscussão do mérito da decisão proferida pelo árbitro. Apesar de o ajuizamento da ação anulatória ser um direito da parte, o pedido de nulidade não deve ser vulgarizado, sob o risco de se tornar substancialmente desleal ou danoso à outra parte apenas pelo mero inconformismo, sem fundamento nas hipóteses previstas na Lei de Arbitragem e buscando criar óbices ao cumprimento da sentença ou pretendendo rediscutir o mérito da decisão, pois tal atitude implicaria em violação ao princípio da boa-fé objetiva (Neto; Ferreira; Nunes, 2022).

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do respeito à sentença arbitral, observa-se que há uma tendência dos referidos tribunais em manter a decisão do juízo arbitral. Vale consignar que muito antes da entrada em vigor da Lei nº

9.307, de 1997, há julgados nos quais o STF, em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, reconhece a soberania das decisões arbitrais (RE 8745, DJ 05/04/1956; RE 32226, DJ 18/10/1956; SE 1556, DJ 11/09/1958).

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência para homologação de sentença estrangeira passou a ser do STJ, conforme comando do art. 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, tendo o referido Tribunal Superior consolidado entendimento no sentido de que na ação de invalidação ou anulação de sentença arbitral, o controle judicial exercido após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, não sendo devido o ingresso em aspectos meritórios quando a sentença arbitral fora devidamente fundamentada (AINTARESP – 1326436, STJ, 4a. Turma, DJE 21/11/2019; AINTARESP – 1143608, STJ, 3a. Turma, DJE 20/03/2019; RESP 1636113, STJ, 3a. Turma, DJE 05/09/2017; RESP 1500667, 3a. Turma, DJE 19/08/2016).

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido pela impossibilidade de ingresso no mérito da sentença arbitral, seja nacional ou estrangeira, pautando-se, via de regra, pela higidez do mérito dos julgados proferidos em arbitragens.

Por outro lado, considerando a grande quantidade de acórdãos em que se verifica o pleito de desconstituição da sentença arbitral, nacional e estrangeira, resta evidenciado que as partes inconformadas com a solução do árbitro ou do tribunal arbitral buscam o Poder Judiciário com o intuito de reformar a decisão arbitral sem se balizarem pelas hipóteses legais de nulidade, denotando a adoção de atitude contrária à boa-fé objetiva, consoante se observou alhures.

Essa postura dos Tribunais Pátrios, de adstrição aos aspectos formais ou pela preservação dos julgados arbitrais que não incorreram nas hipóteses de nulidades legalmente previstas, é deveras importante para que o instituto da arbitragem possa prosperar e continuar surtindo os efeitos desejados. Afinal, o processo arbitral serve como “porta” alternativa à jurisdição estatal, considerando-se o sistema multiportas, especialmente considerando a dificuldade de prestação jurisdicional célere pelo Poder Judiciário, em razão do grande volume de processos sob sua tutela.

Entretanto, se o Poder Judiciário passar a ultrapassar os limites que lhes são delineados para realizar o controle das sentenças arbitrais, pode ocasionar o desestímulo às convenções de arbitragem.

Convém registrar que, apesar da jurisprudência consolidada no sentido da não invasão do Poder Judiciário no mérito das decisões arbitrais, vislumbra-se a existência de casos em que o judiciário avança em questões meritórias, como se pode verificar, a título ilustrativo, nos casos de indeferimento de produção probatória pelo árbitro ou tribunal arbitral.

Da análise da jurisprudência do STJ sobre o tema, colhe-se que historicamente a Colenda Corte tem entendido que o indeferimento de provas pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível a nulidade da sentença arbitral lastreada em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Judiciário no mérito da decisão arbitral (AINTARESP – 1326436, STJ, 4a. Turma, DJE 21/11/2019; AINTARESP – 1143608; AINTARESP – 1143608, STJ, 3a. Turma, DJE 20/03/2019 ; RESP 1500667, 3a. Turma, DJE 19/08/2016). Vale transcrever a ementa de um dos julgados:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DAS AUTORAS. 1. *Na ação de invalidação/anulação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal. Precedentes.* 2. *O indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Poder Judiciário no mérito da decisão arbitral.* 3. Agravo interno desprovido. (AINTARESP – 1326436. STJ, 4a. Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. DJE 21/11/2019) Grifo nosso.

No entanto, recentemente, acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que a realização de provas requeridas pela parte vencida afigurava-se necessária ao deslinde da demanda, em observância à ampla defesa, determinando a anulação de sentença arbitral (AC 1009699-17.2020.4.01.3400).

O entendimento manifestado no referido acórdão destoa dos posicionamentos do STJ, que, como visto, reiteradas vezes se manifestou pelo livre convencimento motivado do juízo arbitral, ressaltando que o ingresso no aspecto do deferimento ou indeferimento de provas pode caracterizar a invasão do mérito da sentença arbitral.

