

Publicações da
ESCOLA DA AGU

**DESAFIOS DA
ARBITRAGEM COM
ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

COORDENADORES

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar
Júlia Thiebaut Sacramento
Marcelo Andrade Féres
Márcia Uggeri Maraschin
Tatiana Mesquita Nunes

EAGU
ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

ISSN 2525-3298
Ano. 14 n° 01 - Brasília-DF - dez.2022

Publicações da Escola da AGU

DESAFIOS DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ano 14 - n. 01, - Brasília-DF, dez.(2022)

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 14	n. 01	p. 1-300	dez(2022)
------------------------------	----------	-------	-------	----------	-----------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO-GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Miguel Cabrera Kauam	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Vlória Pompeu Silva	Diretora da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Vlória Pompeu Silva	Diretora
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

EDITOR RESPONSÁVEL

Vlória Pompeu Silva

COORDENADORES

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar	Advogada da União
Júlia Thiebaut Sacramento	Advogada da União
Marcelo Andrade Féres	Procurador Federal
Márcia Uggeri Maraschin	Advogada da União
Tatiana Mesquita Nunes	Advogada da União

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne Julio / Kamilla Souza

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular.

ISSN 2236-4374 (versão impressa)

ISSN 2525-3298 (versão on-line)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

AUTORES

**ARISTHÉA TOTTI SILVA
CASTELO BRANCO DE
ALENCAR**

Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB e em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA. Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

**CESAR PEREIRA C. Arb
FCI Arb**

Sócio em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Visiting Scholar na Columbia University, University of Nottingham e George Washington University.

**CRISTIANE CARDOSO
AVOLIO GOMES**

Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada da União.

**CRISTINA M. WAGNER
MASTROBUONO, FCI Arb**

Advogada formada pela USP, LL.M. - University of Chicago, Especialização em Direito Societário pela FGV-Direito. Foi Procuradora do Estado de São Paulo, atua como árbitra em disputas relacionadas a contratos em infraestrutura e direito societário.

**FERNANDO BARBOSA
BASTOS COSTA**

Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Concorrencial para Fundação Getúlio Vargas, FGV Law. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

FERNANDO COUTO GARCIA
Procurador do Município de Belo Horizonte; Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

**GUSTAVO CARNEIRO DE
ALBUQUERQUE**

Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Mestrando em Economia no IDP. Especialista em Controle de Regulação de Infraestrutura - ISC-TCU e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Mackenzie.

**GUSTAVO JUSTINO DE
OLIVEIRA**

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP e no IDP (Brasília-DF). Árbitro, Mediador, Consultor e Advogado especializado em Direito Público. Membro integrante do Comitê

Gestor de Conciliação da Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos do CNJ. www.justinodeoliveira.com.br.

IAGO OLIVEIRA FERREIRA

Procurador do Estado de São Paulo designado para atuação junto à Assistência de Arbitragens da PGE-SP. Mestrando em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).

JÚLIA THIEBAUT SACRAMENTO

LL.M in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California) Advogada da União. Integrante do Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA) da AGU.

LEONARDO F. SOUZA-MCMURTRIE

Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LEONARDO F. SOUZA

Especialista em Resolução de Disputas no Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. LL.M in Comparative and Alternative Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Chevening Scholar e QMUL Comparative and International Dispute Resolution Prize em 2020.

LUCIANO DE SOUZA GODOY
Advogado; professor da FGV Direito SP nos cursos de

graduação e pós graduação; Doutor em Direito pela USP; foi visiting scholar na Columbia Law School; foi também juiz federal e procurador do Estado de São Paulo.

MANUELA ALBERTONI TRISTÃO

Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial. Integrante da Diretoria Acadêmica do CJA/CBMA. Advogada na área de arbitragem e resolução de conflitos em Justino de Oliveira Advogados.

MARCELO ANDRADE FÉRES

Professor Associado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG Procurador Federal. Colaborador Eventual da Equipe Nacional de Arbitragem da PGF/AGU.

MÁRCIA UGGERI MARASCHIN

Especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal pela Escola de Administração Fazendária - ESAF. Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidad Complutense de Madrid. Advogada da União atuando no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

MARIANA CARVALHO DE ÁVILA NEGRI

Doutoranda em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid. Mestre em Direito, Estado e

Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília - UnB. Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU .

PATRÍCIA BAPTISTA

Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

PAULA BUTTI CARDOSO

Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de São Paulo. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União.

TATIANA MESQUITA NUNES

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

**TATIANA SARMENTO LEITE
MELAMED**

Procuradora do Estado de São Paulo designada para atuação junto à Assistência de Arbitragens da PGE-SP. Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPG/SP).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Bruno Bianco Leal
Claudio Xavier Seefelder Filho..... 8

A Administração Pública em Território Arbitral: Pela Observância dos Precedentes Judiciais Vinculantes

Public Entities in the Arbitration Realm: Mandatory Compliance with Judicial Binding Precedents
Júlia Thiebaut Sacramento
Marcelo Andrade Féres..... 13

A Publicidade nas Arbitragens com a Administração Pública no Brasil: Finalidade e Limites

Publicity in Arbitrations Involving Public Administration in Brazilian Law: Aim and Limits
Patrícia Baptista
Leonardo F. Souza-McMurtrie.....35

Autonomia da Vontade e Arbitragem: O Caso da Administração Pública

Freedom of Will and Arbitration: The Case of Public Administration
Tatiana Mesquita Nunes
Cristiane Cardoso Avolio Gomes.....57

A Evolução da Convenção de Arbitragem Utilizada pela Administração Pública

The Evolution of the Arbitration Agreement in Contracts with Public Entities
Cristina Wagner, FCI Arb..... 79

Regras Especiais de Arbitrabilidade Objetiva de Litígios Que Envolvem a Administração Pública na Lei de Concessões e na Lei de Parcerias Público-Privadas

Special Statutory Rules on Objective Arbitrability for Disputes Arising Out of Concession or Public-Private Partnership Agreements
Fernando Couto Garcia.....97

Arbitragem e Regulação: Limites à Arbitrabilidade Objetiva Envolvendo as Agências Reguladoras

Arbitration and Regulation: Limits to Objective Arbitrability Involving Regulatory Agencies
Gustavo Carneiro de Albuquerque
Fernando Barbosa Bastos Costa 123

Arbitragem e Precatórios: Um Panorama Sobre a Efetivação dos Pleitos Pecuniários em Face da Administração Pública <i>The Legal Framework Applicable to Payment Claims Submitted to Arbitration Against the Brazilian Government</i> Iago Oliveira Ferreira Tatiana Sarmento Leite Melamed	143
Acordo nas Arbitragens Envolvendo a Administração Pública: Potencialidades do Uso da Cláusula “Arb-Med-Arb” no Brasil <i>Agreement in Arbitrations Involving the Public Administration: Potentialities of the Use of the “Arb-Med-Arb” Clause in Brazil</i> Gustavo Justino de Oliveira Manuela Albertoni Tristão	165
A Teoria Da Imprevisão: Uma Releitura Para As Arbitragens Em Tempos De Guerra <i>The Theory Of Unpredictability: A Re-Reading For Arbitrations In Times Of War</i> Luciano de Souza Godoy	187
Arbitragem e Administração Pública: O Processo de Escolha de Árbitros <i>Arbitration and Public Administration: The Selection Process of Arbitrators</i> Márcia Uggeri Maraschin	203
Arbitrabilidade Subjetiva: A Evolução E A Consolidação Da Arbitragem Envolvendo A Administração Pública Brasileira <i>Subjective Arbitrability: The Evolution And Consolidation Of Arbitration Involving The Brazilian Public Administration</i> Mariana Carvalho de Ávila Negri Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar.....	225
Comitês de Resolução de Disputas em Contratos Administrativos: Compatibilidade dos Comitês de Natureza Adjudicativa com os Contratos Firmados no Âmbito da Administração Pública <i>Dispute Boards and Public Contracts: Compatibility of Dispute Adjudication Boards and Public Contracts</i> Paula Butti Cardoso	249
Arbitragem e Corrupção: o que os árbitros podem (e devem) fazer? <i>Subjective Arbitration and corruption: what can (and should) Arbitrators Do?</i> Cesar Pereira C. Arb FCI Arb Leonardo F. Souza.....	273

APRESENTAÇÃO

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E ARBITRAGEM: UMA CONVIVÊNCIA CRESCENTE

A Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de seus órgãos vinculados, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131, Constituição Federal). Na defesa dos interesses da União em juízo a representação judicial é exercida pela AGU toda vez que a União, no interesse dos órgãos dos três poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), ou alguma de suas autarquias, agências reguladora e fundações públicas federais, é demandada em processos judiciais em todas as instâncias do Poder Judiciário, ou ainda como parte autora ou terceiro interessado na Justiça.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, não se pode olvidar que a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, estabeleceu, em seu artigo 4º, VI, a competência do Advogado-Geral da União para desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União. Mais especificamente, o artigo 1º da Lei nº 9.469/97, confere ao Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, a competência para autorizar a realização de acordos ou transações visando prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. Todas essas competências atribuídas ao Advogado-Geral da União foram reforçadas pelo artigo 35 e seguintes da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil). A edição das Leis 13.140/2015 e 13.988/2020 reforçaram o instrumental à disposição da AGU na busca por mitigar o litígio e estimular a consensualidade.

Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União tem investido esforços na construção de uma nova concepção de advocacia pública, uma advocacia ainda mais moderna, pautada pelo diálogo e em descortinar um novo horizonte, há muito esperado, de fortalecimento de alternativas ao já tão assoberbado Poder Judiciário. Com o acesso a tais instrumentos o futuro da advocacia pública federal será ainda mais efetivo, inovador, consensual, preventivo e indutor do importante e necessário diálogo entre administração pública e os administrados.

A par disso, a arbitragem tem se mostrado um eficiente instrumento de solução de disputas envolvendo a Administração

Pública. Por meio dela, os interessados optam por resolver seus conflitos perante um árbitro, um profissional de sua confiança, especializado e com conhecimento técnico compatível com a matéria em discussão .

Com a edição da Lei 13.129/2015, que implementou significativa alteração da legislação federal, houve a permissão expressa de que a administração pública utilizasse a arbitragem para resolver seus conflitos com particulares, o número de processos arbitrais envolvendo a administração pública em setores estratégicos tem observado um significativo crescimento.

Atualmente, no âmbito da União, a AGU acumula experiência de atuação em 12 processos arbitrais, que envolvem valor aproximado de R\$ 207,5 bilhões de reais. São arbitragens que envolvem matéria societária, de telecomunicações, de energia, de infraestrutura portuária, rodoviária e aeroportuária.

Para fazer frente a essa demanda, a AGU criou o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA/AGU). Trata-se de unidade estratégica, responsável pela representação da União nas arbitragens, e que atua em forte articulação com unidades da Procuradoria-Geral da União e da Consultoria-Geral da União. A instituição do NEA/AGU tornou-se definitiva por meio da Portaria AGU n. 320/2019.

No que se refere às autarquias e fundações públicas federais, seguindo a diretriz da Portaria AGU n. 320/2019, a Procuradoria-Geral Federal (PGF) editou a Portaria Normativa n. 15/PGF/AGU, de 14 de março de 2022, que instituiu a Equipe Nacional Especializada em Arbitragens (ENARB), vinculada ao Departamento de Consultoria.

Atualmente, há 22 arbitragens em curso no âmbito da PGF, com valores totais que chegam a centenas de bilhões de reais, envolvendo 4 agências reguladoras. São elas: (i) Agência Nacional de Petróleo – ANP; (ii) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; (iii) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; e (iv) Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Previamente à criação da ENARB, cada Procuradoria Federal junto à entidade envolvida atuava diretamente na arbitragem, o que resultava em centros de atuação distintos. Agora, com a criação da equipe especializada, haverá a coordenação unificada dentro da estrutura da PGF, com articulação institucional, uniformidade de atuação e maior difusão do conhecimento adquirido entre seus membros.

A AGU, por meio da CGU, da PGU e da PGF, já acumula algumas vitórias em processos arbitrais: (i) o processo apelidado de “Caso Libra”, que foi administrado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), foi encerrado em 2019 com sentença que determinou o pagamento de aproximadamente R\$ 3,5 bilhões de reais aos cofres públicos; (ii) em caso administrado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), foi proferida decisão em 2020, declarando a culpa da concessionária pelo inadimplemento do contrato de concessão para operação de subtrecho rodoviário da Rodovia Federal BR-153; (iii) em sentença arbitral divulgada às partes no início de fevereiro deste ano, a ANP conseguiu reafirmar a validade das cláusulas de caso fortuito e força maior previstas em contrato de concessão. Na arbitragem, as concessionárias Petra Energia e Bayar Empreendimentos e Participações Ltda. pediam, entre outros pontos, a restituição dos bônus de assinatura pagos por blocos da 12ª Rodada de Licitações, realizada em 2013, o que foi negado na sentença.

A AGU está, ainda, atenta à necessidade de normatização para tornar mais segura a prática da arbitragem. Nos anos de 2021 e 2022, foram editadas quatro portarias específicas na matéria: (i) Portaria Normativa AGU n. 21, de 22 de julho de 2021 - Credenciamento de Câmaras de Arbitragem (seis câmaras credenciadas); (ii) Portaria Conjunta PGU/CGU n. 7, de 24 de setembro de 2021 - intervenção da União em processos arbitrais; (iii) Portaria Normativa AGU n. 42, de 7 de março de 2022 - critérios para indicação de árbitros; (iv) Portaria Normativa PGF/AGU n. 15, de 14 de março de 2022 - instituiu a Equipe Nacional Especializada em Arbitragens (ENARB).

No que se refere a Portaria Conjunta PGU/CGU n. 7/2021, ressalto que a sua edição se justificou na medida em que cresceu sensivelmente, durante o ano de 2021, a atuação da União em processos arbitrais instaurados contra agências reguladoras (quatro novos processos). Nesses casos, a União atua como interessada, em busca da defesa do interesse público e levando para o processo informações úteis para a solução da controvérsia.

A Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) vem inserindo, há muitos anos, cláusula compromissória em contratos internacionais firmados com contrapartes sediadas no exterior, especialmente nos negócios que envolvem o investimento das reservas internacionais e

naqueles que cuidam da prestação de serviços financeiros especializados. A par das transações tipicamente financeiras conduzidas pelo BCB no plano externo (gestão das reservas internacionais) e de contratos de prestação de serviços com contrapartes estrangeiras (muito comuns também), o uso da arbitragem está previsto para resolução de controvérsias surgidas no âmbito do relacionamento institucional mantido com autoridades de outros países. No bojo do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) – do qual o BCB se retirou em 2019 –, por exemplo, os bancos centrais elegeram a via arbitral como forma de resolução de conflitos, nos termos de protocolo entre eles firmado. O único caso no qual um embate foi efetivamente estabelecido e a disputa arbitral instalada diz respeito à controvérsia entre o BCB e o Banco Central do Uruguai (BCU), no âmbito do CCR. Na hipótese, o protocolo de resolução de conflitos foi acionado e um tribunal arbitral constituído. A PGBC atuou diretamente no caso, apresentando petições e realizando sustentação oral. Ao final, deu-se parcial provimento ao pleito brasileiro.

O crescimento do número de contratos prevendo a utilização da arbitragem em setores estratégicos é uma tendência que não poderia ser ignorada. A Advocacia-Geral da União está atenta e atua com responsabilidade condizente à importância da arbitragem como método de resolução de conflitos com parceiros privados.

Em abril de 2022, na edição do III Congresso Brasileiro de Arbitragem na Administração Pública, novamente proporcionamos debates entre advogados públicos, advogados privados, profissionais com experiência no desempenho da função de árbitro e juízes, em prol do desenvolvimento da arbitragem com a administração pública. Os painéis foram voltados a discussões envolvendo arbitragem no setor de telecomunicações; intervenção anômala da União em arbitragens; arbitragem no setor de infraestrutura; interações da arbitragem com o poder judiciário; e a experiência dos municípios e dos estados com a prática arbitral.

O fortalecimento dos novos institutos jurídicos disponíveis na legislação pátria para prevenção e resolução de conflitos prestigiam o princípio constitucional da eficiência na administração pública, e isto é um objetivo permanente da Advocacia Pública.

Diante de todo esse cenário, floresceu a ideia da presente edição da Revista da AGU, reunindo textos de advogados públicos, árbitros e

doutrinadores, profissionais experimentados no trato das arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Assim, agradecemos as valiosas contribuições de todos os envolvidos neste projeto e faço votos de que os conteúdos aqui compartilhados concorram para o aprimoramento da arbitragem, enquanto instituição, e que tem se mostrado tão cara à solução de conflitos com a Administração Pública Federal.

Brasília, setembro de 2022.

Bruno Bianco Leal
Advogado-Geral da União
Procurador Federal

Claudio Xavier Seefelder Filho
Advogado-Geral Adjunto da União
Procurador da Fazenda Nacional

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TERRITÓRIO ARBITRAL: PELA OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

*PUBLIC ENTITIES IN THE ARBITRATION REALM:
MANDATORY COMPLIANCE WITH JUDICIAL BINDING
PRECEDENTS*

Júlia Thiebaut Sacramento

*LL.M. in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California)
Advogada da União. Integrante do Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA) da
AGU*

Marcelo Andrade Féres

*Professor Associado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG
Procurador Federal. Colaborador Eventual da Equipe Nacional de Arbitragem da
PGF/AGU*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os precedentes judiciais vinculantes e a sua (in)observância na arbitragem em geral. 3. A Administração Pública e a observância de precedentes judiciais vinculantes. 4. A arbitragem envolvendo a Administração Pública e a necessidade de observância de precedentes judiciais vinculantes. 4.1. Remédios. 5. Conclusões. 6. Referências

RESUMO: O presente estudo objetiva demonstrar que, a despeito da controvérsia doutrinária sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais nas arbitragens em geral, tal discussão assume contornos próprios nas arbitragens envolvendo entes públicos. Os precedentes vinculantes são fontes normativas primárias e integram o ordenamento jurídico pátrio, sendo de observância obrigatória pelos árbitros, especialmente nas arbitragens com a Administração Pública, em razão da subordinação desta ao princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Precedentes Vinculantes. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Observância Obrigatória pelos Árbitros.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate that, despite the general controversy about whether arbitrators are bound to court precedents in their arbitration awards, such discussion takes on its own contours in arbitrations involving public entities. Binding precedents are primary normative sources and are part of the Brazilian legal system. Therefore, they are of mandatory compliance by arbitrators, especially in arbitrations with public entities, as the latter are subordinated to the constitutional principle of legality (Article 37 of the Brazilian Federal Constitution).

KEYWORDS: Arbitration. Binding Precedents. Public Entities. Principle of Legality. Mandatory Compliance by Arbitrators.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os chamados meios adequados de solução de controvérsias vêm sendo cada vez mais utilizados, e isso não é diverso no âmbito da Administração Pública. A conciliação, a mediação e, no que interessa especialmente a este texto, a arbitragem têm se tornado úteis ferramentas para dirimir conflitos com o Estado.

Nessa linha de ideias, afora as leis das Agências Reguladoras que já admitiam o manejo da arbitragem para solucionar algumas controvérsias, em data mais recente, a Lei n. 13.129/2015, que modificou a Lei n. 9.307/1996 – Lei de Arbitragem, passou a admitir, de modo geral, a possibilidade de a Administração Pública Direta e Indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis¹.

Por sua vez, a Lei n. 13.303/2016, Lei das Estatais, no parágrafo único do seu art. 12, igualmente reconheceu que a sociedade de economia mista “*poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionista minoritários, nos termos previstos no estatuto social*”. Ainda, a Lei n. 14.133/2021, nova Lei de Licitações, à semelhança das demais, franqueou o emprego da arbitragem para a solução de disputas sobre contratos administrativos².

Com o ingresso definitivo da Administração Pública no território arbitral, várias adaptações são necessárias. Entre elas, quanto ao presente texto, destaca-se o debate, sobretudo a partir do Código de Processo Civil de 2015, acerca da prescindibilidade ou não de os árbitros observarem os precedentes judiciais vinculantes. Haveria, nas arbitragens envolvendo o Estado, alguma particularidade na matéria? Modifica-se o tom das dissidências pensadas nas arbitragens entre particulares quando um dos polos é ocupado por ente da Administração Pública?

Este estudo objetiva demonstrar que, a despeito da controvérsia doutrinária sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais nas arbitragens em geral, tal discussão assume contornos próprios nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, notadamente em razão da sua vinculação ao princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

1 Confiram-se, especialmente, os novos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei de Arbitragem: “Art. 1º (...) “§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

2 Observe-se o art. 151 da nova Lei de Licitações: “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”

Nesse cenário, o presente artigo abordará, no tópico 2, aspectos gerais sobre os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os pontos de vista antagônicos que sustentam o debate teórico acerca da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. Na parte seguinte, avança-se sobre a relação especial da Administração Pública com os precedentes judiciais vinculantes, os quais compõem o regime jurídico administrativo, que é uno e não comporta oscilações a depender da arena em que se litigue. O quarto tópico, por sua vez, destina-se a demonstrar que não há espaço para a não aplicação dos precedentes vinculantes nas arbitragens com o Poder Público, sobretudo, diante dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. O último subitem deste trabalho dedica-se a explorar brevemente o(s) remédio(s) para desconstituição de sentenças arbitrais que desconsideram os precedentes judiciais de observância obrigatória. Por fim, apresentam-se conclusões e referências, tudo conforme se descortina nas próximas páginas.

2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E A SUA (IN) OBSERVÂNCIA NA ARBITRAGEM EM GERAL

A jurisprudência, com ou sem força vinculante, sempre teve um papel importante como fonte do direito. De início, importante pontuar que jurisprudência e precedente são conceitos distintos, embora interligados. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre um mesmo tema, que estabelece uma linha constante, permitindo um entendimento uniforme sobre determinada norma jurídica (CÂMARA, 2017, p. 441). Precedente, por sua vez, é uma decisão proferida em um caso anterior³, seja ela vinculante ou persuasiva, que será empregada como base para a formação de outra decisão em um caso subsequente com questões jurídicas e fatos iguais ou semelhantes (MEDINA, 2015, p. 823).

A propósito da distinção entre precedentes persuasivos e vinculantes, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade (2021, pp. 18/19) lecionam:

No âmbito dos precedentes, é comum surgir uma primeira linha de diferenciação entre precedente vinculante e precedente persuasivo:

3 Daniel Amorim Assumpção Nevez (2017, p. 1404) registra uma interessante peculiaridade sobre o sistema de precedentes no Brasil: “É natural, que um julgamento não nasça precedente, mas que se torne um precedente a do momento em que é utilizado posteriormente como razão de decidir em julgamento. Assim ocorre no sistema da common law, no qual os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. Conforme vem apontando a melhor doutrina, no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Novo Código de Processo Civil prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes.”

ambos constituem decisão judicial anterior, com valor orientativo para julgamentos futuros, mas no caso do precedente vinculante se tem a obrigação jurídica do juiz, ao julgar o caso futuro, de se ater ao que foi decidido no precedente, ou seja, aplicar a *ratio decidendi* fixada no precedente vinculante, salvo exceções (enquadráveis na distinção e na manutenção do entendimento jurisprudencial); ao contrário, nos precedentes persuasivos o julgamento do juiz é mais livre, podendo estabelecer com maior liberdade se segue ou não a orientação contida no julgado anterior.

Os precedentes vinculantes têm como função precípua garantir que casos iguais recebam respostas jurídicas iguais (isonomia), conferindo assim previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica). Nos sistemas de *civil law*, como é o caso do Brasil, para que um precedente se torne vinculante, é imprescindível que a lei o qualifique como tal. Sem tal estipulação legal, os precedentes são meramente persuasivos⁴.

O ordenamento brasileiro vem, paulatinamente, aumentando, em qualidade e quantidade, os precedentes de observação cogente⁵. Sem fazer remissão exaustiva, a título exemplificativo, anotem-se: a) os precedentes formados no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, com eficácia *erga omnes* (art. 102, §2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004); b) as súmulas vinculantes editadas pela Suprema Corte (art. 103-A, da CF, com redação dada pela EC n. 45/2004); e c) mais recentemente, a força vinculante de determinados precedentes, delineada pelo Código de Processo Civil de 2015.

4 Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade (2021, p. 29) explicam: “Nos sistemas de *civil law*, como é o caso do brasileiro e do italiano, tem sido adotada a primeira concepção, ou seja, o legislador indica que á a corte suprema ou de vértice que deve, ao editar determinada decisão, indicar ou assinalar que se trata de decisão com força de precedente. Assim, a corte superior é que, no pondo de partida, ao editar a decisão, a elege ou escolhe como precedente. Com isso, a ‘direção’ do precedente é da corte superior para os juízos inferiores, pois é a corte superior que ‘faz’ o precedente e não os juízos sucessivos que vão decidindo no mesmo sentido, cristalizando a orientação contida no julgado anterior.”

5 Sobre a importância crescente dos precedentes vinculantes nos últimos anos, José Delgado (2019, p. 287) leciona: “Adiantamos que estamos aliados aos que atribuem plena existência jurídica, validade, eficácia e produção de todos os efeitos visados pelo instituto processual denominado de precedentes judiciais. Entendemos que a obediência vertical aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável por interpretar e aplicar à Constituição Federal, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua função constitucional de zelar pela aplicação uniforme do direito infraconstitucional em todo território nacional e pela sua autoridade, não ofendem qualquer postulado, princípio e regra da Constituição Federal. Pelo Contrário. A instituição do precedente judicial em nosso ordenamento jurídico processual harmoniza-se com os ditames fixados pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que são elementos rigorosos que, quando obedecidos, aperfeiçoam o Estado Democrático de Direito por valorizar a cidadania e respeitar a sua dignidade.”

O art. 927 da mencionada codificação estabelece, de modo inequívoco⁶, a figura dos precedentes vinculantes, a serem observados pelos juízes e pelos juízos (ou órgãos judiciais), quais sejam: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ao estabelecer que juízes e tribunais observarão precedentes qualificados emanados das Cortes Superiores, o art. 927 do CPC assenta-se sobre a lógica hierárquica estruturante dos órgãos do Poder Judiciário. Haja vista que os árbitros e tribunais arbitrais exercem jurisdição em uma instância paralela ao Poder Judiciário, não integrando a sua estrutura, nem se sujeitando às normas do Código de Processo Civil, seriam eles obrigados a respeitar e aplicar os precedentes judiciais vinculantes das Cortes Superiores?

Nesse contexto, Luiza Gonzaga Drumond Cenachi (2021, p. 80), em dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, assinala que haveria cinco principais argumentos contrários à observância, pelos árbitros, dos precedentes judiciais vinculantes. Seriam eles:

6 Há autores que suscitam dúvida sobre a constitucionalidade do art. 927 do CPC, tal como expressa Araken de Assis (2016, p. 237): “É duvidosa a constitucionalidade do art. 927, III e IV, e, conseqüentemente, a do art. 988, IV, ressalva feita à súmula vinculante do STF e às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, objeto do art. 988, III. Como já assinalado, o instituto da súmula vinculante, largamente controvertido, decorreu de emenda à CF/1988. E a Constituição garante, senão diretamente, ao menos indiretamente a independência jurídica dos órgãos judiciais. Dependeria de emenda constitucional mudança metodológica tão radical em país cujo ordenamento compõe-se de normas gerais e abstratas, e não de precedentes judiciais com tendência à universalidade.” Em contraponto a esse entendimento, o Ministro Jose Delgado (2019, p. 287), do Superior Tribunal de Justiça, consignou que “Adiantamos que estamos aliados aos que atribuem plena existência jurídica, validade, eficácia e produção de todos os efeitos visados pelo instituto processual denominado de precedentes judiciais. Entendemos que a obediência vertical aos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável por interpretar e aplicar à Constituição Federal, e pelo Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua função constitucional de zelar pela aplicação uniforme do direito infraconstitucional em todo território nacional e pela sua autoridade, não ofendem qualquer postulado, princípio e regra da Constituição Federal. Pelo Contrário. A instituição do precedente judicial em nosso ordenamento jurídico processual harmonizasse com os ditames fixados pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que são elementos rigorosos que, quando obedecidos, aperfeiçoam o Estado Democrático de Direito por valorizar a cidadania e respeitar a sua dignidade.” A despeito da controvérsia apresentada, e de uma parcela (minoritária) da doutrina, questionar a validade do sistema de precedentes vinculantes instituído pelo Novo CPC 2015, não se pretende aqui adentrar nesse debate, assumindo-se a perfeita validade e eficácia do dispositivo, haja a vista a presunção de constitucionalidade das normas.

(i) a não aplicação do CPC/15 à arbitragem, regida por lei especial e pela autonomia privada; (ii) a arbitragem ser um desvio autorizado da jurisdição estatal, de modo que não faria sentido impor a observância de precedentes estatais; (iii) serem os árbitros soberanos na análise e aplicação do direito; (iv) o árbitro não ser parte integrante do Poder Judiciário e não estar hierarquicamente sujeito às decisões estatais (autonomia do processo arbitral); (v) inexistirem mecanismos de controle da sentença arbitral que não observa um precedente judicial.

De fato, os árbitros, embora exerçam atividade de cunho jurisdicional (CARMONA, 2011, p. 47), não integram o Poder Judiciário, investindo-se de poder *sub specie jurisdictionis* por força da autonomia da vontade das partes que, voluntariamente, convencionam resolver seus conflitos por meio da arbitragem.

Há de se observar, no entanto, que, quando as partes elegem a arbitragem como meio de solução das suas controvérsias, não estão a estabelecer um sistema jurídico paralelo com normas materiais próprias e diferentes daquelas aplicadas pelo Poder Judiciário. Ao contrário, buscam, primordialmente, fugir de um procedimento (CPC) que consideram enrijecido e pouco célere, desejando também, na maior parte das vezes, obter certo controle sobre o órgão julgador do seu litígio (AMARAL, 2017a).

Logo, a opção dos agentes por litigar em uma arena diversa do Poder Judiciário pauta-se, prioritariamente, na possibilidade de moldar um procedimento melhor adaptado às suas necessidades e mais eficiente diante das características do conflito, não tendo as partes a intenção de, com isso, inaugurar nova principiologia ou regras jurídicas de direito material, salvo se convencionam a realização de julgamento por equidade.

Nessa linha, verifica-se, de igual maneira, que a autonomia do árbitro na análise e aplicação do direito não se vê ameaçada pela observância dos precedentes vinculantes emanados das Cortes Superiores. O princípio da autonomia confere ao julgador a possibilidade de decidir o conflito com base na sua própria convicção, valorando livremente as provas e os elementos constantes dos autos do processo, mas sempre em observância à lei; é dizer: os árbitros, nas arbitragens de direito, encontram-se vinculados ao direito material eleito pelas partes para regular a sua controvérsia.

Assumindo-se que os precedentes qualificados (art. 927 do CPC) são fontes primárias do direito, há de se concluir que eles integram o arcabouço normativo pré-estipulado pelas partes como norma aplicável ao litígio, funcionando – tal qual a norma escrita – como baliza legítima à aplicação do direito ao caso concreto (SALOMÃO; FUX, 2020, p. 17).

Nesse sentido, Luiz Felipe Salomão e Rodrigo Fux (2020, p. 13), ao defenderem a necessidade de observância, pelos árbitros, dos precedentes vinculantes, evidenciam a eficácia normativa dos precedentes vinculantes, os quais têm o mesmo valor da norma legal, isto é, fonte imediata e obrigatória do Direito. Confira-se:

Isso porque o novo diploma processual foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do Direito.

Longe de tratar-se de mera enunciação vazia, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta claro fundamento constitucional, sobretudo ao trazer normas que buscam garantir o devido processo legal, a isonomia, e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

Diante deste cenário, em nível acadêmico, pensamos que é imperativo, nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional, que os árbitros observem os precedentes vinculantes, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico mesmo que a lei seja interpretada em sentido formal.

No mesmo sentido, Guilherme Rizzo Amaral (2017b) ressalta que:

O árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito.

Em posição diametralmente oposta, Suzana Santi Cremasco e Bruno Gianetti Viana (2018, p. 907) sustentam:

(...) os preceitos do Código de Processo Civil não se aplicam à arbitragem, sequer subsidiariamente, como já se apontou, e o que se pretende fazer invocando a aplicação dos arts. 489, 927 e de todos os outros dispositivos do CPC que vêm sendo invocados na doutrina para tanto, subverte isso por completo; a segunda premissa é dizer que o árbitro não está vinculado ao precedente judicial não significa dizer que ele necessariamente julgará em sentido contrário ao precedente,

mas que ele está livre para enfrentar a questão jurídica trazida a partir dos elementos de direito que ele julgar mais adequados e aplicáveis ao caso concreto.

Apresentada a controvérsia sob lentes amplas, cumpre registrar que o debate sobre a (não) vinculação do árbitro aos precedentes judiciais assume nuances próprias e específicas quando um dos polos do litígio é a Administração Pública. Nas arbitragens envolvendo o Poder Público, a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais de observância obrigatória não admite contestação, conforme se verá na sequência.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

O princípio da legalidade administrativa surgiu com a estruturação do Estado de Direito, quando a imposição de limites à atuação do Estado representava maior garantia de proteção às liberdades individuais dos cidadãos. Assim, ao Estado apenas era permitido fazer o que a lei – em sentido estrito – o autorizava (BOBBIO, p. 95).

A evolução para o Estado Democrático de Direito, especialmente pós-Constituição de 1988, no caso do Brasil, adicionou novos contornos à ideia de legalidade administrativa estrita, ampliando seu alcance para impor ao Estado uma atuação em consonância com o Direito como um todo.

A incorporação do princípio da “juridicidade” pelo Direito Administrativo Contemporâneo veio a impor ao Poder Público um agir alinhado não apenas com a lei em sentido formal, mas também a outras fontes de produção jurídico-normativas, como, por exemplo, os princípios constitucionais explícitos e implícitos, as convenções internacionais, súmulas vinculantes e, até mesmo, aos atos normativos editados pela própria Administração Pública, dentre outros.

Para além dos princípios constitucionais que devem reger a atuação da Administração Pública (art. 37, da CF), a Carta da República confere a todos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil garantias fundamentais, cuja dimensão vertical impõe sua aplicação nas relações do Estado com os particulares. No que diz respeito ao princípio da segurança jurídica – extraído sobretudo (mas não somente⁷) do art. 5º, inciso XXXVI, da CF –, José Afonso da Silva (2009, p. 433) o associa a uma relativa certeza ou

7 Maria Sylvania Zanella di Pietro (2020, p. 229), sobre o princípio da segurança jurídica, expõe que “o princípio está na base das normas sobre prescrição e decadência, das que fixam prazo para a Administração rever os próprios atos, da que prevê a súmula vinculante; o §1º do artigo 103-A da Constituição Federal deixa expresso o objetivo da súmula vinculante de afastar controvérsias que gerem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

confiança que os indivíduos depositam sobre as relações realizadas sob o império de uma norma, ainda que essa norma venha a mudar no futuro.

Revela-se, pois, o dever constitucional da Administração Pública de agir com transparência e coerência, conferindo previsibilidade a seus atos, o que se consuma não apenas pela fiel observância das normas jurídicas, mas também pelo respeito aos pronunciamentos vinculantes emanados das Cortes Superiores.

Nesse sentido, o § 2º do art. 102 da CF dispõe que as “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à *administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

Essas decisões do Supremo Tribunal Federal têm efeito vinculante para a “administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, §2º, da CF), bem como ocorre com outros tipos de decisões com eficácia *erga omnes* – como, por exemplo, nos casos de ação de descumprimento de preceito fundamental e de súmula vinculante –, e podem ensejar a propositura de reclamação em face de autoridade administrativa (art. 103-A, §3º, da Constituição).

Aliás, a apreciação do instituto da reclamação, seja no seu contorno constitucional, seja no Código de Processo Civil, revela a necessidade de que a Administração Pública pautue suas rotinas em conformidade com os precedentes judiciais vinculantes, sob pena de anulação do ato administrativo que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, conforme dispõe o art. 103-A, §3º, da Constituição⁸.

Relativamente à reclamação por desrespeito a súmulas vinculantes da Suprema Corte, a Lei n. 11.417/2006, em seu art. 7º, prevê expressamente a sua admissão contra ato administrativo. Observe-se:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Diante desse cenário, evidencia-se a inequívoca sujeição da Administração Pública aos termos dos pronunciamentos judiciais vinculantes, o que recomenda, inclusive, adaptações na forma de atuar da

8 Para aprofundamento do tema, confira-se: FÉRES, Marcelo Andrade. Reclamação no Código de Processo Civil e seu uso pela Advocacia Pública. In: FÉRES, Marcelo Andrade *et al.* (Coord). *Advocacia Pública em Juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, pp. 481/508.

Administração Pública, seja na esfera judicial (por exemplo, reconhecendo a procedência de pedidos alinhados a entendimentos vinculantes) ou administrativa (por exemplo, através da emissão de orientação normativa aos órgãos administrativos de execução).

Rodrigo Araújo Ribeiro (2021, p. 478), em estudo sobre precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e suas implicações para a advocacia pública, conclui:

Com efeito, em face do novo panorama de precedentes judiciais obrigatórios, novos procedimentos de atuação no âmbito da Advocacia Pública estão sendo adotadas, tais como o reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recursos, bem como a desistência de recursos interpostos (...).

Exemplificativamente, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a Lei Complementar n. 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – prevê entre as atribuições do Advogado-Geral da União “*editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais*” (art. 4º, XII), tendo como objetivos primordiais reduzir a litigiosidade, proporcionar maior segurança jurídica e otimizar os esforços da atuação jurídica dos órgãos da Administração Pública Federal.

Vale, ainda, citar as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, a qual passou a impor expressamente à Administração Pública o dever de elevar os níveis de segurança jurídica na aplicação das normas, mediante a edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, estabelecendo, inclusive, o caráter vinculante desses instrumentos para os órgãos ou entidades dos quais emanam. Confira-se:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

De fato, à medida em que os Tribunais Superiores consolidam jurisprudência de observância obrigatória, através dos precedentes vinculantes, cabe à Administração Pública agir em consonância com tais

entendimentos, como forma de concretização dos princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica, eficiência e isonomia. Nesse sentido, Weber Luiz de Oliveira (2016, p. 437) bem assevera que as decisões cogentes dos Tribunais Superiores integram o regime jurídico-administrativo, o qual deve se aplicar a todos indistintamente, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade:

Diante deste contexto, não pode a Administração Pública, sob pena de ofensa do princípio da igualdade, negar aplicação ao quanto decidido pelos tribunais em última instância. No Estado Constitucional atual, não se consente com a emanção de duas interpretações, de dois entendimentos diversos acerca de uma dada norma jurídica. O direito é uno e as funções político-estatais devem zelar pela sua integridade e uniformidade.

Quanto aos precedentes capazes de vincular a Administração Pública, Luiza Gonzaga Drumond Cenachi (2021, p. 51) ressalta que são apenas aqueles com assento no art. 927 do CPC, emanados das Corte Superiores:

(...) os precedentes judiciais elencados no art. 927 do CPC/15 proferidos pelo STF e STJ, estes sim foram alçados à categoria de fonte jurisdicional de direito com eficácia *erga omnes*, pois exarados pelos órgãos constitucionalmente competentes para interpretar normas federais, por meio de um modelo jurídico que regula esse poder constitucional com a finalidade de produzir normas jurídicas oponíveis a toda a sociedade.

Por todo o exposto, é mandatória a sujeição da Administração Pública aos entendimentos vinculantes emitidos pelos Tribunais Superiores, seja porque imposta pelas normas e princípios constitucionais (notadamente o da legalidade, segurança jurídica e isonomia) e infraconstitucionais acima mencionados, seja em decorrência da própria unidade do regime jurídico administrativo.

4. A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Inicialmente, vale lembrar que, pela inexistência de entidade ou órgão de revisão das sentenças arbitrais e pelo sigilo a elas normalmente inerentes,

o território da arbitragem, em certa medida, pode trazer insegurança e incertezas para os jurisdicionados.

Mesmo no campo das arbitragens com a Administração Pública, para o qual o respeito à publicidade é norma cogente (art. 2º, §3º, Lei 9.307/1996), não se tem garantias sobre a coerência das sentenças arbitrais. Cada tribunal arbitral ou árbitro é livre para decidir, desde que fundamentadamente e observado o contraditório, sem estar condicionado a precedentes nascidos em outras arbitragens.

Isso gera os questionamentos acerca da falta de coerência ou previsibilidade do território arbitral, o que tem preocupado toda a comunidade internacional, em matéria de arbitragens envolvendo o Estado⁹.

De toda forma, se, na arbitragem em geral, ainda existe algum setor doutrinário defensor da prescindibilidade de observância dos precedentes vinculantes, no território arbitral trilhado pela Administração Pública não há lugar para tal sorte de entendimento.

Com efeito, de acordo com o §3º do art. 2º da Lei n. 9.307/1996, incluído pela Lei n. 13.129/2015, “*A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*”¹⁰. A expressa imperiosidade de a arbitragem ser de direito quando tiver como parte a Administração Pública¹¹, é o primeiro e principal argumento, particular da legislação arbitral, para a imprescindibilidade do respeito aos precedentes judiciais vinculantes pelos árbitros.

Ilustrar a questão central deste texto com um exemplo parece ser o mais adequado. Suponha-se uma arbitragem, na qual a Administração Pública é requerida e alega a ocorrência de prescrição de uma pretensão reparatória, pelo decurso do prazo de 3 (três) anos, em consonância com o art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Como se sabe, na matéria, existe o Tema Repetitivo 553, do Superior Tribunal de Justiça, que prevê: “*Aplica-se o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações*

9 A esse respeito, confira-se trecho de estudo da OCDE (2012, p. 58): “*The issue of consistency involves, broadly, the question of whether adjudicatory bodies are resolving the same or similar legal or factual questions in the same or similar way in successive cases. In recent years, a debate has emerged about alleged inconsistency in ISDS – whether it exists, if it is a problem and, if so, what should be done about it*”.

10 Com esse mesmo teor, vale lembrar do art. 152 da nova Lei de Licitações: “Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.”

11 Essa imperiosidade da arbitragem eminentemente jurídica quando a Administração Pública for parte parece lugar comum no direito comparado. Por exemplo, em Portugal, Marta Portocarrero (2020, p. 213) afirma: “*A norm recently introduced in the CPTA – article 185 (2) – explicitly prohibits the recourse to equity when ruling on disputes in which the validity of administration activity is challenged: “in disputes on matters of legality, arbitrators decide strictly in line with the established law, and may not (...) judge according to equity”. By referring to matters of legality, it appears to be the legislator’s intention to limit this prohibition to disputes related to the validity of administrative acts, discarding the possibility of arbitrators having a say in what respects merit, discretion and administrative action, as referred above*”

indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002”.

No caso, estaria o árbitro livre da observância ao precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça? Poderia ele considerar a prescrição ocorrida em 3 (três) anos, nos moldes suscitados na arbitragem?

O exemplo contém um precedente desfavorável ao Estado, mas evidencia bem o problema. Caso o árbitro não siga o precedente vinculante, agirá em favor da Administração Pública e em detrimento do particular, que, *in casu*, seria frustrado em sua expectativa quanto à aplicação da prescrição quinquenal, determinada pela Corte Superior de Justiça.

Por outro lado, se o Estado soubesse de antemão da liberdade dos árbitros em face do precedente vinculante, poderia ele se valer da opção pela arbitragem como um meio de burla às expectativas do jurisdicionado; poderia recorrer à arbitragem como forma de se furtar da incidência do Tema Repetitivo 553 do Superior Tribunal de Justiça, no caso hipotético anterior.

Seja para o bem, seja para o mal de uma das partes da arbitragem envolvendo ente estatal, os árbitros devem obediência aos precedentes vinculantes, sob pena de se criarem situações de quebra de expectativas e de rompimento da uniformidade do Direito.

O ordenamento jurídico, cabe frisar, é apenas um, e o teor de suas normas não comporta oscilações a depender da arena em que se litigue. Nessa linha, recorre-se, novamente, às lições de Luiza Gonzaga Drumond Cenachi (2021, pp. 84/85), que sustenta a obrigatoriedade de se observar os precedentes vinculantes nas arbitragens em geral:

Existem, é claro, dois métodos de resolução de litígios – um público e outro privado. Porém, o direito a ser aplicado é o mesmo, assim como o ordenamento jurídico brasileiro é apenas um. A lei, como visto, demanda interpretação, que é constitucionalmente confiada ao STF e STJ. Nesse contexto, entender pela não sujeição da arbitragem à norma jurídica oriunda da interpretação conferida pelos Tribunais Superiores significaria permitir a quebra da unidade do direito, e mais, colocar a justiça privada numa posição de possível rota de fuga do que se entende ser correta aplicação da lei em território brasileiro, o que é incompatível com a Constituição Federal e se mostraria temerário.

No contexto das arbitragens com o Poder Público, esse entendimento aplica-se ainda com mais vigor, tal como demonstrado no capítulo antecedente. Sustentar a não vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais vinculantes nas arbitragens envolvendo os entes públicos

equivaleria a defender a existência de uma dualidade (ou pluralidade) de regimes jurídico-administrativos aplicáveis aos que se relacionam com o Estado. Dispensável dizer que uma situação como essa vai de encontro a princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Para que não se perca de vista, vale mais uma vez lembrar: apenas os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores condicionam a atuação dos árbitros. Primeiramente, porque são estes os tribunais com competência para interpretar, em âmbito nacional, a Constituição e as leis. Em segundo plano, porque precedentes de Tribunais de Justiça e de Tribunais Regionais Federais, por exemplo, podem ser modificados por aquelas Cortes Superiores e, ademais, seria fácil driblar a submissão às Cortes de competências estaduais ou regionais, bastando, para tanto, alterar a sede da arbitragem.

Por óbvio, os árbitros podem deixar de aplicar o precedente vinculante quando fizerem *distinguishing*, fundamentando a diferença entre o precedente e a disputa posta na arbitragem, e afastando a sua incidência.

Deve-se observar que “os fundamentos” são um elemento essencial (requisito obrigatório) da sentença, seja ela judicial (art. 489, II, do CPC) ou arbitral (art. 26, II, da Lei 9.307/96), e que o Código de Processo Civil dispõe, no seu art. 489, §1º, VI, que não se considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Nesse aspecto, registra-se que eventual *distinguishing* feito pelos árbitros deve pautar-se sobre fundamentação idônea e suficiente, sob pena de nulidade da decisão.

Por todo exposto, concluiu-se que os precedentes vinculantes moldam a forma de agir do Estado e, assim, torna-se imprescindível a sua observância pelos árbitros nesse novo ambiente de disputas envolvendo a Administração Pública.

4.1. Remédios

Como remédios, devem ser entendidos os mecanismos existentes para lidar com eventual inobservância de precedentes judiciais vinculantes numa arbitragem envolvendo ente estatal.

No direito comparado, vale referir o cenário de Portugal. Estudando a expansão das arbitragens envolvendo a Administração Pública naquele país, Marta Portocarrero (2020, p. 214) aborda as necessidades de adaptações da arbitragem em geral para receber os entes públicos e, entre elas, destaca a questão da (ir)recorribilidade das decisões arbitrais. Segundo a autora lusitana (PORTOCARRERO, 2020, p. 214), o Código de Processo nos

Tribunais Administrativos, por recente reforma de 2019, encontrou uma solução intermediária:

A solução encontrada pelo direito português foi algo mitigado, garantindo que em certas circunstâncias há sempre a possibilidade de recurso, particularmente em caso de a decisão arbitral estar em oposição a algum ponto fundamental ou a alguma decisão emanada do Supremo Tribunal Administrativo (...). Isso parece uma solução de equilíbrio que assegura que, se o laudo arbitral contrariar decisões do Tribunal, sempre há a possibilidade de recurso¹².

De fato, o art. 185-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal – no qual se situa a disciplina da arbitragem continente da Administração Pública portuguesa –, versa sobre impugnação e recurso das decisões arbitrais. Dispõe ser cabível recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Supremo Tribunal Administrativo, quando o laudo arbitral *“esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo”*.