Sobre a importância da observância do princípio do livre convencimento motivado no processo arbitral, Fabrizzio Matteucci Vicente observou:

Pode-se afirmar, ainda, que no sistema de arbitragem o livre convencimento é ainda mais amplo, ao viabilizar que as partes e o árbitro se valham de mecanismos de prova eventualmente não previstos na legislação processual. Assim, conforme advertência de CARMONA, é possível que

o árbitro e as partes utilizem mecanismos probatórios não conhecidos do legislador pátrio, mencionando o autor, como exemplos, a *Discovery* e a *Expert Witnesses*.

Como quis o legislador, no sistema da arbitragem tem o árbitro - a seu favor - a realização de qualquer mecanismo probatório, favorecendo não só a justiça da decisão como também, a brevidade da fase instrutória. Significa isto, dizer que as partes nada poderão opor à utilização da *Discovery* ou da *expert witnesses* no processo arbitral, ainda que não se trate de arbitragem Internacional.

O princípio em questão está exigir que seja atribuída ao árbitro a liberdade absoluta na apreciação das provas, liberdade esta que abrange a necessária indicação do raciocínio desenvolvido pelo árbitro quando da prolação da sentença arbitral. (Vicente, 2010, p. 200)

Depreende-se que a transposição dos limites legalmente impostos para o controle judicial da sentença arbitral pode gerar insegurança jurídica, do mesmo modo que a total ausência de controle judicial, acima mencionada, fazendo-se necessário o encontro de ponto de equilíbrio, a fim de se evitar os extremos: ausência de controle *versus* controle demasiado ou além do permitido pela lei.

A partir da insegurança jurídica, diversos efeitos negativos podem advir do avanço do controle judicial além dos limites legalmente permitidos.

Um dos primeiros efeitos negativos seria o desestímulo à celebração de cláusula compromissória ou compromisso arbitral pelas partes em seus diversos negócios jurídicos, pois, como dito acima, um dos principais motivos para a opção pelo juízo arbitral é a busca por celeridade na solução dos conflitos decorrentes do negócio, especialmente naqueles casos em que há uma dinamicidade que pode ser prejudicada por uma justiça morosa.

Vale destacar o forte impacto que a intervenção exacerbada do Judiciário poderia ensejar na participação da Administração Pública Federal nas arbitragens, uma vez que a participação de tais entes públicos foi fomentada pela necessidade de atração de investimentos privados no setor de infraestrutura, cujos protagonistas, nacionais e estrangeiros, têm avaliação negativa sobre o funcionamento do Poder Judiciário (Pinto Junior, 2023).

Importa recordar que a arbitragem passou a ser prevista e adotada pela Administração Pública em busca desses investimentos para o país, mediante a adequação dos contratos de concessão de serviços públicos às boas práticas internacionais, com a inserção de cláusula compromissória,

a fim de atrair os investidores, que a consideram um fator de redução do custo de oportunidade e, por conseguinte, de transação, considerando que a submissão ao juízo arbitral promove a redução de diversos tipos de riscos quando do surgimento de conflitos decorrentes do (des)cumprimento do contrato, consoante salientado linhas atrás.

Outrossim, considerando que maioria dos contratos administrativos que contém convenção de arbitragem são aqueles de concessões de serviços públicos, como os de infraestrutura, acima citados, a celeridade na solução do litígio auxilia a evitar danos à boa prestação e continuidade dos serviços públicos, como nos casos de serviços portuários e aeroportuários, por exemplo.

Ademais, não se pode deixar de considerar o alto custo do processo arbitral, que é compensado com a celeridade que lhe é peculiar e a expertise dos árbitros para o julgamento de conflitos relacionados a negócios específicos e complexos, então, a insegurança de poder ter todo o procedimento arbitral desconsiderado e ter a causa revista pelo Judiciário, geraria grande prejuízo e iria de encontro ao efeito inicialmente desejado de celeridade e redução do custo de transação com a não submissão do julgamento à justiça estatal.

Outro efeito que poderia ocorrer é a emigração da arbitragem para tribunais arbitrais estrangeiros que tenham uma cultura de controle das sentenças arbitrais menos interventiva. Isso porque o exame judicial da integridade da arbitragem não é uniforme em todos os países, sendo mais amplo em alguns países e mais restrito em outros.

Ademais, a sentença arbitral proferida em um país pode ser homologada em outro país signatário, conforme previsão da Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, de 07 de junho de 1959, internalizada por meio do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. O Artigo III da Convenção assim dispõe:

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

A opção por cortes arbitrais internacionais minimizaria o Controle do Poder Judiciário brasileiro, que, via de regra, passaria a exercer o juízo

de deliberação quanto à homologação da sentença estrangeira, nos moldes previstos no art. 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal.

Vale recordar que o controle judicial da sentença arbitral é de competência do país onde ela foi proferida, não cabendo, portanto, ação anulatória de sentença arbitral estrangeira já homologada, pois, tal controle de validade da sentença arbitral se daria no âmbito da própria homologação de sentença estrangeira.

Apesar da possibilidade de as partes interessadas migrarem para as arbitragens internacionais, tal movimento pode se mostrar mais dificultoso para a Administração Pública, que precisará considerar diversos aspectos para a inserção de cláusula compromissória que preveja a solução de eventual litígio perante cortes arbitrais internacionais.