No sistema português atual, em regra, não é cabível recurso em face dos laudos arbitrais relacionados à Administração Pública. São cabíveis os meios comuns de impugnação das sentenças arbitrais em geral e, ainda, o mencionado especial instrumento recursal, de hipóteses restritas. A possibilidade de manejo deste último, quando há oposição a acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo evidencia que as decisões da Suprema Corte Administrativa vinculam e condicionam o regime jurídico da Administração lusitana, e acarreta, inclusive, um meio específico de recurso contra decisões arbitrais em conflito com aquelas.

Embora o direito brasileiro não admita recursos contra a decisão arbitral, é interessante compreender a espécie recursal portuguesa, na perspectiva da obrigatoriedade de observância, pelos árbitros, dos precedentes do Supremo Tribunal Administrativo lusitano. Naquele país, as decisões da mencionada Corte devem ser observadas pelos árbitros em cenários de disputas com entes estatais.

¹² Tradução livre para: *“The solution found by Portuguese law was a mitigated solution, guaranteeing that in certain circumstances there is always the possibility to appeal, particularly in case the arbitral decision is in opposition, as regards the same fundamental point of law, with a ruling issued by the Central Administrative Court”* or *“when at issue is the appreciation of a fundamental point of law which, given its social or legal relevance, is of fundamental importance, or when the action is clearly necessary for a better application of law” (article 185-A (3) CPTA). This seems a balanced solution that assures that, if arbitral awards contradict State tribunals’ decisions, there is always the possibility to appeal”*.

Para a ordem jurídica brasileira, eventual laudo arbitral conflitante com precedente vinculante pode ser impugnado por meio da ação declaratória de nulidade, caso haja violação à ordem pública.

Como bem lembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2019, p. 210), a Lei de Arbitragem menciona a ordem pública em dois dispositivos: art. 2º, §1º, e art. 39. E sustenta, quanto às arbitragens em geral, que, quando a sentença arbitral violar lei com conteúdo de ordem pública ou precedente que consiste em enunciado de ordem pública, caberá a ação anulatória com base no art. 2º, §1º, que permite que as partes escolham as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

O art. 39 da Lei de Arbitragem corrobora esse entendimento. Muito embora trate da temática da homologação de sentença arbitral estrangeira, o dispositivo impede que o Superior Tribunal de Justiça incorpore ao ordenamento jurídico nacional decisão arbitral que ofenda a ordem pública nacional (inciso II). No mesmo sentido, é o art. 963, VI, do CPC, que trata dos requisitos para a homologação de sentença estrangeira em geral.

Ora, se não se admite o ingresso, em terreno pátrio, de decisão que ofenda a ordem pública nacional, seria um grande contrassenso que se admitisse a prolação, em próprio território nacional, de decisão afrontosa a preceitos nossos de ordem pública.

Por fim, há de se ressaltar que a inobservância de precedente judicial vinculante, além de ensejar o cabimento de ação anulatória autônoma perante o Poder Judiciário, também pode ser alegada como matéria de defesa em sede de impugnação ao cumprimento judicial de sentença arbitral (art. 33, §3º, da Lei de Arbitragem). Assim, nos casos em que o árbitro ignore precedente vinculante sem fazer o devido *distinguishing*¹³, poderá a parte promover a ação anulatória ou, uma vez executada, alegar, em defesa, a nulidade do provimento arbitral.

Em suma, a inobservância de precedente judicial vinculante gera a nulidade da sentença arbitral, a ser declarada via ação ou impugnação ao seu cumprimento judicial.

13 Quanto ao ponto, vale trazer à tona as lições de Guilherme Rizzo Amaral (2017a): se, de um lado, é amplamente aceito que laudos arbitrais não podem ser anulados por erros ordinários de julgamento (isto é, erro ao interpretar e aplicar a norma), de outro lado, a situação parece ser diferente quando um Tribunal Arbitral *ignora* a lei (ou um precedente vinculante). Nesse último caso (em que o árbitro desconsidera a lei ou precedente), entende o autor que as partes devem ter meios de impugnar o laudo arbitral, eis que nas palavras do autor “ignorar uma lei e aplicá-la erroneamente não é a mesma coisa; tampouco são a mesma coisa ignorar precedentes e fazer um *distinguishing* erroneamente” (tradução livre para: “Thus, ignoring statutory law and wrongly applying it are not the same thing; neither are ignoring precedents and wrongly distinguishing them.”)

5. CONCLUSÕES

No atual contexto brasileiro de ampla admissão do ingresso da Administração Pública em território arbitral, é notória a tendência de aumento do número de disputas neste ambiente. Principalmente as grandes demandas administrativas migrarão da jurisdição estatal para a privada.

Apesar desse fenômeno de expansão do campo da arbitragem, há de se perceber que se trata apenas de um novo meio alternativo e adequado de solução dos conflitos administrativos, em que as partes se desvinculam da jurisdição estatal para, com base na sua autonomia, estabelecerem seu próprio procedimento e o órgão julgador das suas disputas, sem, no entanto, qualquer modificação do regime de direito material do Estado.

Assim, nos casos em que as partes litigantes estabeleceram que suas controvérsias seriam regidas pelo direito brasileiro – sendo certo que as arbitragens com a Administração Pública devem ser “de direito”, vedado o julgamento por equidade –, os árbitros automaticamente devem respeito aos precedentes judiciais de observância obrigatória, eis que estes são fonte primária do direito, e incorporam ao direito pátrio.

No caso das arbitragens com o Poder Público, para além da necessária vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais que se impõe pela própria univocidade do ordenamento jurídico, verifica-se que a própria Administração Pública se encontra diretamente vinculada aos precedentes judiciais de observância obrigatória, seja por força dos princípios constitucionais que regem da Administração Pública (sobretudo, o princípio da legalidade), seja face ao que dispõe o art. 103-A, §3º, da Constituição Federal.

Em outras palavras, a Administração Pública, no desenrolar da sua atividade administrativa, deve estrita observância aos enunciados e precedentes vinculantes emanados pelos órgãos judiciais superiores, não podendo deles se afastar, o que decorre da inequívoca compreensão de que os precedentes obrigatórios integram o regime jurídico administrativo, dando ensejo, inclusive, à edição de súmulas da Advocacia-Geral da União orientativas da atuação administrativa dos entes públicos federais.

Nesse sentido, Tribunais arbitrais ou árbitros atuantes em disputas envolvendo a Administração Pública estão condicionados aos termos dos precedentes judiciais vinculantes, sob pena de se afastarem do regime jurídico de direito material que deve reger as relações do ente público com seus administrados e que se aplica como regra nas arbitragens com Administração Pública, por força do art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem, abrindo, assim, uma fresta para nulidade das respectivas sentenças arbitrais.

No presente texto, a propósito, não se emite juízo de valor acerca de precedentes, sejam vinculantes ou não, sejam do Poder Judiciário ou de outras jurisdições, mas apenas afirma-se a necessidade, por tudo quanto explicitado, de observância pelos árbitros de disputas envolvendo a Administração Pública, dos precedentes vinculantes elaborados na seara judicial. Por certo, em algumas circunstâncias, a não observância pura e simples de determinado precedente cogente emanado do Judiciário poderia se mostrar vantajosa para a Administração Pública e, nem por isso, deve-se pensar de forma diversa das conclusões ora expostas, sob pena de subversão da legalidade administrativa.

Enfim, somente o tempo dirá sobre a difusão ou não das ideias vertidas nestas linhas, e o acolhimento ou não delas pelos árbitros e pelo Judiciário, relativamente a arbitragens com a Administração Pública.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública. In: Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout30anos/article/view/3790/3909>. Acesso em: 17 jul. 2022.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Judicial Precedent and Arbitration - Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study Among England, Scotland, the United States and Brazil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 14, n. 56, pp. 49-68, 2017a. Disponível em: <https://doi.org/10.54648/rba2017059>. Acesso em 22 jul. 2022.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. 2017b. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

ASSIS, ARAKEN DE. *Manual dos recursos [livro eletrônico]*. 1ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. Em Torno do Árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 28, jan. 2011.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. *Precedentes Judiciais na Arbitragem: A vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro*. São Paulo: 2021. USP. Dissertação de Mestrado.

CREMASCO, Suzana Santi.; VIANA, Bruno Giannetti. Aspectos contemporâneos da execução de sentença arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Org.). *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, pp. 893/908, 2018.

DELGADO, José. Sistema de Precedentes no NCPC. Reflexões sobre os artigos 926 e 927 do NCPC. A Importância dos Precedentes na Aplicação do Direito Material e Formal. In: Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina: edição comemorativa, 30 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout30anos/article/view/3790/3909>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FÉRES, Marcelo Andrade et al. (Coord). *Advocacia Pública em Juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (Coord.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 [livro eletrônico]*. 2ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OCDE. GRAUKODGER, David; GORDON, Kathryn. Investor-State dispute settlement: a scoping paper for the investment policy Community. *OECD Working Papers on International Investment*, 2012. Disponível em: https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Precedentes Judiciais na Administração Pública. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 429-455, jan. 2016.

PORTOCARRERO, Marta. Arbitration in Administrative Affairs: The Enlargement Scope of Ratione Materiae in Portugal. *Central European Public Administration Review*, Vol. 18, n. 1, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3611750>. Acesso em: 10 maio 2022.

RIBEIRO, Rodrigo Araújo. *Precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e suas implicações para a advocacia pública*. In: FÉRES, Marcelo Andrade et al. (Coord). *Advocacia Pública em Juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e Precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXIV, n. 80, p. 7-20, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2585/2471>. Acesso em: 10 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

A PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: FINALIDADE E LIMITES

*PUBLICITY IN ARBITRATIONS INVOLVING PUBLIC
ADMINISTRATION IN BRAZILIAN LAW: AIM AND LIMITS*

Patrícia Baptista

*Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ.
Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.*

Leonardo F. Souza-McMurtrie

Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A confidencialidade nas arbitragens entre particulares: o que é e para que serve? 3. As dimensões da publicidade como princípio da Administração Pública. 4. O dever de publicidade nas arbitragens com a Administração Pública. 4.1 Como assegurar a efetividade da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública? 4.2 O que está e o que não está alcançado pela publicidade nas arbitragens. 5. Conclusões. 6. Referências.

RESUMO: O presente trabalho examina os fins e os limites da aplicação do princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. Partindo-se do conflito aparente entre o dever de transparência do Estado e o atributo da confidencialidade inerente a esse meio de solução de controvérsias, pretende-se desenvolver respostas mais objetivas acerca do que deve ser publicizado, a quem compete o ônus e os custos dessa publicização e o alcance da cláusula de confidencialidade do litígio. Diante da relevância de normas definidoras de arranjos institucionais para aplicação modulada do princípio às especificidades do procedimento arbitral, serão analisadas criticamente as regras já desenvolvidas acerca desse tema.

ABSTRACT: This paper studies the aims and limits of the application of the principle of publicity in arbitrations regarding Public Administration. From the apparent conflict between the State's duty of transparency and the attribute of confidentiality inherent to this means of dispute resolution, it is intended to develop more objective responses about what should be disclosed, who is responsible for this onus and costs, and the approach to reach the confidentiality clause of the dispute. Given the relevance of defining rules of institutional arrangements for the modulated application of the principle to the specifics of the arbitration procedure, the rules already developed on this topic will be critically analyzed.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Publicidade. Confidencialidade. Finaldiades. Limites.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Publicity. Confidentiality Clause. Aims. Limits.

1. INTRODUÇÃO

A edição da Lei federal n.º 13.129/2015, que alterou a Lei n.º 9.307/1996, teve o efeito, esperado, de catalisar o uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias com a Administração Pública. Embora o emprego da arbitragem já tivesse previsão em contratos de concessão firmados sobretudo na esfera da Administração Pública federal desde, pelo menos, os anos 1990, a edição da lei de 2015 trouxe a segurança necessária para o maior desenvolvimento do instituto para os litígios com a Administração.

Segundo dados da conhecida pesquisa “Arbitragem em números e valores” feita anualmente pela professora Selma Lemes, em 2018, foram iniciados 29 novos processos arbitrais com a Administração Pública, número que representou perto de 10% das novas arbitragens naquele ano¹. Já em 2019, foram iniciadas 48 arbitragens com a Administração Pública, o que correspondeu a 17% dos novos casos em arbitragem daquele ano.² Em 2020 e 2021 (período alcançado pela pandemia), foram iniciadas 56 novas arbitragens com o Poder Público, de um total de 655 novos procedimentos.³

Destaca-se ainda que, embora o número de arbitragens com a Administração Pública em curso não represente um percentual expressivo do total de 1047 procedimentos arbitrais em curso no final de 2021, tais arbitragens notabilizam-se pelos, quase sempre, elevados valores em disputa, envolvendo relevantes contratos do setor de óleo e gás, energia, telecomunicações e infraestrutura em geral, com significativo impacto para a sociedade.

No cenário de crescimento e aprendizado do uso do instituto no âmbito das relações contratuais públicas – e, eventualmente, não contratuais, vis à vis a edição da Lei federal n.º 13.687/2019⁴ –, diversas questões têm sido postas no curso desses procedimentos arbitrais com a Administração Pública que ainda demandam discussão e amadurecimento por parte da comunidade jurídica.

Dentre essas, destaca-se a efetivação do princípio da publicidade no âmbito arbitral, consoante determinado no § 3º do art. 2º da citada Lei n.º 9.307/1996, com a redação da Lei n.º 13.129/2015: “[a] arbitragem

1 Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens-2019.pdf>

2 Disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>

3 Fonte: Valor Econômico, 23/08/2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/08/23/arbitragem-recebe-na-pandemia-casos-que-somam-r-120-bi-e-bate-recorde.ghtml#>

4 “Altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica.”

que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”⁵

De fato, considerando que, por razões que serão mais bem examinadas adiante, a confidencialidade é uma praxe nas arbitragens entre particulares, é oportuno entender que mudanças devem ou não ser implementadas nos procedimentos arbitrais com a Administração Pública e que peculiaridades devem ser consideradas para que o princípio da publicidade seja observado pelos atores dos processos arbitrais – partes, câmaras, árbitros — e, até, pelos terceiros interessados no conhecimento dos citados processos arbitrais.

Buscando, portanto, contribuir para o debate em torno dos fins e dos limites para a efetivação da publicidade nas arbitragens em que a Administração Pública seja parte, o presente estudo se propõe, em primeiro lugar, ao exame comparativo entre confidencialidade e publicidade, para o fim de se estabelecer quais propósitos devem ser realizados por cada qual. Na sequência, buscando uma perspectiva mais prática diante da realidade dos procedimentos arbitrais, dedica-se a identificar como a publicidade deve ser realizada nas arbitragens com o Poder Público; o que, no processo, é por ela alcançado (quais peças, decisões, documentos ou atos do procedimento) e quais os limites passíveis de ser estabelecidos diante de outros valores e propósitos que com ela concorram.

2. A CONFIDENCIALIDADE NAS ARBITRAGENS PRIVADAS: O QUE É E PARA QUE SERVE?

Em um procedimento arbitral, a confidencialidade importa na limitação à divulgação pública da própria existência do conflito, de seus fatos, atos e documentos. Segundo Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2014, p. 95), trata-se de dever imposto aos sujeitos do processo. Não se confunde com a privacidade que, ao ver dos mesmos autores (2014, p. 95), seria um direito das partes de manter o procedimento em caráter privado, decorrente da própria natureza privada do meio eleito para a solução do litígio, que não é estatal, nem é público.

A confidencialidade nas arbitragens, no direito brasileiro, não decorre da lei, que não a impõe expressamente. A Lei federal n.º 9.307/1996 (art. 13, § 6º) apenas estabelece aos árbitros o dever de discricção. Somente há previsão expressa de confidencialidade nos processos de mediação, conforme disciplinado na Lei federal n.º 13.140/2015 (arts. 2º, VII, 30, 31).

5 Idêntica redação foi conferida ao art. 152 da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei n.º 14.133/2021, no capítulo que dispõe sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações por ela regidas.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, aponta, como exceção à publicidade dos processos judiciais, justamente aqueles que versem sobre arbitragens, “desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (art. 189, IV)⁶.

Portanto, parece haver um senso comum de que a confidencialidade, não sendo mandatária no direito brasileiro vigente, pode ser convencionada pelas partes, na cláusula compromissória, no termo de arbitragem ou em qualquer ato do procedimento em que as partes assim decidam exprimir, de comum acordo, essa vontade. Assim, por sinal, tem sido feito na grande maioria dos casos, qualificando-se como uma praxe largamente utilizada nesse instrumento de solução de controvérsias.

Na verdade, a confidencialidade, ao lado da celeridade, da especialização do árbitro e da qualidade da decisão arbitral, é percebida como uma das principais causas/vantagens que impulsionam as partes para a arbitragem. A preservação do litígio dos olhos do público é vantajosa, ao ver dos litigantes, para a preservação de segredos de negócio, comerciais e de indústria, propriedade intelectual, dados contábeis (BAPTISTA, 2012, p. 199) e, em especial, muitas vezes, para a preservação reputacional e de mercado dos envolvidos. Sendo os interesses em causa exclusivamente econômicos e privados das partes, mostra-se perfeitamente possível e justificável que se prefira manter discrição sobre a matéria controvertida e a condução da solução do litígio.

A confidencialidade, quando convencionada, alcança partes, árbitros, a Câmara que administra o litígio e, quanto aos terceiros que no processo venham a tomar parte (peritos, testemunhas *etc.*), devem ser expressamente instados a com ela se comprometer no momento de sua incorporação ao procedimento.

6 O TJSP, porém, em pelo menos uma ocasião, decidiu afastar a aplicação da referida norma, por reputá-la inconstitucional. Trata-se de decisão da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000, em 02/03/2021, em voto do desembargador Cesar Ciampolini: Indefiro a tramitação do processo em segredo de justiça, em razão da inconstitucionalidade do artigo 189, IV, do CPC. (...). Segundo o artigo 5º, LX, 'a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem'. Como se observa, a regra é a publicidade, que apenas pode ser restringida para salvaguardar a intimidade ou o interesse social. (...). Ora, o artigo 189, IV, do CPC prestigia interesses puramente privados, destacando, por um lado, o interesse do tribunal arbitral, que por razões próprias estabeleceu genericamente o sigilo dos seus procedimentos e, por outro, o interesse das partes envolvidas no litígio, que preferem manter a controvérsia em segredo. Vale destacar que diante do mesmo litígio, sem previsão de arbitragem, eventual cláusula de confidencialidade provavelmente seria insuficiente para que fosse determinado o segredo de justiça. Logo, por uma perspectiva geral e abstrata (portanto, dissociada do caso concreto), a regra do artigo 189, IV, do CPC não preserva a intimidade ou o interesse social, valores estes que, aliás, já estão abrangidos nos incisos I, II e III. (...). Ademais, tal restrição à publicidade obsta o conhecimento e o controle social sobre temas relevantíssimos, inclusive por pessoas relacionadas de forma direta ou indireta com o litígio (como, por exemplo, os acionistas de companhias abertas), em razão da absoluta falta de acesso aos processos e aos provimentos jurisdicionais, seguido pela absoluta falta de acesso aos procedimentos arbitrais. (...).

A confidencialidade, porém, pode comportar exceções. Em primeiro lugar, logicamente, aquelas que sejam convencionadas pelas próprias partes. As partes podem, por exemplo, autorizar que se divulgue a existência do litígio ou mesmo as decisões proferidas.

Para além da vontade das partes, há ainda questões de interesse público ou imperativos legais que possam impactar nas arbitragens, impondo que a sua existência ou alguns de seus elementos sejam expostos ao público. Assim ocorre com as arbitragens que digam respeito a empresas de capital aberto. Nesses casos, se de um lado, a confidencialidade da arbitragem pode representar uma proteção da companhia e de seus ativos, de outro, há necessidade de proteção dos investidores, dos interesses dos acionistas e do mercado aberto em geral. Tais interesses são tutelados pela CVM (Instrução nº. 358/2002), que determina a divulgação de fatos relevantes da vida societária que possam influir de forma ponderável nas cotações dos valores mobiliários e nas decisões de investimento, aí se inserindo a “existência de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia” (art. 2º, parágrafo único, XXII). Estabelece-se um aparente conflito entre a confidencialidade das arbitragens submetidas às regras de governança do Novo Mercado disciplinadas pela B3 (e submetidas à sua câmara arbitral, a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM) e o dever de informação disciplinado pelo ente regulador do mercado aberto, a ser dirimido com a mitigação da confidencialidade e a maior transparência do mercado (BASILIO; LINS, 2016, p. 6-8).

Em linha de convergência, outros interesses públicos (que não apenas a preservação do mercado aberto de valores) podem demandar a revelação de um ou mais elementos do procedimento arbitral. Esse é o caso, via de regra, das arbitragens envolvendo a Administração Pública, de que mais adiante se cuidará.

É possível ainda que o interesse público não esteja relacionado diretamente a uma das partes do litígio, mas decorra do próprio objeto da arbitragem ou de algo que lhe seja correlato. Por exemplo, quando existir interesse de órgão de controle ou de fiscalização no acesso ao procedimento para colher dados que refiram à investigação em curso. Nesse contexto, Elidie BIFANO e Fabiana da SILVA (2016, p. 194), referindo às autoridades de fiscalização tributária, entendem que as câmaras e tribunais arbitrais, embora não estejam obrigados a fornecer dados e informações relativos aos procedimentos arbitrais sob o signo da confidencialidade, devem colaborar com a fiscalização, prestando esclarecimentos e informações por aquela não protegidos. As autoras esclarecem. Contudo, que as autoridades fiscalizadoras devem buscar, prioritariamente, obter as informações necessárias diretamente das partes envolvidas.

Um último registro: a confidencialidade não se confunde com a obrigação de sigilo. O sigilo, via de regra, é decorrente de lei, independente da vontade das partes, tais como o sigilo profissional, sigilo fiscal e o sigilo bancário. A quebra de sigilo legal deve observar o procedimento previsto, demandando quase sempre ato de autoridade judicial.

Assim, tendo se examinado como, em linhas gerais, a confidencialidade opera nas arbitragens entre particulares, passa-se a discorrer sobre as dimensões em que se compreende o princípio da publicidade da Administração Pública. É do confronto entre essas duas perspectivas que será possível, ao final, indicar, de forma prática, mas refletida, como a publicidade deve se realizar nas arbitragens envolvendo a Administração Pública.

3. AS DIMENSÕES DA PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da publicidade é previsto de forma expressa no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, que sistematiza as normas constitucionais aplicadas às administrações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A despeito da recorrente crítica ao processo de carnavalização dos princípios no direito administrativo⁷, é possível constatar, nas últimas décadas, o particular esforço – ainda que gradativo⁸ – da doutrina, da jurisprudência e dos agentes políticos na concretização de seu conteúdo e de suas possíveis dimensões.

No plano constitucional, o princípio da publicidade já contava com comandos normativos que pretendiam dar-lhe efetividade desde a promulgação da Constituição Federal em 1988. Os artigos 5º, inciso XXXIII; 37, §3º, inciso II; e 216, §2º asseguravam ao cidadão o amplo acesso à informação de natureza pública e aos dados governamentais, criando o respectivo dever do Estado de seu fornecimento. Sua regulamentação, porém, apenas ocorreu em 18 de novembro de 2011, com a edição da Lei federal nº. 12.527/2011. Logo em seu artigo 3º, a chamada lei geral de acesso à informação garante a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (inciso I) e o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” (inciso IV). Nesse contexto, a Lei federal nº. 12.527/2011 pretendeu combater – ainda que

7 Por todos: SUNDFELD, 2014, pp.193-4.

8 Em entrevista ao jornalista Luiz Maklouf Carvalho, o deputado constituinte Jorge Hage destacou a “garantia do amplo acesso à informação, tornando o sigilo a exceção” como um dos grandes pontos em que a Constituição Federal de 1988 contribuiu para o combate à corrupção. Porém, reconheceu o acidentado processo de sua efetiva concretização, com o advento da Lei de Acesso à Informação em 2011 e dos portais de transparência do governo (CARVALHO, 2017, p.378).

tardiamente – a “cultura do segredo”⁹, prática infelizmente ainda arraigada nas administrações públicas brasileiras¹⁰.

De outro lado, porém, também houve sensível preocupação do legislador em dar concretude às hipóteses de sigilo. Para além das ditas informações pessoais, que seriam mais bem disciplinadas com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal nº. 13.709/2018), a Lei federal nº. 12.527/2011 estabelece diversas modalidades de informações sigilosas¹¹. Em seu artigo 6º dispõe que “cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso” (inciso III). Mais à frente, no artigo 22, tutela as demais modalidades legais de sigilo, o segredo de justiça e as hipóteses de segredo industrial, que também encontram fundamento no artigo 5º, incisos X e XXXIII da Constituição Federal.

O conflito permanente, subjacente às entrelinhas das disposições normativas analisadas, é justamente a identificação do espaço legítimo do sigilo e da confidencialidade face aos interesses públicos envolvidos em cada caso. Nesse ponto, seja em razão da demora na concretização do comando constitucional pelo legislador, seja pela relevância da avaliação casuística, a jurisprudência dos tribunais pátrios tornou-se parte importante do debate acerca dos contornos de aplicação do princípio da publicidade na Administração Pública. O Supremo Tribunal Federal é pródigo em decisões que, em maior ou menor medida, asseguram efetividade ao comando constitucional.

Nessa linha, a Suprema Corte conferiu ampla legitimidade a qualquer cidadão, mesmo parlamentares municipais e estaduais, para obtenção de dados e informações de órgãos públicos¹². Além disso, reconheceu a constitucionalidade da disponibilização de salários de agentes públicos¹³,

9 “O secreto, invisível, reinante na Administração, mostra-se contrário ao caráter democrático do Estado. A publicidade ampla contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; “abate o muro secreto da cidadela administrativa”, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades (...), com a publicidade como regra, tem-se “o diálogo em lugar do mutismo, a transparência em lugar da opacidade”, e suscita-se a confiança do administrado na Administração.” (MEDAUAR, 2003, p. 235).

10 A Lei federal nº. 12.527/2011, no artigo 5º, dispõe ser “dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”.

11 A Lei federal nº. 12.527/2011, em seu artigo 4º, inciso III, “aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado”.

12 Recurso Extraordinário nº. 865.401, Ministro Relator Dias Toffoli.

13 Suspensão de Liminar nº. 623, Ministro Presidente Ayres Britto.

da divulgação do inteiro teor de processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público¹⁴, bem como do fornecimento de dados públicos de entes federados pelo Tribunal de Contas¹⁵. Mais recentemente, durante a pandemia da COVID-19 julgou inconstitucional o artigo 6º-B da Lei federal nº. 13.979/2020, incluído pelo artigo 1º da Medida Provisória 928/20, determinando a manutenção dos prazos e procedimentos de divulgação de dados relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública¹⁶.

Dentre os diversos precedentes sobre esta temática, destaca-se o Mandado de Segurança nº. 33.340/DF¹⁷, em que o conflito entre o princípio da publicidade e o espaço legítimo de sigilo foi enfrentado de forma mais direta. No caso, o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES e o BNDES Participações S.A. – BNDESPAR questionavam acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União que determinou envio de informações alusivas a operações financeiras com determinada empresa investigada. A empresa estatal, que atua em regime concorrencial, alegava que a conduta do órgão de controle afrontaria o sigilo bancário, que é da essência de sua atividade. Da própria ementa se extrai que, para a maioria dos ministros, os impetrantes seriam bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns, portanto, “quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos”.

Em suma, dos precedentes acima destacados é possível extrair que o princípio da publicidade tem como dimensão mais imediata a regra da transparência dos dados e informações públicas, sendo o sigilo exceção. Como apontado por Norberto Bobbio, “a democracia é o governo do poder público em público” (1992, p. 73); e, ainda, “a república democrática exige que o poder seja visível” (1999, pp. 28-30). A dificuldade do intérprete é a identificação, caso a caso, do espaço legítimo de restrição a este princípio: a Lei federal nº. 12.527/2011 buscou densificar os conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela Constituição Federal de 1988; o Supremo Tribunal Federal, por seu turno, vem adotando interpretação restritiva

14 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.371, Ministro Relator Luís Roberto Barroso.

15 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.198, Ministro Relator Dias Toffoli.

16 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.347, Ministro Relator Alexandre de Moraes.

17 Mandado de Segurança nº. 33.340/DF, Ministro Relator Luiz Fux.

das hipóteses excepcionais de sigilo, sob o forte escrutínio do princípio da proporcionalidade¹⁸.

A aplicação do princípio da publicidade nas administrações públicas brasileiras, portanto, tem uma dimensão casuística e não prescinde da técnica da ponderação entre valores constitucionais envolvidos. Nesse exercício, o intérprete precisa levar em consideração as hipóteses excepcionais de sigilo consagradas na Constituição Federal de 1988, sua densificação por meio da Lei federal nº. 12.527/2011 e o alcance restritivo que a jurisprudência da Suprema Corte vem atribuindo a elas. À luz dessas considerações, passa-se à avaliação dos potenciais conflitos entre o princípio da publicidade e a confidencialidade dos litígios arbitrais.

4. O DEVER DE PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tradicionalmente, o processo judicial é tido como espaço de aplicação por excelência do princípio da publicidade. O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal apregoa que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”, o que é repetido pelos artigos 8º, 26, inciso III e 194 do Código de Processo Civil. É dizer que a publicidade não se restringe aos órgãos administrativos, na forma do artigo 37 da Constituição Federal, alcançando também os demais poderes do Estado. Há, porém, duas imprecisões que costumam acompanhar a leitura apressada desses dispositivos e que precisam ser desmistificadas para que se compreenda a complexidade da incidência do princípio da publicidade nos processos – judiciais ou não – de solução de controvérsia.

O primeiro mito é o de que a publicidade seria ampla e irrestrita nos processos judiciais. O dispositivo constitucional supracitado permite à “lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Nesse contexto, o artigo 189 do Código de Processo Civil enumera, de forma não exaustiva, hipóteses de processos judiciais

18 O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no julgamento da já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.371, enuncia as seguintes conclusões sobre o tema: “Em síntese, as conclusões a que se chega até aqui são as seguintes: (i) a regra no regime democrático instaurado pela Constituição de 1988 é a publicidade dos atos estatais, sendo o sigilo absolutamente excepcional; (ii) a Constituição afasta a publicidade em apenas duas hipóteses: informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (art. 5º, XXXIII, parte final); e proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts. 5º, X e 37, § 3, II, CF/1988); (iii) essas exceções constitucionais, regulamentadas pelo legislador especialmente na Lei de Acesso à Informação, devem ser interpretadas restritivamente, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade; (iv) esta Corte deve se manter vigilante na defesa da publicidade estatal, pois retrocessos à transparência pública têm sido recorrentes”.

que tramitam em segredo de justiça. É dizer que, embora seja a regra nos procedimentos judiciais, a publicidade encontra restrições no Poder Judiciário, para atender a outros valores constitucionalmente relevantes ou a especificidades do sistema judicial.

O segundo mito é o de que o princípio da publicidade deveria ser aplicado com a mesma intensidade e as mesmas restrições do processo judicial nos demais meios de solução de controvérsia. Como visto anteriormente, a mediação e a arbitragem possuem especificidades procedimentais que exigem graus diferenciados de confidencialidade. A rigor, em um contexto de justiça multiportas, os meios adequados de solução de controvérsias gozarão de características que ora se aproximam e que ora se afastam do processo judicial. Imaginar que existe apenas uma métrica constitucional de aplicação do princípio da publicidade é comprometer a sua calibragem face aos objetivos próprios de cada meio de solução de controvérsia. Essa, aliás, é uma decorrência lógica do sistema: a utilidade da justiça multiportas se justifica na medida em que oferece particularidades vis-à-vis àquelas dispostas pelo Poder Judiciário, que serão vantajosas ou não a depender do conflito que será submetido¹⁹.

Afastadas essas imprecisões, cabe investigar a amplitude da aplicação do princípio da publicidade no contexto específico das arbitragens com a Administração Pública.

Nesse ponto, a conformação do princípio da publicidade ao instituto da arbitragem demanda juízo de proporcionalidade, de modo a evitar o comprometimento, e até mesmo o aniquilamento, de suas peculiaridades – dentre as quais a confidencialidade – face ao processo judicial. Assim, se é certo que a publicidade deverá ser garantida nos procedimentos arbitrais, também é certo que a sua extensão e profundidade devem ser calibradas para não desnaturar o instituto. É a esse difícil equilíbrio que o trabalho se dedicará nos tópicos seguintes.

4.1. Como Assegurar a Efetividade da Publicidade nas Arbitragens Envolvendo a Administração Pública?

A efetividade da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública demanda normas definidoras de arranjos

19 Por vezes, aliás, a nota da confidencialidade do procedimento arbitral impacta diretamente o andamento de processos de natureza judicial. Nos autos do Conflito de Competência nº. 122.439/RJ, de Relatoria para Acórdão do Ministro Luís Felipe Salomão, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou o desentranhamento de sentença arbitral em razão de seu caráter sigiloso. Ainda no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.678.224, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, reconheceu-se a possibilidade de penhora no rosto dos autos judiciais para garantia de procedimento arbitral, preservada, porém, a sua confidencialidade.

institucionais para aplicação modulada do princípio às especificidades do procedimento arbitral. Nesse sentido, são insuficientes normas regulamentares que se limitem a reproduzir a Lei federal nº. 9.307/1996. Por exemplo, a Lei estadual de Minas Gerais nº. 19.477/2011, que regulamenta a arbitragem com a Administração Pública mesmo antes de sua expressa previsão na Lei federal nº. 13.129/2015, afirma genericamente que a arbitragem é “instaurada mediante processo público”. O parágrafo único, vetado pelo então Governador Antonio Anastasia, especificava que “o processo público não se aplica nos casos de proteção ao sigilo comercial ou industrial”.

A mensagem de veto demonstra a compreensível preocupação – considerando o cenário ainda pouco desenvolvido do tema àquela altura – de que “há outros bens e valores, para além de informações comerciais e industriais, que merecem proteção constitucional apta a autorizar a restrição da publicidade”. Assim, optou-se por deixar “a cargo dos procedimentos específicos definirem a que atos se deve impor o sigilo para preservar bens e valores que gozem de proteção constitucional”. Na atual quadra, porém, parece relevante o esforço dos gestores públicos no sentido de detalhar o tanto quanto possível em normas os meios de atribuir efetividade ao princípio da publicidade.

Tais normas devem responder, resumidamente, (i) o que deve ser publicizado, (ii) a quem compete o ônus e os custos dessa publicização e (iii) o alcance da cláusula de confidencialidade do litígio. A partir desses parâmetros, permite-se o controle social das opções da Administração Pública, que passam a ser submetidas ao diálogo com os órgãos de controle e com a sociedade civil. Por conseguinte, o eventual desenho institucional, uma vez elaborado, pode e deve ser constantemente reavaliado e aprimorado à luz do escrutínio público, dos avanços legislativos e da própria casuística.

Esse ponto pode ser demonstrado pela transição recente do regime adotado em nível federal, agora, pelo Decreto nº 10.025/2019. Antes, uma nota histórica: o artigo 3º, inciso IV do Decreto nº. 8.465/2015, que regulamentava as arbitragens do setor portuário, trazia cláusula genérica no sentido de que “todas as informações sobre o processo serão tornadas públicas”. A atual dicção do Decreto nº. 10.025/2019 não apenas revogou o Decreto nº. 8.465/2015, mas também pretendeu dar tratamento uniforme a cada um dos três itens acima destacados na administração pública federal. No que se refere (i) ao que deve ser publicizado, passa a dispor acerca das exceções ao princípio da publicidade, ressaltando informações “necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.

Nesse ponto, há, inclusive, bastante semelhança com a regulamentação adotada pelo artigo 12, *caput*, do Decreto nº. 64.356/2019 do Estado de São Paulo²⁰ e pelo artigo 13, *caput*, do Decreto nº. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro²¹. Flávio Amaral GARCIA e Egon Bockmann MOREIRA (2020, p. 196), em comentário sobre o dispositivo do decreto federal, enunciam as seguintes exceções legislativas à publicidade: (i) Lei nº. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional); (ii) Decreto nº. 1.355/1994 (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Industrial Relacionados – TRIPS); (iii) Lei nº. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial); (iv) Lei complementar nº. 105/2001 (sigilo de operações financeiras), (v) Lei nº. 10.603/2002 (informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos); (vi) Lei nº. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); (vii) Lei nº. 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência); e (viii) Lei nº. 13.079/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

Noutro giro, no que se refere ao (ii) ônus e aos custos dessa publicização, o Decreto nº. 10.025/2019 passou a atribuir expressamente o ônus da publicidade às câmaras arbitrais, ressalvada a hipótese de convenção em sentido diverso entre as partes. A opção diverge daquela adotada nos regulamentos dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que impõem esse dever as suas respectivas procuradorias. Essa é, também, a posição resumida no enunciado de nº. 15 na Jornada de Direito Administrativo, organizada pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2020, o qual dispôs: “A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação”.

20 Decreto SP 64.356/2019, Art. 12 – “Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros. § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores. § 3º - As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral”.

21 Decreto RJ 46.245/2018, Art. 13 – “Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza. § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado. § 3º - A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral. § 4º - O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes. § 5º - A instituição de arbitragem, quando consultada, poderá informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido”.

No ponto, parece realmente que tal ônus – e seus custos – deve recair sobre a Administração Pública, e não sobre a câmara arbitral. O regime de direito público e suas restrições, incluído aí o princípio da publicidade, alcança o Estado, não devendo gerar deveres a terceiros, ainda mais pela via regulamentar. Nesse contexto, o ideal é que a divulgação seja feita por meio dos sítios eletrônicos dos próprios entes federativos, como, aliás, já fazem o governo federal, por meio do portal “gov.br” do Núcleo Especializado de Arbitragem – NEA, e o Estado de São Paulo, por meio do “portal de arbitragens da PGE”.

Entretanto, em que pese o dever primário de publicidade recaia sobre a Administração, parece oportuna a defesa feita por Gustavo da Rocha SCHIMDT (2016, p. 189-192) no sentido de que subsiste um papel secundário, a esse respeito, que cabe aos árbitros e às Câmaras, na condição de destinatários da regra do art. 2º, § 3º, da Lei federal n.º 9.307/1996. O tribunal arbitral, destaca o autor deve zelar por e decidir, quando instado a tanto, sobre a amplitude da publicidade com que será conduzido o processo, “podendo, excepcionalmente, decretar o segredo do procedimento arbitral”. Portanto, caberá ao Tribunal decidir quanto a pedidos de acesso a documentos, decisões e atos do processo, especialmente quando formulados por terceiros, não tenham sido publicizados pela Administração e/ou haja recusa de publicidade por qualquer das partes.

Por fim, quanto ao (iii) alcance da cláusula de confidencialidade do litígio, o Decreto federal é ainda bastante genérico, optando por dispor que todas as “informações sobre o processo” serão públicas. Recentemente, nos autos da Representação TC n.º 000.723/2020-7, foi proferido o Acórdão TCU n.º 3160/2020, que versava sobre possíveis irregularidades na utilização da arbitragem em câmaras privadas no setor portuário. Na ocasião, o Ministro Relator Vital do Rêgo realizou as seguintes ponderações acerca do tema:

28. Aspecto importante a realçar é que, quando está envolvido ente público, por princípio constitucional e por estar positivado na Lei de Arbitragem, o processo arbitral, como regra geral, sempre deverá respeitar o princípio da publicidade, com respeito à transparência. Nessa seara, o sigilo não foi previsto como princípio da arbitragem, em contraposição à tradição do instituto.

29. Desse modo, deve ser divulgada a existência de arbitragem com a Administração Pública, com a identificação das partes, do objeto, dos principais atos (convenção arbitral, termo arbitral, a íntegra da sentença arbitral e o relatório do desenrolar da arbitragem) e das

despesas que o erário teve com o processo (honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais).

30. Tal singular característica, aliada à participação de equipes especializadas nas questões tratadas nas câmaras arbitrais (sejam públicas ou privadas), à participação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, proporcionam garantia à accountability e afastam a alegação do representante de alijamento do controle público no processo arbitral.

Assim, para a Corte de Contas, a publicidade seria assegurada com a participação efetiva de órgãos de controle e pela divulgação da existência da arbitragem e de diversos dados sensíveis, inclusive os seus custos ao erário. A despeito da relevância do precedente, é importante que haja maior grau de especificação da norma federal, como, aliás, já se verifica em nível estadual. O Decreto nº. 64.356/2019 do Estado de São Paulo afirma serem públicos “as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congêneres e decisões dos árbitros”. Em linha semelhante, o Decreto nº. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro considera atos do processo arbitral “as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza”. Em ambos os regulamentos, há restrições específicas acerca da publicidade das audiências arbitrais, à luz do princípio da privacidade.

Não se desconhece que as agências reguladoras possuem resoluções que especificam ainda mais o alcance de cada um desses aspectos do princípio da publicidade em suas arbitragens²², bem como que os contratos igualmente aprofundam seu detalhamento. Insiste-se, a preocupação é que essa descentralização provoque, em alguma medida, dificuldades no exercício do escrutínio público das opções políticas adotadas nessa seara. Nesse sentido, o tratamento uniforme em regulamento único e a adoção de minutas-padrão de cláusulas compromissórias²³ devem ser mecanismos perseguidos pelas administrações públicas do país.

A efetiva aplicação do princípio da publicidade exige que esses caminhos sejam percorridos pelos gestores públicos. Não há dúvida

22 Exemplo disso é a recente Resolução ANTT nº. 5.960/2022, que alterou diversos aspectos da Resolução ANTT nº. 5.845/19, aprofundando esta e outras questões no âmbito da agência reguladora. Em seu artigo 22, dispõe detalhadamente acerca dos documentos que serão disponibilizados em seu sítio eletrônico.

23 Nesse sentido, merece menção o esforço do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) da Casa Civil da Presidência da República, que disponibilizou a Consulta Pública nº. 01/2019, fundamentada na Nota Técnica nº. 4/2019/STR/SPPI, trazendo proposta de cláusula modelo de solução de controvérsias. Igualmente, a Resolução PGE/RJ nº. 4.212, de 21 de maio de 2018, aprova a minuta-padrão de suas cláusulas compromissórias, com tratamento específico do princípio da publicidade em sua cláusula décima-quarta.

de que muito já se caminhou desde o surgimento da arbitragem como meio adequado de solução de controvérsias envolvendo a administração pública. Aliás, em linha com as conclusões de Flávio Amaral GARCIA e de Egon Bockmann MOREIRA (2020, p. 196), aqui também se concorda que o Decreto nº. 10.025/2019 refletiu esta tendência “de institucionalização e ampliação da cultura arbitralista nos contratos administrativos”. É preciso, porém, continuar caminhando e o direito administrativo deve contribuir com o aperfeiçoamento de suas normas e arranjos institucionais.

4.2. O que está e o que não está Alcançado pela Publicidade nas Arbitragens

Como visto acima, embora exista um mandamento geral de publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, não se pode perder de vista que se trata de um instrumento não estatal de solução de controvérsia, cuja eleição é autorizada por lei e que tem como vantagem, dentre outras, a preservação do litígio do escrutínio público. Essa preservação muitas vezes é desejável, inclusive pela própria Administração, por razões de proteção reputacional e do próprio contrato firmado (considerando-se aqui apenas as informações sensíveis cuja proteção possa beneficiar a própria Administração, afora aquelas de interesse do particular, adiante apontadas).

Portanto, o mandamento de publicidade das arbitragens envolvendo a Administração Pública não pode ser interpretado de modo a que essas arbitragens sejam equiparadas, pura e simplesmente, à ampla publicidade dos processos judiciais, como se a eleição do meio privado de solução não tivesse sido feita. Até mesmo porque, como visto acima, também a publicidade dos processos judiciais comporta exceções.

Na verdade, no delineamento de um regime de publicidade das arbitragens com a Administração Pública é preciso buscar a realização do valor constitucional – que, como os demais, em regra não é absoluto –, sem eliminar as características típicas do procedimento arbitral, dentre elas o seu caráter privado. O equilíbrio a ser alcançado deve permitir a máxima realização dos valores envolvidos sem o aniquilamento de nenhum deles, em linha com a melhor técnica de proporcionalidade.

Dessa forma, ainda que sujeito o procedimento à publicidade, os árbitros, em uma arbitragem em que a Administração Pública seja parte, estão igualmente jungidos ao dever de discricionariedade de que trata o art. 13, § 6º, da Lei n.º 9.307/1996. Nada se altera a esse respeito.

Na mesma direção, os atos do processo arbitral em que envolvida a Administração não se revestem de imediata publicidade e amplo acesso a terceiros. As audiências, documentos e debates da causa permanecem resguardados pelo caráter privado do procedimento. Por isso, não se deve estranhar que árbitros e demais participantes eventuais (secretários, peritos etc.) sejam chamados a assinar termos de confidencialidade também nessas arbitragens. A publicidade de que aqui se cuida não é imposta por lei para benefício de qualquer dos participantes do processo, nem igualmente para satisfazer mera curiosidade de terceiros.

Ao contrário, é preciso ter presente que o princípio da publicidade tem o caráter instrumental de assegurar a preservação do interesse público, trazendo ao conhecimento público as informações e a transparência que sejam importantes para o controle da Administração Pública e para a realização dos valores republicanos e do Estado de direito. Nesses contornos é que ela deve ser implementada. O fim que se quer atender é o público e deve ser clara e especificamente identificado.

Para tanto, a princípio, identifica-se como bastante para que se veja observada a publicidade do procedimento a divulgação dos seguintes elementos do processo: (a) a existência do litígio; (b) causa de pedir e pedido; (c) a identificação do Tribunal arbitral constituído; (d) a sentença arbitral, (e) despesas com a arbitragem. O acesso a documentos públicos poderá ser igualmente franqueado.

Parece recomendável, de qualquer modo, que os limites em que se assegurará a publicidade do procedimento sejam previamente ajustados pelas partes quando da convenção de arbitragem ou, após a sua instauração, no respectivo termo (FICHTNER; MANNHEIMER e MONTEIRO 2019, p. 610). Nesse contexto, as partes poderão, inclusive, estender a publicidade para outros elementos do processo, tais como atas de audiência e laudos. Em regulamento, inclusive, à Administração Pública é permitido ampliar esse rol, com o cuidado, todavia, para não invadir a esfera de sigilo e de direitos tutelados da contraparte privada.

A garantia da publicidade, de fato, deve ser compatibilizada com direitos da contraparte privada (ou até de terceiros) que sejam merecedores de tutela, com a preservação da confidencialidade de peças, atos e documentos do processo. Cabe à contraparte privada ou ao terceiro requerer, mediante provocação do Tribunal nesse sentido, o direito de sigilo em relação a documentos que se situem na sua esfera de privacidade ou protegidos por segredo de negócio, fiscal ou contábil, propriedade intelectual, segredo de justiça, dentre outros (SCHIMDT,

2016, p. 193; FICHTNER; MANNHEIMER e MONTEIRO 2019, p. 610).

Justifica-se, ainda, a exclusão da publicidade de documentos que contenham informações públicas sensíveis e sigilosas, classificados segundo a Lei de Acesso à Informação (SCHIMDT, 2016, p. 193).

Acerca das possíveis limitações à publicidade nas arbitragens públicas em função do interesse da contraparte privada e, eventualmente, de terceiros, são úteis algumas diretrizes colhidas do trabalho de Isabela Burger de ALBUQUERQUE (2021, p. 67): (i) o pedido de atribuição de confidencialidade a algum documento deve ser formulado pela parte, com a devida justificativa (sendo vedado o pedido de confidencialidade de todo o procedimento arbitral); (ii) cabe ao árbitro decidir a respeito do requerimento; (iii) a fundamentação da decisão arbitral deverá ser pautada no exercício de ponderação dos interesses em conflito; (iv) na dúvida acerca do efetivo risco ou ameaça à direito ou interesse da parte privada, deve se adotar interpretação que privilegie o princípio constitucional.