Nesse cenário, eventual movimento por parte do Poder Judiciário de ingresso no mérito das sentenças arbitrais pode gerar também o risco de diminuição da participação da Administração Pública em arbitragens, tendo em vista que o alto custo envolvido nos processos arbitrais precisa ser justificado e sopesado em caso de postergação da solução final do litígio.

Vislumbra-se, portanto, que a imutabilidade da sentença arbitral é instituto que dá força à arbitragem e garante a autoridade das decisões emanadas dos árbitros (Alencar; Gomes, 2022). Portanto, a soberania da decisão arbitral é elemento essencial para a perpetuação da arbitragem no Brasil e, em especial, no âmbito da Administração Pública.

CONCLUSÃO

A inserção da arbitragem no Brasil foi forjada, ao longo do tempo, por questões de natureza comercial, econômica, jurídica, entre outras, tendo a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, representado um marco para implementação do modelo atualmente aplicado.

A Lei nº 9.037, de 1996, adotou um modelo de controle judicial da arbitragem que prestigia a soberania da decisão de mérito dos árbitros, prevendo, entretanto, a possibilidade de controle de nulidade procedimental por parte do Poder Judiciário.

Historicamente os Tribunais pátrios têm adotado uma postura de respeito aos limites legalmente previstos, não avançando sobre o mérito das decisões arbitrais. Entretanto, mais recentemente, observou-se a existência de entendimento judicial divergente do que vinha sendo adotado, criando-se um alerta para o risco que decisões com esse viés podem acarretar para a perpetuação da arbitragem no Brasil.

A preocupação se justifica pelo fato de a imutabilidade das decisões arbitrais de mérito se caracterizar como um elemento essencial da arbitragem,

sendo seu enfraquecimento um indicativo de fragilidade do próprio instituto da arbitragem.

Recorda-se que a higidez do mérito da sentença arbitral decorre da autonomia da vontade das partes, de se submeterem ao juízo arbitral, buscando, dentre outros aspectos, a celeridade na solução dos conflitos surgidos ao longo da vigência contratual, sendo a irrecorribilidade das decisões arbitrais um dos aspectos pensados para atender esse desiderato.

A busca pela alteração do julgado arbitral pela parte vencida pode denotar ausência de boa-fé objetiva, caso busque guarida no Poder Judiciário apenas por inconformismo com a decisão arbitral.

Entretanto, como visto, caso a justiça estatal passe a ultrapassar os limites de controle judicial legalmente permitidos, os motivos ensejadores da implantação e adoção da arbitragem no Brasil podem passar a não existir, desestimulando as partes a adotarem o procedimento arbitral como método para solução dos litígios decorrentes das relações contratuais, em especial quando se trata da participação da Administração Pública na arbitragem, cuja opção pelo procedimento arbitral se deve à busca de investimentos estrangeiros, notadamente nos setores de serviços de infraestrutura, à mais célere solução dos conflitos, visando a continuidade e melhor prestação dos serviços públicos, entre outros aspectos.

Destarte, depreende-se que o ingresso do controle judicial no âmbito do mérito das decisões arbitrais pode colocar em risco o próprio instituto da arbitragem no Brasil, ou ainda, pode acarretar uma migração para cortes arbitrais internacionais, em países cujo controle da sentença arbitral seja mais restrito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Aristhêa Totti Silva Castelo Branco. GOMES, Cristiane Cardoso Avolio. Ação Anulatória de Sentença Arbitral no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 113, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público*. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal/Invalidade. In *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, Tomo II, p. 610, 615-626

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem e o Setor de Telecomunicações no Brasil*. Disponível em <https://batistamartins.com/arbitragem-e-o-setor-de-telecomunicacoes-no-brasil/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luíz. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o estado no direito brasileiro. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, jun/set. 2003.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Forum, 2019

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul.-set. 1997.

NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Danilo Henrique. Da (im)possibilidade de controle judicial da sentença arbitral com fundamento na proporcionalidade. *Revista Direitos Culturais*. V. 17, n. 42. p. 237-256, maio-ago 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Arbitragem e contratos públicos: tendências e perspectivas. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, p. 348-355, abr. 2019.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Repensando a arbitragem no Brasil. *Revista Jurídica Profissional*, FGV Direito SP, v. 2, n. 1, 2023.

SOMBRA, Thiago Luís. Mitos, Crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 14, p. 54-72, abr./maio/jun. 2017.

SOUZA JR. Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 241, p. 121/157, 2005.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. *Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321165153_REFLEXOES_SOBRE_UMA_ANALISE_ECONOMICA_DA_IDEIA_DE_ARBITRAGEM_NO_BRASIL>. Acesso em: 30 jan. 2024.

VERÇOSA, Fabiane et al. (coord). *Arbitragem e mediação: temas Controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. *Arbitragem e Nulidades: uma proposta de sistematização*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. 244p. Tese para obtenção de doutorado em Direito Processual.