Quanto aos terceiros (particulares ou controladores), qualquer requerimento de acesso a documentos e atos do processo deve estar devidamente motivado e amparado em algum interesse público. Por exemplo, requerimentos formulados por órgãos de controle para instruir procedimentos de fiscalização, que poderiam justificar o acesso ao procedimento (embora, como acima se disse, tal tipo de requerimento deva, prioritariamente, ser dirigido à Administração Pública, parte na causa, e que é submetida ao controle).

5. CONCLUSÕES

O presente trabalho pretendeu investigar os fins e contornos da regra de publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública e seus potenciais conflitos com a confidencialidade, particularidade desse meio de solução de controvérsias. Buscando sumariar o que foi acima exposto em forma de proposições objetivas, seguem algumas reflexões que, a nosso ver, podem guiar o debate acerca do tema, à luz do direito vigente:

- a) O princípio constitucional da publicidade para a Administração Pública, como de resto qualquer princípio, não se reveste de caráter absoluto, e sua aplicação não prescinde de prévio juízo ponderativo. Para tanto, o intérprete deverá observar as hipóteses excepcionais de sigilo previstas na Constituição, sua densificação por meio da legislação

infraconstitucional e a leitura restritiva adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

b) A aplicação desse princípio ao procedimento arbitral que envolva a Administração Pública demanda o afastamento de duas imprecisões correntes. A primeira é a de que o processo judicial é espaço de aplicação ampla e irrestrita da publicidade, haja vista a expressa previsão constitucional no sentido da possibilidade de sigilo. A segunda é a de que existiria apenas uma métrica constitucional de aplicação do princípio da publicidade, que deveria ser transposta obrigatoriamente aos litígios arbitrais;

c) A efetividade da incidência da publicidade nos conflitos arbitrais com a Administração Pública pode ser auxiliada por normas definidoras de arranjos institucionais para sua aplicação modulada às especificidades do procedimento arbitral, respondendo objetivamente às seguintes indagações: (i) ao que se deve dar publicidade, (ii) a quem compete o ônus e os custos da publicização e (iii) o alcance da cláusula de confidencialidade do litígio.

d) Nesse sentido, mostra-se possível avançar em algumas propostas: (i) devem ser publicizadas as informações, documentos e atos que sejam necessários ao atendimento de um interesse público claramente identificado na transparência e controle da Administração; (ii) compete primariamente à própria Administração a realização da publicidade, com a divulgação das informações relevantes do procedimento e, secundariamente, ao Tribunal arbitral e à Câmara, em caso de conflito ou requerimento da contraparte ou de terceiro; (iii) os personagens da arbitragem estão alcançados pela confidencialidade, assim como documentos, atos e informações que não sejam instrumentais de interesse público, sejam revestidos de garantia de sigilo e proteção de direitos privados da contraparte e terceiros ou que contenham informações públicas sensíveis e sigilosas.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Isabella Bürger. *Arbitragem e Administração Pública: um estudo sobre a concretização do princípio da publicidade*. Monografia (UERJ), 2021, 73p.

ARAÚJO NETO, Pedro. Irineu de Moura. *A confidencialidade do procedimento*

arbitral e o princípio da publicidade. Revista de Informação Legislativa, v. 53, p. 139, 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Confidencialidade na arbitragem*. In: V. Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Português: Centro de Arbitragem Comercial. Coimbra: Almedina, 2012.

BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. *A Relativização da Confidencialidade na Arbitragem; Companhias Abertas*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, 2016.

BIFANO, Elidie Paula; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *O Sigilo na Arbitragem e os Limites de Atuação das Autoridades em Procedimentos de Fiscalização*. Revista Direito Tributário Atual, v. 36, p. 155-183, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 7ª Edição, 1999.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: segredos da constituinte – os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schminclin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERREIRA, Kaline; OLIVEIRA, Teresa Cristina; ALMEIDA NETO, Osvaldo (Coord.). *Sistema multiportas de resolução de litígios na Administração Pública: autocomposição e arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. *Novos temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

_____. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; EID, Elie Pierre. *Notas sobre o princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, v. XXVI, 2016, p. 229-252

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, v. XXVI, 2016, p. 163-228.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Edição, 2014.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

AUTONOMIA DA VONTADE E ARBITRAGEM: O CASO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*FREEDOM OF WILL AND ARBITRATION: THE CASE OF
PUBLIC ADMINISTRATION*

Tatiana Mesquita Nunes

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

Cristiane Cardoso Avolio Gomes

Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas.

Advogada da União.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Autonomia da Vontade na Arbitragem. 3. A (Im)Possibilidade de Aplicação do Princípio da Autonomia da Vontade nas Arbitragens envolvendo a Administração Pública. 4. O Fundamento Jurídico para as Escolhas da Administração Pública em Arbitragem: O Fenômeno da Consensualização do Agir Administrativo e as Decisões Secundárias para Atendimento do Interesse Público. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo investigar se o princípio da autonomia da vontade, que rege as escolhas feitas pelas partes privadas em arbitragem, também se aplica à Administração Pública e, caso não seja aplicável, o que fundamentaria as escolhas dos agentes públicos em arbitragem. A despeito das hipóteses de aplicação dessa norma nas arbitragens privadas, afasta-se a aplicação do princípio da autonomia da vontade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, tendo em vista a ausência de “vontade” propriamente dita, obstada pelo princípio da estrita legalidade e pela exteriorização de uma “vontade normativa”, bem como pela inexistência de autonomia do agente público, que atua com base na discricionariedade. Assim, em um contexto de administração concertada ou administração consensual e considerando a arbitragem um acordo consensual em sentido amplo, afirma-se que a escolha da arbitragem pela Administração Pública será decorrência do exercício de discricionariedade do agente público, após avaliação das vantagens e desvantagens do uso da via arbitral no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVES: Arbitragem. Administração Pública. Autonomia da Vontade. Consensualidade. Discricionariedade.

ABSTRACT: This article aims to investigate if the freedom of will principle, which governs the choices made by private parties in arbitrations, is also applicable to the Public Administration, and, if it isn't applicable, which norm would serve as ground for public agent's choices in arbitrations. Despite this principle's possibilities of application for arbitrations between private parties, that application is excluded in the arbitrations involving Public Administration having in mind the lack of “will” itself, prevented by the legality principle and by the manifestation of a “normative will”, as for the lack of a public agent's autonomy, who acts based on administrative discretion. Therefore, in a context of a concerted administration or a consensual administration and considering arbitration a consensual agreement – in the broad sense of the term – one can state that the Public Administration's choice will be a result of the administrative discretion application by a public agent, after evaluating advantages and disadvantages of using arbitration in the specific case.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Freedom of will. Consensus. Administrative Discretion.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem é meio extrajudicial de resolução de conflitos¹ justamente fundamentada na liberdade das partes de escolher a via arbitral para resolução de seus litígios, bem como na liberdade para eleição dos árbitros, escolha de câmaras e para fixação das regras procedimentais que guiarão o processo. Nas arbitragens envolvendo partes privadas, é comum afirmar que tais escolhas são manifestações da autonomia da vontade (ou da autonomia privada)².

No caso de arbitragens envolvendo a Administração Pública, é certo que ela também faz escolhas relativas à arbitragem, mas seriam elas decorrentes do exercício de uma autonomia da vontade? Haveria, assim, uma espécie de “vontade” pública manifestada pelo agente público que guiaria a escolha pela arbitragem em detrimento da via tradicional do Poder Judiciário?

Este artigo tem por objetivo justamente investigar se o princípio da autonomia da vontade, que rege as escolhas feitas pelas partes privadas em arbitragem, também se aplica à Administração Pública e, caso não seja aplicável, o que fundamentaria as escolhas dos agentes públicos em arbitragem.

Para atingir essa finalidade, serão feitos breves esclarecimentos (1) sobre a autonomia da vontade na arbitragem, (2) sobre a (im)possibilidade de aplicação dessa autonomia nas arbitragens envolvendo a Administração Pública; e para ao fim investigar (3) o fundamento jurídico para as escolhas da Administração Pública em arbitragem.

1 “Dentre os meios extrajudiciais de solução de conflitos (Mesc), os mais usuais e conhecidos são: arbitragem, conciliação, negociação e mediação. Vejamos as principais diferenças entre estes institutos. Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. (...) Já na negociação, conciliação e mediação, a solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos (diretamente ou acompanhados de um facilitador), de forma consensual, não imposta (...)”. (CAHALI, 2020, p. 42/43).

2 Por todos, confira-se os comentários de Carlos Alberto Carmona ao art. 2º da Lei de Arbitragem: “Contrariando a alternativa acolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil, o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que – na visão dos internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e, de outro, pelas leis imperativas. Resta claro que as partes podem escolher a via arbitral não apenas para evitar a solução judicial dos conflitos, mas especialmente para poderem selecionar a lei material aplicável na eventualidade de litígio, o que é especialmente importante no campo do comércio internacional”. (CARMONA, 2009, p. 64/65)

2. AUTONOMIA DA VONTADE NA ARBITRAGEM

A autonomia da vontade (ou autonomia privada)³ é clássico princípio adotado no direito civil⁴, notadamente no âmbito das obrigações e contratos, para fundamentar a liberdade das partes⁵ de estabelecer o objeto e as diversas cláusulas de um contrato. Como ressalta VENOSA (2002, p. 366):

A preponderância da autonomia da vontade no direito obrigacional e, como ponto principal do negócio jurídico, nos vem dos conceitos traçados para o contrato no Código francês e no Código alemão.

A ideia de um contrato absolutamente paritário é aquela ínsita ao direito privado. (...) Nesse tipo de contrato, sobreleva-se a autonomia da vontade: quem vende ou compra, aluga ou toma alugado; empresta ou toma emprestado está em igualdade de condições para impor sua vontade nesta ou naquela cláusula, transigindo num ou noutro ponto da relação contratual para atingir o fim desejado. (...)

Esse princípio foi transposto para o âmbito da arbitragem, onde possui larga aplicação devido ao caráter contratual do instituto. Nesse particular, as diversas formas de aplicação da autonomia da vontade em sede arbitral são identificadas por CAHALI (2020, p. 143/144):

Preenchidos os pressupostos para sua escolha (capacidade de contratar a respeito do direito patrimonial disponível), é prestigiada a vontade

3 Embora haja doutrina que diferencie os institutos, as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” serão utilizadas como sinônimos neste artigo. Sobre o tema, veja-se lições de Otavio Luiz Rodrigues Junior, que, ao realizar um histórico do princípio da autonomia da vontade, relembra que foi a modernidade que passou a cunhá-lo como autonomia privada, em vista à tradição italiano, que guardaria consonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo”. (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121). O autor, inclusive, prefere a expressão “autonomia privada da vontade” para aludir ao instituto. Sobre a passagem do conceito de autonomia da vontade para a autonomia privada, ver também FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 156/162.

4 Veja-se que a noção de autonomia da vontade não nasceu propriamente no Direito, possuindo senão um cunho filosófico que pode ser compreendido das lições de Immanuel Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, “in verbis”: “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.” (Citado por RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117).

5 Código Civil, art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

das partes na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade para indicação da arbitragem como forma de solução de litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno dessa opção. Assim, estabelecem quem e quantos será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazos, locais para a prática dos atos, eventual restrição para a apreciação de medidas de urgência ou tutelas antecipadas sem ouvir a parte contrária etc.).

Até mesmo as regras de direito que serão aplicadas podem ser definidas pelas partes, podendo convencionar que a arbitragem se dará por equidade, ou “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei 9.307/1996).

(...)

Assim, a autonomia aqui confirma o poder das partes de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde a sua eleição e seu início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo. E assim, este princípio é da essência do instituto.

No mesmo sentido, FICHTNER; MANHEIMER; MONTEIRO (2019, p. 123/125) identificam que essa norma incide quando as partes decidem se querem ou não celebrar uma convenção de arbitragem (no poder de escolher livremente se litigarão no Poder Judiciário ou na via arbitral), quando uma das partes escolhe a outra para firmar a convenção de arbitragem (considerando que ninguém pode ser obrigado ou obrigar terceiro a litigar na arbitragem) e na possibilidade de definir o conteúdo do contrato (liberdade contratual na arbitragem, o que inclui a possibilidade de eleger a modalidade de convenção de arbitragem e seu conteúdo, dispondo, por exemplo, sobre sede da arbitragem, número de árbitros, idioma, etc.).

É possível observar nas arbitragens envolvendo entes públicos que algumas dessas ações também são praticadas pela Administração Pública enquanto partícipe de um processo arbitral. Os gestores, por exemplo, podem escolher se incluem ou não uma cláusula compromissória na minuta de contrato público a ser elaborado⁶, se celebram convenção de arbitragem

6 Lei nº 14.133/2021, art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às 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.

para resolução de um litígio por considerarem a via arbitral mais adequada em relação ao processo judicial⁷, o conteúdo de tal convenção, e, ainda, a definição de certos aspectos procedimentais em Termo de Arbitragem.

Porém, enquanto essas ações, quando praticadas pelas partes privadas, representam ações de liberalidade dos litigantes com fundamento na autonomia da vontade, pergunta-se: é possível transpor esse mesmo fundamento para as arbitragens públicas para justificar as escolhas feitas pelos agentes da Administração Pública?

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para iniciar essa reflexão, é preciso lembrar que o princípio da autonomia da vontade pressupõe um exercício de liberdade da parte envolvida no negócio jurídico, conforme esclarece STRENGER (2005, p. 615):

A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Assim, um primeiro óbice à aplicação desse princípio à Administração Pública vem do princípio da legalidade, considerando a clássica lição de que, enquanto as partes privadas são livres para fazer tudo que a lei não proíbe (exercendo sua autonomia da vontade), o administrador público não possui essa liberdade e só pode fazer aquilo que está previsto em lei.

Nesse sentido, a doutrina mais tradicional de direito administrativo nega a existência de liberdade (pressuposto da autonomia da vontade) no âmbito da Administração Pública, como afirma MEIRELLES (2009, p. 89):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei

7 Como fez a União no denominado Caso Libra, em que diversos processos judiciais foram encerrados e foi celebrado compromisso arbitral para solução mais adequada para o litígio. Para maiores informações sobre o Caso Libra, ver: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra>, Acesso em 7 set. 2022.

para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Da mesma forma, outros doutrinadores seguem esse raciocínio para afastar completamente a existência de autonomia da vontade na Administração Pública, a exemplo de COUTO E SILVA (1987, p. 46) e DI PIETRO (2014, p. 264), nesta ordem:

É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O Direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob o regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo.

Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si.

No mesmo sentido, ÁVILA (2007, p. 2) destaca a inexistência de vontade pela Administração Pública:

A adequação do interesse público (não da sua supremacia) para a teoria do Direito Administrativo foi devidamente esclarecida. Não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhe ótima aplicação concreta. Por isso que a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função. (...)

Além da ausência de “vontade” propriamente dita, afastada pelo princípio da estrita legalidade⁸, tampouco seria possível falar em autonomia para atuação do agente público. Sob o prisma jurídico, autonomia tem a ver justamente com a liberdade de agir dentro de eventuais balizas pré-estabelecidas. É uma ampla margem de atuação, cuja moldura está estritamente vinculada a parâmetros normativos prévios.

O que existe para os agentes públicos não é, pois, propriamente autonomia, mas a atuação com base na discricionariedade, que por sua vez “não se configura, no atual Estado Democrático de Direito, uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, se apresenta como um caso típico de submissão legal que exige complementação pelo Executivo” (GUERRA, 2021, p. 89). No mesmo sentido, o autor afirma (GUERRA, 2021, p. 84):

(...) estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da Administração que ruge quando a sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei (inclusive com o uso de conceitos jurídicos indeterminados), de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo administrador público e que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindicável pelo Poder Judiciário.

BATISTA JÚNIOR (2007, p. 239/240) entende que, ao exteriorizar sua decisão, a Administração Pública não exerce sua vontade, mas, mais propriamente, espécie de “vontade normativa”, i.e., uma escolha lastreada dentro de uma moldura legal pré-estabelecida, que leva em consideração as possíveis escolhas e o exercício da discricionariedade em observância à eficiência administrativa – ou seja, a noção de melhor decisão possível. Vejamos nas palavras do autor⁹:

8 A finalidade do ato administrativo não resulta de volição do administrador público, de um querer autônomo da Administração, mas é limitada, surge da lei, isto é, sempre deve estar legalmente fundamentada. (...) Existe, assim, um interesse público de síntese que deve ser perseguido, vinculado à prossecução do bem comum; existe uma finalidade concreta, imediata, do caso singular, a ser perseguida pela Administração Pública, fruto desse equilibrado sopesar dos interesses intervenientes, sempre com vistas postas na prossecução do melhor interesse público possível. (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 162).

9 Em outro trecho de sua obra, o autor complementa essa noção ao afirmar que: “a Administração deve proporcionar o melhor interesse público possível, daí, mesmo no mérito do ato administrativo, liberdade de atuação in concreto não há, pois esta equivaleria ao arbítrio. A juridicização de valores como o da eficiência, que vem para o mundo jurídico como vinculante princípio, afasta qualquer possibilidade de irrelevância jurídica de opções levadas a cabo pela Administração, que deve sempre buscar a melhor alternativa. A Administração Pública não é livre, em nenhuma faixa, para ser ineficiente; não pode se esquivar de seu dever de boa administração, de melhor persecução do bem comum”. (GUERRA, 2021, p. 166).

Na faixa discricionária, o administrador público decide à luz do vetor eficiência administrativa, para poder perseguir “o melhor interesse público possível”. Portanto, não se trata de margem para a manifestação de uma “vontade do administrador”, mas também não se estará exteriorizando uma verdadeira “vontade da Administração”, isto é, não se trata de exteriorização de vontade, nem do administrador, nem da Administração Pública, a qual é mero instrumento de persecução do bem comum. As margens discricionárias abrem apenas um “espaço de valoração” para que o administrador (Administração Pública) possa melhor fazer prevalecer uma vontade que, na verdade, é normativa. A “vontade do administrador público” ou a “vontade da Administração Pública” pouca relevância tem, pois são meros instrumentos para que se possa melhor atender ao interesse maior da coletividade; a “vontade” que efetivamente deve ser manifestada é uma “vontade normativa”, ou seja, a vontade posta pelo arcabouço jurídico, pelas normas jurídicas (regras e princípios). (grifo nosso)

Assim, é possível afirmar que a Administração Pública não possui uma vontade ínsita, como ocorre com os indivíduos, mas uma espécie de “vontade normativa” – a mens legis concretamente falando. Essa vontade não está baseada no livre querer do administrador ou na vontade da ficção legal que a referimos como Administração Pública, e sim na possibilidade de concretização dos mandamentos legais, isto é, de *alocação do agir administrativo dentro de um espectro de escolhas outorgado pela norma* (em sentido amplo, incluídas regras e princípios).

Dessa forma, considerando a ausência de liberdade do agente público e a existência de uma moldura normativa – maior ou menor – dentro da qual o agente possui margem para decidir (motivadamente, considerando os parâmetros normativos), considera-se que, no lugar da autonomia, deve-se falar em discricionariedade para a atuação do agente público.

4. O FUNDAMENTO JURÍDICO PARA AS ESCOLHAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ARBITRAGEM: O FENÔMENO DA CONSENSUALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO E AS DECISÕES SECUNDÁRIAS PARA ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO

Afastada a aplicação da autonomia da vontade no âmbito da Administração Pública, persiste a indagação: o que fundamenta as escolhas feitas pelo agente público em arbitragem?

Evidentemente, o fundamento da escolha pela arbitragem, por parte da Administração Pública, não pode ser diferente do fundamento utilizado para as demais escolhas administrativas. Neste sentido, da mesma forma

que nas demais atuações administrativas, a primeira premissa para que a Administração Pública possa escolher a via arbitral é que tal opção exista na legislação.

Assim, a Administração Pública apenas passou a poder renunciar à via judicial, exercendo a opção pela via arbitral, quando foi expressamente permitido o exercício de tal opção. Ora, se aos particulares essa opção existia desde o momento em que existiu a arbitragem, dada sua liberdade de agir sempre que inexistente restrição legal, à Administração tal oportunidade de agir foi apenas aberta – em observância ao princípio da legalidade – quando da expressa previsão legal, tornada ampla e geral pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que inseriu o parágrafo primeiro ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96 para prever que “[ã] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁰.

Neste momento, passou a existir a possibilidade de a Administração escolher a via arbitral. No entanto, tal escolha não poderia – como não pode nenhuma escolha administrativa – ser exercida livremente, senão em observância às balizas normativas (daí a noção de “vontade normativa” que apresentamos) e, dentre as opções legalmente adequadas, com vistas a atingir o interesse público da forma mais eficiente (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 166). Senão vejamos:

Entretanto, a Administração deve proporcionar o melhor interesse público possível, daí, mesmo no mérito do ato administrativo, liberdade de atuação in concreto não há, pois esta equivaleria ao arbítrio. A juridicização de valores como o da eficiência, que vem para o mundo jurídico como vinculante princípio, afasta qualquer possibilidade de irrelevância jurídica de opções levadas a cabo pela Administração, que deve sempre buscar a melhor alternativa. A

10 Essa foi, inclusive, uma das teses defendidas pela União no denominado Caso Fundos, em que se alegou ausência de previsão legal para uso da arbitragem pela Administração Direta antes do art. 1º, §1º da Lei nº 9.307/96. Embora essa tese tenha sido rejeitada pelo tribunal arbitral, o caso foi encerrado após julgamento do Conflito de Competência nº 151.130/SP pelo o Superior Tribunal de Justiça. No voto condutor do acórdão, o Ministro Luis Felipe Salomão reconheceu que “(...) muito embora se alegue, no caso, a possibilidade da submissão do ente público à arbitragem, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/2015 – e até mesmo antes da edição da Lei nº 9.306/97 –, penso que tal não autoriza a utilização e extensão do procedimento arbitral à União na condição de sua acionista controladora, seja em razão da ausência de lei autorizativa, seja em razão do próprio conteúdo da norma estatutária, a partir da qual não se pode inferir a referida autorização” (CC n. 151.130/SP, relatora Ministra Nancy Andriighi, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 11/2/2020). Mais informações sobre o Caso Fundos estão disponíveis em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-fundos-petrobras>. Acesso em 7 set. 2022.

Administração Pública não é livre, em nenhuma faixa, para ser ineficiente; não pode se esquivar de seu dever de boa administração, de melhor persecução do bem comum.

A ideia acima descrita, segundo a qual caberia à Administração Pública não apenas uma atuação em observância ao princípio da estrita legalidade, como também que tal atuação seja eficiente, em atenção ao interesse público envolvido – melhor persecução do bem comum – está intimamente relacionada com as noções de administração concertada ou administração consensual, em voga na doutrina jus-publicista moderna. Segundo OLIVEIRA; SCHWANKA (2009, p. 309/310):

Jean-Pierre Gaudin refere-se à expansão de uma política de contratualização, a qual ensejaria a contratualização da ação pública. Esclarecendo que na França contratualização e descentralização são fenômenos imbricados, afirma que nesse país a difusão de métodos contratuais operou-se em um enfoque de dupla renovação: (i) formas de participação e consulta pública e (ii) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública. Daí a expressão governar por contrato, a qual evocaria a necessidade do Estado continuamente estabelecer vínculos com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações

[...]

(...) Por isso, uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.

Para BAPTISTA (2018, p. 185/186), a consensualidade é uma forma do agir administrativo em um Estado social democrático que se realiza notadamente em dois campos: o das atividades de planejamento e o da discricionariedade do administrador. A autora afirma que, principalmente no segundo campo apontado, “a eleição das vias consensuais, no lugar das imperativas, permite a obtenção dos elementos necessários para que seja encontrada a solução mais adequada ao atendimento da finalidade pública perseguida”.

Sobre o assunto, ressalta-se que um primeiro momento em que se falou sobre manifestação consensual ou negociada pela Administração

Pública foi na celebração de contratos administrativos¹¹. Sobre o tema, veja-se a lição de MEGNA (2019, p. 102):

(...) Pela *teoria do contrato administrativo*, este acordo de vontades não existia, pois se negava a existência de autonomia da vontade da Administração, de modo que os contratos administrativos eram tidos como conceito diverso do de contrato para a Teoria Geral do Direito. Não é esse o entendimento que prevalece hoje. De fato, “diferencia-se da autonomia privada a *autonomia pública*, que é a permissão, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder”.

A ideia de consensualidade não foi, porém, aceita tão facilmente na seara administrativa. A invocação dos princípios da supremacia do *interesse público* sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público foram por muito tempo considerados fundamentais para todo regime de direito público¹² e obstaram, por um bom tempo, o reconhecimento da existência de direitos públicos disponíveis, bem como a possibilidade de adoção de métodos alternativos de solução de disputas, inclusive a arbitragem, conforme observa PALMA (2010, p. 142):

A arbitragem suscitou verdadeiro debate no Direito Administrativo brasileiro exatamente por tocar em seus ditos princípios estruturantes e trazer à tona uma forma de atuação administrativa bastante diferenciada da tradicional forma de agir lastreada na imperatividade e na unilateralidade de atos, com evidente mitigação da posição de supremacia da Administração. Além da seara doutrinária, também na jurisprudência dos Tribunais superiores e do Tribunal de Contas

11 “No fenômeno da consensualização encontram-se os acordos de vontades entre administração pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais. Esse é o critério mais recorrente nos estudos nacionais sobre a consensualização, segundo o qual a administração pública satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualização é geralmente apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados para satisfação do interesse público, e a contratualização sua forma mais evidente”. (CARDOSO, 2022. p. 289)

12 Nesse sentido, é clássica a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade. Juridicamente, esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.” (MELLO, 2014, p. 55/56).

da União o tema foi enfrentado. Embora as discussões doutrinárias e jurisprudenciais versassem sobre o instituto da arbitragem, nota-se que os diversos aspectos debatidos se encerram na questão da viabilidade jurídica de a Administração Pública “negociar”. De fato, a real discussão não era propriamente o cabimento da arbitragem no exercício da função administrativa, mas sim a possibilidade de a Administração transacionar, dispor de sua prerrogativa imperativa para, assim, celebrar acordos administrativos. Em resumo, a questão de fundo que se colocava é: pode a Administração Pública transacionar?

ARAGÃO (2017, p. 27/28) também observa como o princípio da indisponibilidade do interesse público impediu o reconhecimento da arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública, fazendo alusão ao fato de que “do princípio da indisponibilidade do interesse público só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento do tema”. Isso porque seria com base naquele princípio que alguns autores sustentariam “a indisponibilidade e, portanto, a inarbitrabilidade de todos os direitos de que a Administração é titular”.

É certo que a doutrina de direito público evoluiu e, embora esses princípios não tenham sido abandonados, há uma interpretação mais moderna que afasta a rigidez dessas normas (ÁVILA, 2007 e SCHIER, 2004) e, atualmente, é pacífico o entendimento que permite manifestações de consensualidade na Administração Pública.

Segundo MOREIRA NETO (2003, p. 138/139), a solução do problema teve raiz alemã, com a alusão à *teoria do duplo grau* no exercício do poder:

A vinculação ao interesse público, mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades de atuação do Poder Público no cumprimento de sua destinação administrativa, consolidou-se, ao longo de dois séculos, como um dogma, capaz de inibir não apenas a possibilidade de controle do mérito administrativo ante sua invocação peremptória, como de constituir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos em instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento. Vencida a primeira barreira, posta ao controle, no século vinte, toca ao século atual superar a segunda.

[...]

Coube, todavia, à doutrina alemã a superação do problema da compatibilização entre a definição do interesse público e o exercício

da administração consensualizada com a chamada teoria do duplo grau, partindo da distinção entre categorias ou níveis de exercício do poder: a categoria primária (primäre Stufe) e a categoria secundária (sekundäre Stufe), cabendo à esfera do público a decisão primária de poder, que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a *decisão secundária de poder, perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar*.

Essa solução, que na doutrina italiana prosperou com a denominação de teoria dei doppio grado, é a que hoje mais se afeiçoa à visão subsidiária e pluralista do Estado, uma vez que distingue o nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal primário e, por isso, absoluto, inegociável e inflexível, de dar-se a execução de um determinado interesse público concreto, situada no plano supraordinado das decisões vinculadas, no nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal secundário e, por isso, relativo, negociável e flexível, situado em plano subordinado das decisões *discricionárias*.

[...]

Mas, sem dúvida, a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às decisões de império, só adviria com a redefinição do conceito de interesse público e a diferenciação entre os tipos de atuação sujeitas à imperatividade administrativa e as sujeitas à autonomia administrativa. (grifos nossos)

Haveria, pois, dois níveis de decisão: a primeira como manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal primário – absoluto, inegociável e inflexível, voltado à execução de um determinado interesse público concreto; a segunda como um poder estatal secundário – relativo, negociável e flexível, situado no âmbito das decisões discricionárias.

Ao se transportar essa noção à ideia de soluções consensuais de conflitos – considerada a arbitragem um acordo consensual em sentido amplo¹³, supera-se aquela ideia de indisponibilidade do interesse público

13 Embora a arbitragem não seja, em si, um meio consensual de resolução de conflitos, a escolha dessa via deve ocorrer de forma consensual entre os litigantes, pois “[a] escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntário, ou facultativo, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória (abolida entre nós em 1866)” (CARMONA, 2009, p. 36). “Apesar de constituir-se como heterocomposição, a arbitragem depende da consensualidade das partes em se submeter a esse procedimento específico. Por esse motivo, entende-se que se enquadra também no contexto de Administração Pública consensual”. (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 70)

com a alusão à decisão secundária de solução consensual, i.e., “jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. Nas palavras de MOREIRA NETO (2003, p. 146/154):

A chamada *administração concertada*, uma fórmula sintética designativa para “os novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade ‘consensual’ e ‘negocial’”, em pouco tempo passou a ser empregada não apenas para o desempenho da administração corrente como e principalmente para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até para a solução de conflitos.

[...]

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, *jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência*.

É que coexiste. com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa. é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo poder Público. (grifo nosso)

Conforme recente corrente doutrinária, a arbitragem é, pois, reconhecida como uma das principais exteriorizações da consensualidade na prática do Direito Administrativo (PALMA, p. 138), inexistindo, atualmente, dúvidas a respeito da possibilidade de a Administração Pública acordar com o particular a opção pela via arbitral (embora possa com ele divergir sobre o mérito do que será submetido à via arbitral).

Nesse contexto, considerando o caráter consensual da arbitragem e que a consensualidade se manifesta em situações de discricionariedade, pode-se afirmar que a escolha da arbitragem pela Administração Pública será decorrência do exercício de discricionariedade do agente público,

após avaliação das vantagens e desvantagens do uso da via arbitral no caso concreto¹⁴.

Esse parece ser o entendimento de MEGNA (2019, p. 104/105):

O Direito institui processos para que essa vontade seja exercida de forma republicana e convergente com a vontade democrática. Essa combinação é alcançada por uma racionalidade procedimental de tipo ético, pois o princípio republicano não repousa só na titularidade da coisa pública pelo povo, mas também na racionalidade do exercício dos Poderes do Estado.

A doutrina administrativista descreve esse fenômeno como poder discricionário, que não é exercício de arbitrariedade, mas precisamente de avaliação racional sobre o meio tecnicamente mais adequado para a prática do ato, dentre as formas legais disponíveis. Tratando-se de poder, seu exercício se dá pelo processo (administrativo) condicionado por determinados valores, atendendo, assim, ao fato descrito por Susan Rose-Ackerman de que “democracias modernas precisam atingir um equilíbrio entre controle popular e expertise, ao mesmo tempo que elas contêm a influência de grupos organizados com interesses específicos”.

(...)

A opção pela arbitragem e a opção pelo regimento processual mais adequado às características particulares do caso concreto são decisões passíveis de análise técnica sobre sua adequação. Assim, conclui-se, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruema Vilella Souto, que há “impossibilidade de interdição do juízo arbitral nessas causas, pois isso importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado”.

14 Essa é a regra estabelecida no Decreto nº 10.025/2019: “Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I – nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II – sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários (...)” Embora esse Decreto se aplique às arbitragens para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, considera-se que essa diretriz pode ser empregada como parâmetro também nas demais arbitragens envolvendo entes públicos.

Se as partes convergem no sentido de tentar solucionar potenciais – ou existentes – contendas pela via arbitral, há, ainda, outros pontos nos quais devem elas convergir e, também sobre eles, o fundamento para a decisão administrativa será a ideia de vontade normativa acima definida, com o respectivo exercício da discricionariedade.

Exemplificativamente, destaca-se que a escolha de árbitros e câmaras de arbitragem têm natureza consensual¹⁵, e, portanto, também dependem de uma concertação conjunta entre Administração Pública e particular. O consenso, no caso, pode se estabelecer previamente, no momento da formação a relação contratual – sendo prática comum a Administração Pública prever, em seus Editais de licitação, que a escolha da Câmara deverá recair entre as previamente credenciadas¹⁶ e o procedimento para escolha dos árbitros (em regra, dois indicados por cada uma das partes e o terceiro escolhido de comum acordo entre os coárbitros, ouvidas as partes); ou pode ser estabelecido *a posteriori* quando da celebração de um compromisso arbitral (instituidor da arbitragem propriamente ou voltado a preencher uma cláusula vazia).

Independentemente do momento em que ocorre, a Administração Pública deve realizar as avaliações necessárias entre os nomes de pessoas físicas (árbitros)¹⁷ e instituições (câmaras arbitrais)¹⁸ aptas a prestar o serviço, para, ao final, realizar uma escolha técnica lastreada na discricionariedade.

15 “(...) a contratação dos árbitros ou da instituição arbitral não se dá exclusivamente pela Administração Pública, o particular também figura, necessariamente, como contratante. Dessa forma, não existe ação unilateral da Administração Pública em relação à Câmara ou aos árbitros, a relação entre as partes contratantes é absolutamente simétrica. O consenso é necessário à contratação dos árbitros e da câmara arbitral, assim como à definição dos procedimentos que serão adotados na arbitragem”. (MAROLLA, 2016. p. 213).

16 Vide, sobre o tema, a Portaria Normativa AGU nº 21, de 22 de julho de 2021, que dispõe sobre o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União,

17 “A edição de regulamento também ajudaria a orientar os agentes públicos na indicação do respectivo coárbitro, quando da instauração da arbitragem. Lembre-se, de uma vez por todas, que não há liberdade no atuar do Poder Público. Por força do princípio da legalidade, a Administração Pública pode fazer, apenas, aquilo que a lei autoriza ou determina. O art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem confere ao Estado a possibilidade de se valer do juízo arbitral, mas não disciplina como isso se dará. A regulamentação, portanto, deve definir a autoridade à qual competirá a escolha do coárbitro, assim como a qualificação técnica a ser preenchida, mandatoriamente, por aqueles que sejam indicados para o exercício da função, por escolha da Administração Pública” (SCHMIDT, 2016, p. 64/65).

18 “A percepção de que a via institucional é a mais adequada para a condução dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública conduz ao seguinte questionamento: como será feita a escolha da câmara gestora? No universo privado, como sabido, a escolha é livre aos contratantes e toma por base, nomeadamente, a credibilidade da instituição arbitral e os preços definidos no respectivo regimento de custas e de honorários (taxa de administração e honorários dos árbitros). Quando, todavia, um dos contratantes é o Poder Público, o racional é completamente diferente. A instituição arbitral, neste caso, nada mais é do que um prestador de serviços, numa relação envolvendo a Administração Pública” (SCHMIDT, 2016, p. 61).

No caso da escolha das câmaras, por exemplo, a Advocacia-Geral da União houve por bem reduzir substancialmente as balizas normativas para adoção de uma decisão discricionária, emoldurando-a dentre as Câmaras previamente credenciadas com base em critérios transparentes, prévios e objetivos, fundamentados na necessidade de um serviço especializado e eficiente.

Já para a escolha de árbitros, a decisão discricionária ocorre, preponderantemente, no momento de indicação do coárbitro (ou para seleção ou exclusão de árbitros indicados pelos coárbitros como potenciais Presidentes). Em todo caso, também para este fim foi estabelecida uma moldura normativa na qual a “vontade” administrativa, exteriorizada pela discricionariedade, terá que se enquadrar. Em atenção ao disposto no art. 154 da Lei n. 14.133, de 2021, foram estabelecidos critérios isonômicos, técnicos e transparentes para a escolha, consubstanciados na Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022¹⁹.

Da mesma forma, é cediço que a arbitragem é caracterizada pela liberdade procedimental que permite que as partes e instituições arbitrais, de forma consensual, estipulem os atos do processo arbitral em conformidade com as peculiaridades do caso concreto²⁰. Nesse contexto, considera-se que os advogados e procuradores públicos envolvidos na elaboração dos termos de arbitragem terão margem de discricionariedade para analisar as necessidades de cada demanda e estipular as etapas e prazos adequados

19 Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica: I - estar no gozo de sua plena capacidade civil; II - deter a confiança das partes; III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio; IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil; V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e VI - não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

§ 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios: I - a formação profissional; II - a área de especialidade; III - a nacionalidade; e IV - o idioma.

§ 2º O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, unidade responsável pela escolha dos árbitros a que se refere esta Portaria Normativa, poderá, sem prejuízo do incisos dispostos no caput, considerar os seguintes critérios adicionais: I - a disponibilidade; II - as experiências pretéritas como árbitro; III - o número de indicações para árbitro pela União; e IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

20 “As regras processuais da arbitragem e o próprio procedimento são estipuladas pelas instituições especializadas ou também podem ser formuladas pelo árbitro e pelas próprias partes. (...) Nesse particular, a Fazenda Pública, presenteada pelos procuradores ou advogados na arbitragem, está igualmente autorizada, pela sua própria qualidade institucional, a propor a elaboração de uma estrutura procedimental que encontre aderência com seu caráter de ente público (estrutura, tempo, quadro de pessoal, recursos disponíveis, etc) e pelo direito material envolvido. O ambiente, na arbitragem, é diferente; permite-se que, ao invés de aplicar imperativamente as prerrogativas processuais da Fazenda, se adapte o processo às suas características subjetivas, não por imposição, mas por convenção” (MAIA, 2020, p. 55/56).

para a melhor defesa processual do interesse público, sempre observados os princípios da legalidade e eficiência, na busca da solução que melhor atenda concretamente o interesse público.

5. CONCLUSÃO

Considerando os argumentos expostos acima, conclui-se que, embora o princípio da autonomia da vontade tenha larga aplicação nas arbitragens envolvendo partes privadas, essa norma não tem aplicação nos processos arbitrais envolvendo a Administração Pública. Isso porque a Administração Pública não possui uma “vontade” propriamente dita, afastada pelo princípio da estrita legalidade, tampouco o agente público é dotado de autonomia, na medida em que sua atuação é pautada na discricionariedade. Assim, ao exteriorizar sua decisão, a Administração Pública não exerce sua vontade, mas externaliza uma espécie de “vontade normativa”, a qual não está baseada no livre querer do administrador ou na ficção legal a que referimos como Administração Pública, e sim na possibilidade de concretização dos mandamentos legais, isto é, de alocação do agir administrativo dentro de um espectro de escolhas outorgado pela norma (em sentido amplo, incluídas regras e princípios).

Assim, afastada a aplicação da autonomia da vontade no âmbito da Administração Pública, em um contexto de administração concertada ou administração consensual e considerando a arbitragem um acordo consensual em sentido amplo, afirma-se que a escolha da arbitragem pela Administração Pública será decorrência do exercício de discricionariedade do agente público, após avaliação das vantagens e desvantagens do uso da via arbitral no caso concreto. Da mesma forma, outras escolhas realizadas pela Administração Pública durante o processo arbitral, tais como a indicação de árbitros, a eleição de câmaras arbitrais e as estipulações processuais em termos de arbitragem, também possuem natureza consensual e, por parte da Administração Pública, não são fundamentadas na autonomia da vontade, mas manifestações fruto de avaliação discricionária dos agentes públicos envolvidos (em atenção à eficiência e à busca da decisão que melhor atenda ao interesse público), observada a moldura normativa pré-estabelecida (princípio da estrita legalidade).

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, p. 2, set./out./nov. 2007.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARDOSO, Raphael de Matos. *Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa: a orientação do MPF e a reforma da Lei nº 14.230/2021*. In: CONTI, José Maurício; MARRARA, Thiago; IOCKEN, Sabrina Nunes; CARVALHO, André Castro (coord.). *Responsabilidade do gestor na Administração Pública: improbidade e temas especiais*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 285-302.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista de *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano XX, n. 84, p. 46, out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019

FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa*. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/mar, 2003, p. 129/156.

NEVES, Cleuer Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marçílio da Silva. *Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência*. In Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017, p. 49/77.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Pública Consensual como a nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jul/dez, 2009, p. 303-322.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Direito Público — RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

A EVOLUÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM UTILIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE EVOLUTION OF THE ARBITRATION AGREEMENT IN
CONTRACTS WITH PUBLIC ENTITIES*

Cristina M. Wagner Mastrobuono, FCI Arb

Advogada formada pela USP, LLM - University of Chicago, Especialização em Direito Societário pela FGV-Direito. Foi Procuradora do Estado de São Paulo, atua como árbitra em disputas relacionadas a contratos em infraestrutura e direito societário.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Convenção de arbitragem. 3. Conteúdo. 4. Evolução. 4.1. A indicação da instituição de arbitragem. 4.2. A matéria que pode ser submetida à arbitragem: a arbitrabilidade objetiva e a delimitação do escopo da arbitragem. 4.3. Outros aspectos. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: Com a intensificação do uso da arbitragem como meio de resolução de disputas em contratos públicos, verifica-se uma evolução na convenção de arbitragem utilizada. De uma redação padronizada inspirada em modelos de instituições financeiras internacionais utilizada nos contratos iniciais, é possível constatar uma personalização das cláusulas, de maneira a acomodar as necessidades da administração pública, algumas das quais já objeto de regulamentação. Alguns entes públicos adotam a salutar medida de promover uma consulta pública às cláusulas que serão utilizadas, como é o caso de determinadas agências reguladoras federais. Este artigo objetiva identificar algumas dessas modificações para demonstrar como a convenção utilizada pelos entes públicos tem se desenvolvido nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Arbitragem. Cláusula Arbitral. Convenção de Arbitragem. Instituição de Arbitragem. Escopo da Cláusula. Evolução.

ABSTRACT: The intensification of the use of arbitration as a means of resolving disputes in public contracts results in an evolution of the arbitration agreement used in these contracts. From a standardized wording inspired by models of international financial institutions initially used, it is possible to verify a customization of the clauses, in order to adapt the needs of the public administration, some of which are already subject to regulation. Some public entities take the friendly measure of promoting a public consultation of the clauses that will be used, as it is the case with certain federal regulatory agencies. This article aims to identify some of these modifications to demonstrate how the convention used by public entities has developed within last years.

KEYWORDS: Public entities. Arbitration. Arbitration clause. Arbitration agreement. Arbitral institution. Scope of the arbitration clause. Evolution.

1. INTRODUÇÃO

Como já amplamente sabido, a primeira condição para que uma disputa contratual seja submetida a um juízo arbitral é que as partes tenham adotado a arbitragem como meio de solução de disputas no contrato que deu origem à divergência, em uma cláusula que a ela faça expressa referência. Mas, para além de decidir quanto ao meio de solução das controvérsias, a convenção de arbitragem insere, em suas poucas linhas, decisões que irão afetar diretamente o procedimento e o direito das partes e, portanto, deve ser objeto de especial atenção na redação do contrato.

Quando a relação jurídica envolve algum ente da administração pública, o texto adotado deve ser objeto de reflexão prévia que, além das preocupações usuais que envolvem os contratantes do setor privado, deve ainda considerar o regime de direito público que se aplica ao ente contratante.

Num primeiro olhar, não se trata de tarefa complexa. No entanto, como todo instituto jurídico que começa a ser utilizado, o conteúdo e alcance das cláusulas de arbitragem envolvendo a administração pública terá a sua validade e eficiência apenas comprovada com o decorrer do tempo, com a consolidação que o decurso de um período experimental é capaz de propiciar. Esse processo não está livre de riscos. Interpretações futuras – dadas por árbitros em decisões proferidas em procedimentos arbitrais ou pelo poder judiciário – podem vir a considerar imprescindíveis algum conteúdo específico que deixou de ser contemplado na redação da cláusula no contrato respectivo. Ou então, que venham a interpretar o conteúdo da cláusula para além do significado que se pretendeu dar na celebração do ajuste.

Nesse sentido, por exemplo, vale mencionar o raciocínio já utilizado em alguns procedimentos, nos quais os árbitros consideraram a arbitrabilidade objetiva da disputa envolvendo a administração pública¹ como um elemento da redação da cláusula, sem uma análise específica quanto à disponibilidade do direito envolvido, ao considerar que a delimitação do objeto da arbitragem deve vir expressa na cláusula de arbitragem.

Mas, o que deve ser considerado na redação da convenção de arbitragem? Quais os limites a serem observados quando em pauta um contrato público? Buscaremos abordar neste breve trabalho aspectos a serem considerado na elaboração dessa cláusula, e, para tanto, faremos uma breve análise do regime legal aplicável, da evolução da redação que tem sido inserida nos contratos públicos, e, ao final, teceremos nossas conclusões.

1 Alguns casos concretos serão explorados no item 4.(iii) adiante.

2. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Dada a proximidade dos vocábulos, é comum haver uma confusão quanto aos termos convenção de arbitragem, cláusula de arbitragem, cláusula arbitral, compromisso arbitral e cláusula compromissória. É importante diferenciar que a convenção de arbitragem se refere à forma genérica do instrumento pelo qual as partes exercem a manifestação de vontade pelo uso da arbitragem, ou seja, registra o consentimento para arbitrar (SPERANDIO, 2018, p. 61). E esse gênero possui duas espécies: a cláusula arbitral, também chamada de cláusula de arbitragem ou cláusula compromissória, e o compromisso arbitral².

A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), que disciplina a arbitragem (“Larb”), deixa claro em seu artigo 4º que a cláusula arbitral é aquela inserida num contrato e se aplica a disputas futuras que dele poderão surgir.

Já o compromisso arbitral se refere a uma convenção de arbitragem estabelecida supervenientemente à disputa, e pode ser extrajudicial, quando decorre de acordo entre as partes, ou judicial, quando o Poder Judiciário é instado a decidir (art. 9º).

Essa atuação do Poder Judiciário é necessária para a própria instauração da arbitragem, que age com base nos artigos 6º e 7º da Larb, em casos, por exemplo, em que as partes optaram contratualmente pela arbitragem, mas adotaram uma cláusula que carece de elementos essenciais à sua instauração, em especial, o regulamento que irá disciplinar o procedimento, e não chegaram consensualmente a uma solução acerca das falhas (SPERANDIO, 2018, p. 108). A cláusula que impede o início da arbitragem é denominada de cláusula vazia e o Judiciário vem preencher a lacuna existente. Quando se trata de uma cláusula denominada pela doutrina como patológica, isto é, aquela defeituosa, mas que permite a instauração da arbitragem, caberá ao tribunal arbitral decidir quanto aos elementos faltantes (SPERANDIO, 2018, p. 108, 109).

Neste trabalho vamos nos ater à cláusula de arbitragem, ou seja, aquela inserida nos contratos celebrados pela administração pública com o setor privado, para a prestação de serviços ou fornecimento de bens. Vale lembrar que referida cláusula é redigida pelo ente público contratante, e recebe a participação do setor privado durante a fase de consulta pública

² Nesse sentido, o artigo 3º da Lei n. 9.307/1996: Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

do edital da licitação que pretende escolher o futuro contratado³, ou em procedimentos de consulta pública específicos que objetivam discutir o conteúdo da cláusula que podem vir a ser utilizados.

3. CONTEÚDO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O conteúdo que deve compor a cláusula não vem descrito de maneira completa em nenhum texto legal, mesmo porque se trata de dispositivo contratual que irá balizar a vontade das partes e, conseqüentemente, encontra limite apenas nos dispositivos que assim expressamente o fazem.

No entanto, embora a Lei de Arbitragem não indique diretamente quais são os elementos necessários para a cláusula compromissória, como o faz em relação ao compromisso arbitral nos artigos 10 e 11, a leitura conjunta das disposições esparsas nos dão os seus elementos essenciais.

A análise sistemática da lei nos indica que podem ser considerados elementos indispensáveis para que uma arbitragem tenha início, seja com base na cláusula compromissória, seja com fundamento em um compromisso arbitral: (i) a indicação do tipo de arbitragem, se institucional ou ad hoc⁴, (ii) o regulamento aplicável, (iii) a instituição arbitral (se for o caso), (iv) a sede da arbitragem, (v) a legislação que rege o contrato e a arbitragem que dele decorra, (vi) o número e a forma de indicação dos árbitros, (vii) as matérias que podem ser submetidas à arbitragem, com, se for o caso, a identificação das matérias que não devem ser submetidas ao tribunal arbitral, (viii) o tratamento dado às custas e honorários advocatícios, (ix) o idioma aplicável, (x) o afastamento da equidade como critério de julgamento, (xi) a observância do princípio da publicidade, e (xii) a indicação do juízo estatal competente para o processamento das demandas correlatas.

Vários desses comandos – no que diz respeito à administração pública –, já vêm previstos na própria *Larb*, não abrindo campo de decisão para os entes públicos, como é o caso da escolha pela arbitragem de direito, afastando-se a equidade como forma de julgamento, e da publicidade da arbitragem. Desse modo, na prática apenas alguns dos aspectos da cláusula que se refere à arbitragem podem variar a cada nova contratação.

Ainda, em se tratando de Administração Pública, também é necessário que a redação da cláusula de arbitragem inserida no contrato atenda à regulamentação incidente sobre aquele determinado órgão, como

3 A título exemplificativo, citamos a Consulta 003/2020, da ANAC, relativa à 6ª rodada de concessão de aeroportos. Disponível em <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/consulta-publica-no-03-2020>>. Acesso em 10.08.2022.

4 De forma bem resumida pode-se entender que a arbitragem institucional é aquela administrada por uma instituição ou câmara de arbitragem, que possui um regulamento próprio para tal fim. Já na arbitragem ad hoc as próprias partes, juntamente com os árbitros, estabelecem as regras para o procedimento arbitral.

o conteúdo previsto em resoluções, decretos ou até mesmo legislação específica. Por exemplo, as convenções de arbitragem envolvendo a Administração Pública da União em atendimento ao Decreto n. 10.025 (BRASIL, 2019) deverão necessariamente, além dos requisitos já contidos na lei federal, fazer remissão ao referido decreto e dispor sobre o local onde se desenvolverá a arbitragem e conter previsão sobre: (i) a antecipação das custas da instituição arbitral e dos honorários dos árbitros pelo contratado e (ii) a vedação da condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se por analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil, caso haja condenação em honorários aos advogados.

Iremos nos aprofundar em relação aos seguintes itens: i) a indicação da instituição de arbitragem que ficará responsável por administrar o procedimento e cujo regulamento será utilizado pelas partes; ii) a limitação (ou não) da matéria que pode ser submetida à arbitragem e iii) itens diversos que têm sido inseridos nas cláusulas.

Tais temas serão analisados considerando a evolução que a cláusula de arbitragem tem passado pelos anos recentes nos contratos públicos.

4. EVOLUÇÃO

A análise da evolução da cláusula de arbitragem nos contratos públicos deve ser contextualizada com o próprio uso da arbitragem pela administração pública⁵. Assim, considerando que seu uso nas últimas décadas do século XX veio predominantemente inserido nas contratações públicas que contavam com recursos financiados por organismos financeiros multilaterais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (Banco Mundial), as redações consideravam as diretrizes para contratações dos referidos organismos. A convenção de arbitragem, nessa situação, segue basicamente as diretrizes traçadas pela instituição financiadora, podendo existir algumas recomendações, como por exemplo, arbitragem *ad hoc* com uso do regulamento Uncitral, a indicação de instituições de arbitragens sediadas no exterior, com as quais potenciais investidores estrangeiros têm maior proximidade, eventuais limitações quanto à nacionalidade do árbitro⁶.

5 Para um aprofundamento sobre o uso da cláusula arbitral nos contratos do Estado de São Paulo, ver JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso. 1a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, observando que a análise feita pelo autor não se limita à Administração Pública Paulista, mas também ao uso da arbitragem por outros entes da federação.

6 Por exemplo, no regramento da seleção de consultores externos. Disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/selecao_de_consultores_bid.pdf>. Acesso em 16.08.2022.

Uma nova fase de utilização da arbitragem nos contratos públicos teve início com as profundas alterações inseridas na forma de atuação do Estado, a partir de 1997, com a criação de agências reguladoras que, na esteira da já aprovada Lei n. 9.307/96, passaram a autorizar o uso da arbitragem em contratos celebrados no âmbito de atuação dos serviços concedidos por meio de concessão⁷, e a edição da lei de parcerias público-privadas, Lei n. 11.079/2004, com referência direta ao uso da arbitragem, “a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa” (BRASIL, 2004), além da alteração da Lei 8.987/95, em 2005, igualmente autorizando o uso da arbitragem. Não foram muitos os contratos celebrados no regime de parcerias público-privadas nesse período inicial de vigência da lei, mas é possível verificar a adoção da arbitragem como regra geral, por exemplo, nas PPPs da Linha 4 do Metrô de SP e do Sistema Alto Tietê, da Sabesp. Os contratos celebrados nesse regime pelo Estado de Minas Gerais, por seu turno, embora não tenham inicialmente adotado a arbitragem, assim o fizeram por meio de aditivo aos contratos, após a edição da Lei estadual n. 19.477/2011⁸, não obstante a lei mineira de PPPs – Lei estadual n. 13.868/2003 – já contemplasse a possibilidade do seu uso.

Após 2015, com a alteração da Lei de Arbitragem, inserindo expressamente a possibilidade de sua adoção pela administração pública, percebe-se não somente o incremento do seu uso nos contratos públicos, como também uma constante evolução da convenção de arbitragem, a partir da experiência com o tema por parte dos entes públicos.

4.1. A Indicação da Instituição de Arbitragem

A escolha da instituição arbitral ainda é tema que preocupa os entes públicos, que enfrentam o dilema entre, por um lado, a escolha das câmaras de maior reconhecimento no mercado, garantindo, assim, maior credibilidade à arbitragem e garantia de bons serviços prestados, e por outro lado, possíveis críticas que possam surgir da indicação reiterada da mesma instituição. Outro aspecto é a temporalidade da indicação da instituição, se já no contrato celebrado entre as partes, ou permitindo a

7 Um bom exemplo é a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispondo sobre a política energética nacional, que autoriza expressamente o uso da arbitragem internacional para a solução de controvérsias, a ser inserida nos contratos de concessão. Do mesmo modo, mas não de maneira tão explícita, a Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.474, de 16 de julho de 1997, estipula que os contratos de concessão - a serem concedidos pela União Federal, deverão indicar em seus contratos “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

8 Como por exemplo, o 6º aditivo ao contrato SETOP 007/07 – PPP rodovia MG-050, disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/MG-050/6%C2%BA%20Termo%20Aditivo%20MG-050.pdf>>. Acesso em 16.08.2022.

escolha quando surgir o conflito. É possível verificar que não há uma regra por parte dos entes públicos em relação a esse aspecto. Nos contratos da esfera federal, em especial os celebrados pelas agências reguladoras, tem-se adotado uma redação bem similar entre elas, nesse aspecto, com a referência a câmaras reconhecidas pelo mercado.

Os contratos iniciais celebrados pela Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT não continham cláusula de arbitragem⁹, e o seu uso foi disciplinado internamente na Resolução 5.845, de 14 de maio de 2019 (BRASIL, 2019), que em seu artigo 15 indica que os contratos de outorga deverão definir expressamente uma ou mais câmaras arbitrais entre as credenciadas nos termos da Lei n. 13.448/2017 ou, caso não tenha sido indicada no contrato, caberá à ANTT indicar três câmaras cadastradas, cabendo à parte privada escolher dentre essas.

Os novos contratos da ANTT que têm inserido a cláusula, fazem referência expressa a três instituições, quais sejam, a Corte da Câmara de Comércio Internacional - CCI, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá CAM-CCBC e a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - CIESP/FIESP, sem abrir a oportunidade de outra escolha. Apenas caso referidas instituições não venham a ser credenciadas na forma do Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, por qualquer motivo, a Concessionária deverá indicar lista tríplice de instituições arbitrais credenciadas na forma da lei para solucionar os conflitos submetidos à arbitragem, devendo a ANTT, no prazo de 30 (trinta) dias contados da comunicação de indicação, escolher uma delas¹⁰.

A Agência Nacional e Aviação Civil – ANAC, por sua vez, passou por um período em que expressamente indicava a Corte de Arbitragem da CCI nos contratos, cabendo às partes indicar, de comum acordo, outra instituição, caso a CCI não se encontre dentre aquelas credenciadas pela Advocacia-Geral da União na forma prevista no art. 10 do Decreto n. 10.025/2019. Nesse caso, deverão as Partes, de comum acordo, indicar nova instituição arbitral para a condução do procedimento, dentre as câmaras credenciadas. Inexistindo consenso entre as partes quanto à

9 Por exemplo, Autopista Fernão Dias e Autopista Litoral Sul, celebrados em 2008.

10 Vide o contrato BR-116/101/RJ/SP, disponível em <<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/db933144-afe0-822b-6428-5402d8c960fe>> Acesso em 15.08.2022. Também os aditivos celebrados com concessões de rodadas anteriores incluem referida cláusula, com alusão às mesmas três instituições arbitrais, por exemplo, Autopista Fluminense, de 2008, aditivo de relicitação celebrado em 15.06.2022.

escolha da instituição arbitral, aplicar-se-á o disposto no art. 11, §§ 1º a 3º, do referido regulamento¹¹.

Nos parece que houve um salutar desenvolvimento em abrir o leque das instituições que podem ser indicadas, com previsão da possibilidade de escolha conjunta das partes de qualquer instituição apta a administrar as arbitragens, dentre aquelas previamente credenciadas pela AGU, o que pode ser verificado nos recentes leilões da 6ª rodada de concessão de aeroportos¹². Na ausência de consenso, a ANAC escolherá entre a Corte da CCI, a Corte Internacional de Arbitragem de Londres e a Corte Permanente de Arbitragem de Haia. A referência a essas duas últimas câmaras certamente se deve à grande participação de investidores estrangeiros no setor da aviação.

No âmbito dos estados também é interessante verificar a modificação nas cláusulas compromissórias no que diz respeito à escolha da instituição arbitral, sendo possível verificar que a regra tem sido a indicação da câmara de arbitragem na cláusula arbitral.

O Estado de Minas Gerais, um dos precursores do uso de contratos no modelo de parceria público privada, indica, via de regra, a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - CAMARB como instituição responsável por administrar as disputas, dando, porém, em alguns dos contratos, a oportunidade às partes em escolherem instituição diversa¹³.

Igualmente dentre os primeiros contratos de PPP assinados no país, os contratos do Estado de São Paulo não possuíam uniformidade em relação à indicação da instituição arbitral, o que veio a ocorrer em parte após 2019, quando decreto regulamentador instituiu o sistema de credenciamento de câmaras, a cargo da Procuradoria Geral do Estado.

A Bahia, outro Estado com uma grande carteira de projetos, optou por indicar em alguns contratos a Corte de Arbitragem da CCI e em outros o CAM-CCBC. O mais recente contrato licitado, que cuida do projeto “Ponte Itaparica”, indica o CAM-CCBC ou outra câmara escolhida de comum acordo entre as partes¹⁴.

11 Vide o termo aditivo ao contrato de concessão de Viracopos, disponível em <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/02termos-aditivos/vcp-termo-aditivo-002.2020/view>>. Acesso em 16.08.2022. Referida redação foi reiterada em outros aditivos, como na do Aeroporto de Campinas (contexto de relicitação) em 2020.

12 Para mais informações sobre Blocos Sul, Central e Norte, consulte o site:<<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/processo-licitatorio-6a-rodada/informacoes-sobre-o-processo-licitatorio-6a-rodada>>. Acesso em 16.08.2022.

13 Nesse sentido, as PPPs sobre Resíduos Sólidos, Aeroporto Zona da Mata, MG-050, Rodoanel. Ver <<http://www.ppp.mg.gov.br/>>. Acesso em 16.08.2022.

14 Vide o contrato na íntegra, disponível em “Anexos do Edital – Revisado 07”, <http://www.infraestrutura.ba.gov.br/modules/consultas_externas/index.php?cod=42>. Acesso em 22.09.2022.

O contrato de Iluminação Pública licitado pelo Município de Porto Alegre escolheu uma cláusula arbitral mais flexível, na qual a escolha da câmara deve ser feita de comum acordo entre as partes. Não havendo consenso, o Poder concedente escolhe entre CAM-CCBC, Corte de arbitragem da CCI ou CAMARB¹⁵.

Como se verifica, é possível identificar uma alteração no padrão das cláusulas arbitrais que vêm sendo adotadas nos contratos de PPPs e concessões dos diversos entes públicos, que passaram a incluir na convenção a possibilidade de, além daquela já indicada no contrato, ser escolhida outra de comum acordo entre as partes, quando surgir a disputa.

Desse apanhado geral com alguns dos entes públicos que possuem grande número de projetos em infraestrutura, percebe-se a preocupação destes em indicar instituições arbitrais que são reconhecidas pelo mercado das arbitragens, estabelecidas há muitos anos no país e com grande experiência na administração de procedimentos, com regulamentos já conhecidos pelas partes.

Exceção a essa regra é o Estado do Piauí, que celebrou cerca de 14 contratos em infraestrutura desde 2015. Quase todos possuem a convenção de arbitragem, sendo que na fase inicial de execução do programa de parcerias os contratos¹⁶ indicaram o CAM-CCBC para conduzir os procedimentos. O projeto “Mini-usinas de Energia Solar”¹⁷, assinado em 2020 inovou ao, além de indicar o CAM-CCBC, prever a possibilidade de ser escolhida outra instituição arbitral de comum acordo entre as partes. Já os contratos referentes ao Bioparque Zoobotânico e à Rodovia Transcerrados, assinados em dezembro de 2021, indicam expressamente a Câmara de Arbitragem e Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil – seção Piauí para administrar o conflito. Ou seja, de uma instituição renomada que vinha sendo reiteradamente indicada, passou-se a uma Câmara vinculada à OAB do Piauí, que está apenas iniciando a gestão de procedimentos arbitrais¹⁸.

15 Disponível em <https://cnc.procempa.com.br/cnc/servlet/cnc.procempa.com.br/wp_contratos?16302>. Acesso em 23.09.2022.

16 Piauí – Terminais Rodoviários, assinado em 03.12.2015, Saneamento, assinado em 22.03.2017, Contrato Nova Ceasa, assinado em 03.05.2017, Piauí Conectado, assinado em 05.07.2018, Ginásio Verdão, assinado em 27.02.2019. Todos os contratos estão disponíveis em <http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/>. Acesso em 15.08.2022.

17 Para saber mais, acesse: <<http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/index.php/projetos/estudo-de-viabilidade/mini-usinas-de-energia-solar/>>. Acesso em 07.08.2020.

18 Chegou-se a essa conclusão a partir da análise sítio eletrônico da entidade, que disponibiliza pouquíssimas informações sobre a sua atuação: <<http://oabpi.org.br/cma/institucional/>> Acesso em 20.08.2022.

4.2. A Matéria que Pode Ser Submetida à Arbitragem: A Arbitrabilidade Objetiva e a Delimitação do Escopo da Arbitragem

Tema que ainda suscita discussões é o da arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo a administração pública, especialmente pelo fato de que a Lei de Arbitragem limita a matéria que pode ser submetida a um tribunal arbitral como sendo relacionada a direitos patrimoniais disponíveis. Se em relação à patrimonialidade pode não haver muitas dúvidas, não se pode dizer o mesmo quanto à definição do que seja “disponível”, estando esse conceito ligado aos poderes do estado, em relação aos quais não pode a administração pública abrir mão, e que não estão sujeitos a uma revisão jurisdicional, tanto pelo Poder Judiciário, quanto por um Tribunal Arbitral¹⁹. No que diz respeito à arbitragem, é importante verificar o posicionamento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça, que já foi instado a se manifestar em algumas ocasiões. Caso paradigmático é o julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308/DF (BRASIL, 2008) e o Agravo Regimental AgRg 11.308/DF (BRASIL, 2006) ocorridos em 09 de abril de 2008 e 28 de junho de 2006, respectivamente. Tratou-se de disputa entre a União e a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A (NUCLEP)²⁰, contra a concessionária TMC Terminal Multimodal de Cora Grande SPE S/A que tinha por objeto a rescisão contratual promovida pelas primeiras sem a utilização do juízo arbitral, como previa o contrato.

O argumento da impossibilidade de levar a discussão para a arbitragem foi pautada na alegação de que era indisponível o bem sobre o qual versava o contrato de arrendamento da disputa (ou seja, o porto, cuja exploração se daria por serviço público com regulação específica), não podendo se submeter ao tribunal que não fosse o estatal.

O voto condutor, do Min. FUX, então integrante do STJ, discorreu sobre o tema, acolhendo a doutrina do Prof. Eros Grau²¹ (que posteriormente passou a integrar a Corte Suprema), que se pautou na distinção entre o interesse público primário do interesse público secundário, este, sim, passível de ser arbitrado, por ser fortemente patrimonial e, portanto, disponível.

Esse posicionamento, no entanto, não resolve as dúvidas que envolvem o conceito de indisponibilidade do direito que se insere na

19 Estudo abrangente acerca das posições doutrinárias existentes é apresentado por TONIN, Maurício Moraes no artigo “Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição”, publicado na Revista Brasileira de Arbitragem n. 59, Jul-Set/2018, p.61-79.

20 Uma sociedade de economia mista pertencente à União.

21 Vide a obra do autor Eros Grau, Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusulas compromissória. Wald, Arnaldo (coord.) Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora RT, Ano 5, outubro – dezembro de 2002.

esfera do poder-dever do estado, envolvendo parcela de discricionariedade administrativa e que, assim, sofre limitações no alcance da revisão que pode ser exercida por entes externos. Em nosso entendimento, cada caso há de ser analisado especificamente, buscando-se a solução à luz dos fatos concretos e direitos envolvidos, não sendo possível uma conceituação única.

Importante destacar que a arbitrabilidade objetiva, embora tenha estreita relação com uma eventual limitação do escopo das matérias que podem ser submetidas à arbitragem, por meio de uma expressa indicação na convenção de arbitragem inserida no contrato, não está restrita a ela.

A limitação do escopo pode ser efetuada por uma decisão do administrador público ao redigir a minuta do contrato que será levado para licitação, com o objetivo de evitar discussões futuras quanto à arbitrabilidade ou não de uma disputa. Pode o administrador público, ao redigir a cláusula arbitral da minuta do contrato que acompanha o edital de licitação, optar por restringir as matérias que poderão ser levadas à arbitragem. Tal prática, que, por um lado pode evitar discussões sobre a arbitrabilidade de determinada matéria, contudo, deve ser considerada com ressalvas, sob pena de ser produzida uma cláusula conflituosa e de difícil implementação, sujeita a questionamentos judiciais. Há um risco, ainda, de que, na tentativa de delinear o campo das matérias não arbitráveis, a administração se utilize de termos abrangentes demais ou dúbios, esvaziando a própria opção pela arbitragem e a esperada eficiência dela decorrente.

A redação da cláusula de arbitragem, no entanto, não afeta a arbitrabilidade objetiva propriamente dita, ou seja, aquela referida pela Lei n. 9.307/96, que é uma norma de ordem pública e deve ser considerada pelos árbitros ao delinarem o alcance da matéria sobre a qual deliberarão.

Não obstante, algumas recentes decisões têm interpretado que, na ausência de uma indicação limitativa na cláusula de arbitragem que figura no contrato, fica afastado o argumento de que uma determinada matéria se refere a direito indisponível e, portanto, inarbitrável. Nesse sentido, veja-se o caso nº 611, em curso perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (2021), que tem por partes a Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S/A (Requerente) e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e o Município de Guarulhos²² (Requeridas). Um dos temas submetidos ao tribunal foi a decretação de caducidade do contrato pelo Município de Guarulhos, procurando a Requerente a sua reversão. As requeridas alegaram que a caducidade e a intervenção municipal constituiriam matérias que se

²² Disponível em <https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf>. Acesso em 21.08.2022.

inserir dentro os direitos indisponíveis da administração, atos praticados com base no princípio da supremacia do interesse público e, portanto, não revestidos da característica da disponibilidade. Em sua decisão – que afastou o argumento de inarbitrabilidade da matéria – o tribunal arbitral fez, dentre outros aspectos que também foram considerados, uma análise da cláusula arbitral e das exceções materiais nela indicadas²³, para concluir que a caducidade não estava entre as matérias explicitamente afastadas da arbitragem pelo contrato. Nesse sentido, as próprias partes disponibilizaram referido interesse.

Como se verifica da decisão, o tribunal arbitral não efetuou uma análise aprofundada acerca da disponibilidade do direito de decretar a caducidade, e sim, concluiu pela referida disponibilidade ao constatar que o contrato não inseriu sua eventual decretação dentre as matérias consideradas indisponíveis. Ressalva-se que não se está aqui concluindo que a análise acerca da caducidade não pode ser objeto de disputa arbitral. No caso aludido, em que o tribunal arbitral afastou a responsabilidade da concessionária nos processos sancionatórios que lhe foram aplicados, o afastamento da caducidade era uma consequência lógica, pois havia sido fundamentada nas sanções aplicadas. O que se quer chamar a atenção é a ausência da análise da disponibilidade do direito envolvido e da consequente arbitrabilidade objetiva da caducidade, apenas pelo fato de não haver referência expressa nesse sentido na cláusula arbitral.

Em nosso entendimento, a não inclusão de uma matéria no rol dos temas que não se submetem à arbitragem não afasta a necessidade da análise da disponibilidade do direito envolvido, uma vez que é a Lei n. 9.307/96 faz essa limitação.

Também no procedimento de nº 24957/GSS/PFF²⁴ perante a CCI tal linha de raciocínio foi utilizada. Estava ali em discussão argumento preliminar da ANTT, no sentido de que o contrato continha previsão específica de que eventual reequilíbrio econômico-financeiro deveria ser objeto de pedido administrativo. Assim, na ausência de referido pleito administrativo, estaria havendo descumprimento de cláusula contratual e não estaria configurado o litígio entre as partes, o que levaria à falta de interesse de agir da requerente concessionária. No entanto, o tribunal arbitral (que contou com divergência), ao decidir quanto a esse argumento,

23 A cláusula arbitral assim versava: “19.3 Exceção feita ao disposto na subcláusula 49.4 abaixo, as controvérsias que vierem a surgir entre a SAAE, a CONCESSIONÁRIA e o MUNICÍPIO e/ou a AGRU durante a execução deste CONTRATO serão submetidas à arbitragem perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP”.

24 Para conferir a Ordem Processual nº 4 na íntegra, acesse: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy_of_CASOMS VIA ICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf>. Acesso em 20.08.2022.

não considerou os demais termos do contrato, concentrando-se na redação da cláusula arbitral e apontando para o fato de que esta não fazia qualquer referência à necessidade de pleito administrativo prévio como condição para a instauração da arbitragem:

Atendo-se aos fatos do Contrato de Concessão objeto desta demanda, fosse o contrato contemporâneo à lei invocada e fosse a intenção da ANTT condicionar a instauração da arbitragem, teria ela refletido essa condição na cláusula arbitral, nos termos do §1º do próprio art. 31 da Lei 13.448. (grifo nosso).

Pelo que se verifica, os árbitros concentraram-se na redação da cláusula de arbitragem, entendendo que eventuais condicionantes deveriam estar ali inseridas, independentemente de constarem de outros dispositivos do contrato ou da própria lei, como é o caso, da Lei n. 13.848/2019, a chamada “lei das agências reguladoras”, que disciplina alterações contratuais de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços, como a forma e requisitos de pleitos das empresas reguladas.

Essa concentração da análise da arbitrabilidade apenas considerando os termos redigidos na cláusula arbitral deve, em nosso entendimento, ser olhado com ressalvas, pois pode desconsiderar questões de inarbitrabilidade em razão da indisponibilidade do direito envolvido ou questões contratuais, legais ou regulamentares que também devem ser objeto de análise em uma arbitragem de direito.

4.3. Outros Aspectos

Há, ainda, outros aspectos das cláusulas de arbitragem em relação aos quais se verifica uma evolução, decorrente da intensificação de seu uso nos novos projetos colocados em licitação.

Na esfera federal pode se constatar que há uma busca pela uniformização das convenções arbitrais, ao menos no âmbito das agências reguladoras. O texto a ser utilizado nos contratos é submetido – juntamente com os demais documentos relacionados à contratação que se pretende licitar – a consulta pública no qual diversos institutos especializados tomam parte, gerando um aperfeiçoamento da redação e aderência ao que é esperado pelo mercado. É o caso, exemplificativamente, da Consulta Pública 003/2020, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC, 2020), lançada previamente à última rodada de concessão de aeroportos.

No Estado de São Paulo uma interessante evolução²⁵ foi a inclusão de item que impõe ao tribunal arbitral a obrigação de observar, quando de sua tomada de decisão, quaisquer decisões judiciais que, nos termos da legislação brasileira vigente, possuam eficácia vinculante e imponham sua observância pelos órgãos do Poder Judiciário.

A inserção de tal comando aos árbitros afasta quaisquer dúvidas sobre a obrigação ou não em acatar a jurisprudência vinculante dos tribunais estatais em suas decisões, o que traz maior segurança jurídica às partes.

Uma outra modificação identificada nas cláusulas utilizadas pelo Estado de São Paulo conta no projeto de concessão do Parque da Cantareira²⁶, e consiste na inserção da possibilidade franqueada à Concessionária de escolher entre arbitragem ou poder judiciário para a solução de controvérsias relativas à aplicação de penalidades contratuais ou sobre a correção de critérios adotados pelo Poder Concedente para a dosimetria da pena. Como se vê, trata-se de uma escolha conferida à concessionária, que não poderá ser obstada pelo ente público. Nos parece que o objetivo almejado pela cláusula seria permitir a via judicial para causas de menor valor. Será importante verificar, ao longo da execução do referido contrato, qual o padrão de escolha efetuado pela concessionária.

Também a rescisão via processo arbitral recebeu referência específica no contrato mencionado, afastando eventuais dúvidas quanto à viabilidade em se valer da arbitragem para essa forma de extinção do contrato.

Um último aspecto a ser considerado é o tratamento que a convenção de arbitragem dá às custas relativas ao procedimento arbitral. Há praticamente uma unanimidade nas redações constantes dos contratos colocados em licitação atribuindo o ônus à parte privada em antecipar os valores devidos à instituição de arbitragem responsável por administrar o procedimento. Essa metodologia, inclusive, tem amparo nos textos legais que disciplinam o uso da cláusula de arbitragem pelos entes públicos, como na União, Estado de Minas Gerais e Município de São Paulo²⁷, apenas para citar alguns.

25 Por exemplo, no Contrato de concessão 002/2021, que trata da concessão das linhas 8 e 9 da CPTM (já contratado), o contrato do Rodoanel Norte (licitação suspensa) e a minuta do contrato de concessão do “Sistema de Travessias Litorâneas”, edital publicado em nov/2021, e atualmente suspenso para revisão da modelagem, todos eles disponíveis no site www.parcerias.sp.gov.br.

26 Vide a cláusula 59.1.1, no contrato que está disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/132>>. Acesso em 22 ago.2022.

27 Decreto federal 10.025/2019 (art. 9º), a Lei estadual 19.477/2011 (art. 11) e o Decreto municipal 59.963/2020 (art. 8º § 3º), respectivamente.

Os decretos estaduais do Rio de Janeiro²⁸ e de São Paulo²⁹ divergem dessa regra que parece ter sido adotada pelos demais entes, ao estabelecer que as despesas serão adiantadas pelo contratado apenas quando este for o requerente da arbitragem, do que se compreende que a antecipação das custas pelo privado não ocorrerá quando o ente público contratante iniciar o procedimento. Na prática, no entanto, os contratos recentes³⁰ do Estado de São Paulo têm desconsiderado o decreto regulamentador e aplicado a regra da lei estadual de prorrogação e relicitação de contratos de parceria³¹, mesmo quando esta não é cabível ao caso concreto, para atribuir o ônus de antecipar as despesas ao parceiro privado, independentemente de qual for a parte requerente.

5. CONCLUSÃO

O acompanhamento das minutas dos contratos dos projetos de concessão postos em licitação demonstra que a redação da convenção de arbitragem utilizada pelos entes públicos tem evoluído de maneira significativa. À parte de uma ou outra questão, as cláusulas têm redação completa e reúnem todos os elementos necessários para a instauração de um procedimento arbitral. Embora não haja uma uniformização, é patente que cada ente público observa um parâmetro, seja na indicação das câmaras aptas a administrar o procedimento, seja na identificação do que se entende por interesse patrimonial indisponível. A transcrição de tais matérias, no entanto, não afasta o dever dos árbitros em verificar a arbitrabilidade objetiva de cada matéria posta em discussão, não apenas considerando a redação da cláusula arbitral, mas as demais disposições contratuais e a legislação aplicável ao contrato. Tal dever se coaduna com o conceito de arbitragem de direito, que norteia os procedimentos envolvendo a administração pública.

6. REFERÊNCIAS

ANAC, Agência Nacional de Aviação. *03 – Consulta Pública nº 03/2020*. Publicado em 18 dez 2020. Página inicial. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/>

28 Decreto estadual 46.245/2018 (art. 9º).

29 Decreto estadual 64.356/2019 (art. 4º § 1º, 5).

30 Como por exemplo, as minutas dos contratos de concessão para a Rodovia Rodoanel Norte e do Sistema de Travessias Litorâneas, ambos os projetos em licitação, disponíveis em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Portfolio#>>. Acesso em 20.09.2022.

31 Lei estadual 16.933/2019 (art. 18 § 2º).

paginas-tematicas/concessoes/andamento/consulta-publica-no-03-2020. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 184, p. 9, 23 de set. de 2019. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/09/2019&jornal=515&pagina=9&totalArquivos=113>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRG) ao MS 11.308/DF (2005/0212763-0)*. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF. 28 de junho de 2006. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança (MS) 11308/DF*. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF. 09 de abril de 2008. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. [Lei de Arbitragem]. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, n. 186, p. 18897, 24 de setembro de 1996. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=24/09/1996>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 252, p. 6, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=6&data=31/12/2004>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019*. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 94, seção 1, p. 22, 17 maio 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>. Acesso em: 26 set. 2022.

CCI – Corte Internacional do Comércio. Procedimento Arbitral nº 24957/GSS/PFF. *Ordem Processual nº 4*. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy_of_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf. Acesso em 26.09.2022.

CIESP FIESP. Procedimento Arbitral nº 611. *Sentença Arbitral Parcial*. Requerente: Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S.A. Requeridos: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e Município de Guarulhos – SP. Guarulhos, São Paulo. 19 fev. 2021. Disponível em: https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf. Acesso em: 26. Set. 2022.

GRAU, Eros. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusulas compromissória. Wald, Arnaldo (coord.) *Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Editora RT, Ano 5, outubro – dezembro de 2002

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. 1a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.) *Curso de Arbitragem*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 61-118.

TONIN, Maurício Moraes. Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 59, Jul-Set/2018, p.61-79.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em 10/10/2022

REGRAS ESPECIAIS DE
ARBITRABILIDADE OBJETIVA
DE LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI DE
CONCESSÕES E NA LEI DE PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS

*SPECIAL STATUTORY RULES ON OBJECTIVE
ARBITRABILITY FOR DISPUTES ARISING OUT OF
CONCESSION OR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
AGREEMENTS*

Fernando Couto Garcia

*Procurador do Município de Belo Horizonte; Mestre e Doutor em Direito do Estado
pela Universidade de São Paulo*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Possibilidade de compromisso arbitral. 3. Conflitos e disputas decorrentes do contrato de concessão. 4. Conflitos e disputas relacionados ao contrato de concessão. 5. Ainda o critério da disponibilidade. 6. A arbitragem em contratos de concessão não é arbitragem especial. 7. Conclusão. 8. Referências.

RESUMO: Os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa, regidos pela Lei nº 8.987/1995 ou pela Lei nº 11.079/2003, incluídos os que versam sobre a legalidade ou a interpretação de atos de entidade reguladora independente, devem ser considerados arbitráveis independentemente da disponibilidade do direito discutido. Contudo, ainda que este critério geral de caracterização da arbitrabilidade objetiva – a disponibilidade do direito – seja considerado aplicável, tais litígios devem ser considerados arbitráveis em razão de sua solução não estar sujeita a reserva de jurisdição, ou seja, considerando que eles podem ser diretamente solucionados pelas partes sem necessária intervenção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Serviço público. Contrato Administrativo. Concessão. Parceria Público-Privada. Litígio.

ABSTRACT: Disputes arising out of or related to common, sponsored or administrative concession agreements governed by Law No. 8,987 / 1995 or Law No. 11,079 / 2003, including those dealing with the lawfulness, legality or interpretation of independent agency regulations, shall be considered arbitrable regardless of the free disposition of the right discussed. However, even if this general account of objective arbitrability (the free disposition of the right) is considered appropriate, such disputes should be considered arbitrable because adjudication is not the only possible solution for them, that is, they can be directly settled by the parties despite the lack of judicial intervention.

KEYWORDS: Arbitration. Public Utilities. Government Contracts. Concession. Public-Private Partnership. Litigation.

1. INTRODUÇÃO

Ao introduzir na Lei nº 9.307/1996 dispositivo (novo § 1º do art. 1º) que admite expressamente a arbitragem de litígios que envolvem a Administração Pública, a Lei nº 13.129/2015 reafirmou a incidência do critério geral de definição da arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, restringindo-a aos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 assumiu, portanto, a função de norma autorizativa geral de submissão à arbitragem de litígios ou conflitos que envolvem a Administração Pública. No entanto, sobrevivem em diplomas legais específicos outras normas autorizativas, com conteúdos específicos, o que torna necessário avaliar a relação da nova norma geral com tais normas especiais.

É viável cogitar inclusive de situações em que a nova norma geral facilite a releitura de normas especiais que se caracterizam por certa timidez na definição dos litígios arbitráveis, tal como ocorreu na legislação portuária, que se refere apenas a “inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq” (art. 62 da Lei nº 12.815/2013). Diante do atual quadro normativo sobre o tema, não se justifica a interpretação a contrario sensu do dispositivo acima transcrito, que prevê apenas uma entre várias hipóteses de litígios objetivamente arbitráveis em contratos de arrendamento portuário.

Neste trabalho, no entanto, o tema central não será a análise casuística da legislação setorial, mas sim as disposições legais aplicáveis, a princípio, a contratos de concessão – comum, patrocinada ou administrativa – de quaisquer segmentos econômicos, ou seja, o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003.

Os dois dispositivos citados permitem que os contratos de concessão estabeleçam a submissão de “disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato” (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995) e de “conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003) à arbitragem, exigindo que esta ocorra no Brasil e em língua portuguesa.

Antes do advento da Lei nº 13.129/2015, Carlos Alberto de Salles sustentou que estes dois dispositivos legais se afastaram da disponibilidade do direito pleiteado como critério para definição da arbitrabilidade do litígio (SALLES 2011, p. 218-219)¹:

1 O autor volta a abordar o tema nas p. 287 e 303 da mesma obra.

De maneira geral, o presente trabalho sustenta a irrelevância da chamada arbitralidade objetiva para fins de admissão da arbitragem em contratos administrativos. Sendo necessária autorização administrativa [rectius: legislativa] para a Administração poder-se valer da arbitragem em relação a seus contratos – autorização efetivamente existente em nosso sistema jurídico – a questão da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos resta inteiramente superada.

Com efeito, diante da existência de lei autorizando a arbitragem, o juízo quanto à adequação jurídica deste instrumento já está estabelecido pelo legislador, independentemente seu emprego de qualquer investigação quanto à natureza dos bens envolvidos.

Considerando que a norma geral não revoga a norma especial (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o entendimento de Salles é compatível com o advento da reforma introduzida pela Lei 13.129/2015.

Por outro lado, comentando a Lei nº 11.079/2003 mas em lição aparentemente aplicável à Lei nº 8.987/1995, Eduardo Talamini, também antes da reforma legislativa de 2015, sustenta interpretação diametralmente oposta (TALAMINI 2005, p. 335):

Porém, os termos genéricos da lei tampouco autorizam afirmar o cabimento da arbitragem em todo e qualquer caso. A simples alusão ao instituto remete à disciplina geral do tema. E no regime geral da arbitragem interessam especialmente três regras a respeito de sua admissibilidade. A primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) e o art. 851 do Código Civil limitam subjetivamente a arbitragem às pessoas capazes de contratar. Os limites objetivos da admissibilidade do processo arbitral são dados pelas regras da segunda parte do art. 1º da Lei 9.307/96 e do art. 852 do Código Civil. A primeira delas refere-se aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A segunda veda a arbitragem para a “solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

No presente artigo, sustenta-se que o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003 estabelecem um critério especial de arbitralidade objetiva que excepciona a restrição do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, de sorte

que, se o litígio, conflito ou disputa² for decorrente ou estiver relacionado ao contrato de concessão – seja comum, patrocinada ou administrativa³ –, não há espaço para discutir sobre o atendimento do requisito da disponibilidade do direito, que é impertinente, ressalvada a hipótese da própria convenção de arbitragem restringir seu escopo com base neste critério⁴, o que é perfeitamente possível tendo em vista que a previsão de arbitragem é uma faculdade, não uma norma obrigatória que deve constar em todos os editais e contratos de concessão.

Os termos genéricos das normas em questão – “decorrentes ou relacionados ao contrato” –, antes de desautorizar, dão fundamento ao entendimento aqui defendido; ainda que genéricos, tais termos são mais claros do que o controverso conceito de disponibilidade de direitos. Não houve simples alusão do legislador ao instituto da arbitragem; houve sim a previsão de que ele pode ser utilizado para dirimir quaisquer conflitos ou disputas que envolvam ou se relacionem ao contrato, sem qualquer referência à sua disponibilidade. Diante destes textos legais, caso se queira evitar a caracterização da relação entre norma especial e norma geral, a única saída é entender que o próprio legislador estipulou como disponíveis todos os direitos decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão.

O art. 31, § 4º, da Lei nº 13.448/2017, que trata de relicitação, e o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 10.025/2019 adotaram esta solução em relação a certos temas neles especificados, possivelmente por não terem considerado a amplitude da regra especial de arbitrabilidade do art. 23-A da Lei de Concessões, até porque a interpretação defendida no presente artigo não é pacífica. Portanto, estes dispositivos não devem ser interpretados como modificações do critério legal, mas como meras soluções pragmáticas no quadro de uma interpretação que não enxerga que as normas da legislação específica se afastaram do critério geral do direito disponível.

2. POSSIBILIDADE DE COMPROMISSO ARBITRAL

A Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2003 tratam da solução de disputas ou conflitos por arbitragem, sem especificar se a convenção de arbitragem deve ser pactuada tão somente por meio de cláusula

2 Não é objeto do artigo diferenciar conflito e disputa, tarefa que não parece ser importante para alcançar as conclusões propostas.

3 A concessão comum é a regida pela Lei nº 8.987/1995. A concessão patrocinada e a concessão administrativa são espécies de parceria público-privada, segundo estabelece o art. 2º da Lei nº 11.079/2003.

4 O que implicaria compressão da arbitrabilidade convencional em relação à arbitrabilidade legal, para usar os conceitos de Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 211-212).

compromissória ou se também é admissível o compromisso arbitral, celebrado após o litígio entre as partes ter emergido.

A necessidade de previsão deste mecanismo de solução de disputas ou conflitos no edital ou no contrato não impede que a Administração Pública opte pela celebração do compromisso após ter conhecimento do objeto do litígio, desde que preveja esta possibilidade no próprio edital ou contrato⁵, conforme explica Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 256):

Dessa maneira, a convenção por compromisso ainda não encontra clara previsão legal de aplicação no âmbito da Administração Pública. No tocante às parcerias público-privadas, está previsto que a arbitragem deverá constar do instrumento convocatório, podendo-se cogitar deste estabelecer – com pouca utilidade prática, ante a maior facilidade no imediato estabelecimento da cláusula junto ao contrato – a hipótese de as partes, na ocorrência eventual e futura de uma disputa contratual, poderem vir a firmar um compromisso de arbitragem.

É possível até mesmo redigir o edital ou contrato de modo a submeter desde logo a arbitragem determinados tipos de controvérsias – ou seja, cláusula compromissória –, reservando outros tipos para futuros compromissos arbitrais a serem firmados apenas quando os contornos e a dimensão econômica do litígio forem conhecidos pelas partes. Esta foi a opção inicialmente tomada no âmbito da legislação portuária, como se vê no art. 6º, § 2º, II, do hoje revogado Decreto nº 8.465/2015:

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

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

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

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

5 A distinção entre a previsão no edital – mencionado no art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003 – ou no contrato de concessão – mencionado no art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 é irrelevante, já que a minuta do contrato que será assinado após a licitação é obrigatoriamente um dos anexos do edital (art. 40, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993, art. 18, VI, da Lei nº 14.133/2021 e art. 18, XIV, da própria Lei nº 8.987/1995).

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

Resta saber se, diante da ausência de previsão editalícia, é viável a posterior celebração de compromisso arbitral⁶, ainda que com base na norma geral permissiva da arbitragem que envolve a Administração Pública (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996). Esta possibilidade já fora admitida expressamente pela legislação do setor portuário, mais especificamente pelo § 3º do mesmo art. 6º acima transcrito. O dispositivo tinha a seguinte redação:

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

Esta norma foi ampliada para todo o setor de transportes pelo art. 6º, § 2º, do Decreto nº 10.025/2019.

No mesmo sentido dispõe o art. 3º, § 2º, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro:

§ 2º - Independentemente de previsão no contrato ou no edital de licitação, as partes poderão firmar compromisso arbitral para submeter as divergências à arbitragem no momento de surgimento do litígio, respeitados os critérios objetivos deste artigo e as demais disposições do presente Decreto.

Eduardo Talamini justifica esta possibilidade nos seguintes termos (TALAMINI 2005, p. 351):

Mas se a arbitragem não for prevista no edital (e conseqüentemente também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui em

6 Há posições doutrinárias em sentido contrário (SALLES 2011, p. 111) (OLIVEIRA 2007, p. 44), mas são anteriores ao advento da Lei nº 14.133/2021, que permitiu o aditamento de contratos administrativos para tal finalidade (art. 153).

si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos - razão pela qual é dispensável sua previsão em edital.

A justificativa é precisa. Ainda que seja desejável a previsão editalícia prévia, a mera potencialidade de submissão futura de um litígio à arbitragem, dependente de consenso entre as partes, não parece ser suficiente para afetar a elaboração das propostas dos proponentes na licitação e nem sua concretização em compromisso arbitral pode ser considerada uma vantagem oculta ou secreta para o contratado, tendo em vista que: a) a rápida solução de litígios interessa, em tese, a ambas as partes e pode ser fundamental para que a própria Administração Pública receba com maior rapidez determinado crédito ou tenha seus argumentos ponderados por árbitros experientes em certo assunto, de sorte que não pode ser configurada como vantagem de apenas uma das partes; b) não há como o edital proibir, por exemplo, que a própria Administração Pública voluntariamente reconheça o direito de determinado contratado ao que pretende, possivelmente antes mesmo que ele o pleiteie; não sendo viável proibir a inexistência da controvérsia - inexistência que seria uma vantagem muito superior à adoção de certo meio para solucioná-la -, não há razão para temer seu equacionamento por meio de arbitragem decorrente de compromisso.

Eventuais abusos devem ser apurados e, se for o caso, reprimidos, mas não há como parametrizar de modo inteiramente objetivo o comportamento da Administração Pública em anos e por vezes décadas de execução contratual. É o que destaca, talvez até com certo exagero retórico, Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, 2016, p. 86):

E, a não ser que se esteja diante de profetas ou astrólogos (cargos ainda não criados na Administração brasileira), não existe algo que possa ser chamado de “previsibilidade” em contratos com 35 anos de duração - os quais são naturalmente incompletos.

O binômio previsto/imprevisto traz consigo uma carga extraordinária de subjetividade (ausente no mundo dos fatos). O que existe é um conjunto de circunstâncias objetivas - que constituem a base objetiva do negócio, a ser objetivamente examinada no curso da execução contratual.

Evidentemente, isto não afasta a necessidade de transparência e adequada fundamentação que anteceda a celebração do compromisso

arbitral, que também são necessárias se este estiver previsto no edital. É o que destaca, com acerto, Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 113):

De toda maneira, se relativamente à cláusula arbitral a preocupação central deve ser a manutenção da igualdade e competitividade do certame licitatório, no tocante ao compromisso, o elemento de maior importância deveria ser o próprio processo decisório de seu estabelecimento, com especial destaque à motivação do ato administrativo justificador da formação da convenção de arbitragem, a fim de ficar patenteado o interesse da Administração em sua utilização.

Apesar de juridicamente possível, a celebração de compromisso arbitral sem prévio amparo em previsão do edital ou do contrato assinado em conformidade com a minuta que constituiu anexo do próprio edital implica importante consequência jurídica em relação à arbitrabilidade objetiva do litígio. Por não estar prevista na Lei nº 8.987/1995 nem na Lei nº 11.079/2003, esta modalidade de pactuação da arbitragem encontra amparo legal na permissão subsidiária do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e do art. 153 da Lei nº 14.133/2021 e, como tal, precisa atender ao requisito de arbitrabilidade decorrente deste regime geral: envolver direito patrimonial disponível. Portanto, nesta situação específica, a depender do conceito de disponibilidade adotado⁷, alguns litígios que seriam arbitráveis se houvesse a previsão editalícia original podem deixar de sê-lo.

3. CONFLITOS E DISPUTAS DECORRENTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Os conflitos decorrentes do contrato de concessão são todos aqueles que envolvem sua execução, abrangendo interpretação de fatos, cláusulas contratuais e da legislação aplicável.

Eventual inadimplemento das obrigações de qualquer das partes, descumprimento de deveres laterais e controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais são bons exemplos de temas de conflitos decorrentes do contrato de concessão.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato também é tema decorrente do contrato de concessão, pouco importando, em termos jurídicos, o grau de repercussão midiática e social de eventual revisão ou reajuste de tarifas inerentes à concessão ou de adiamentos de investimentos

7 Para uma crítica à insegurança gerada pela utilização do critério da disponibilidade, sugerindo sua substituição pela patrimonialidade adotada no ordenamento jurídico suíço, entre outros, crítica que acabou vitoriosa em Portugal: (CAMELO 2013, p. 278-281).

contratualmente previstos (como a duplicação do trecho de uma rodovia, por exemplo).

A declaração de caducidade da concessão – equivalente a uma rescisão por culpa do concessionário – também é decorrente do contrato de concessão (já que é impossível declarar a caducidade sem prévio contrato), sendo arbitráveis os litígios que a envolvam, tanto em relação a eventual direito à indenização por investimentos não amortizados, por exemplo, quanto à legalidade da própria caducidade, que pode ser anulada pelos árbitros se não observar seus requisitos legais, tanto formais quanto materiais.

O mesmo raciocínio vale para a encampação que, a despeito de não depender da prática de ilícito contratual pelo concessionário (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), é um poder contratual, que inexistiria se não houvesse contrato. Portanto, se a indenização prévia – que é requisito legal para a encampação – for considerada insuficiente pelo concessionário, a arbitragem pode dirimir o conflito e eventualmente anular a encampação, o que não caracteriza negativa ou renúncia ao poder do concedente retomar unilateralmente o serviço, mas sim exigência de que este poder seja exercido nos termos da lei e do contrato⁸. O raciocínio é aplicável também à intervenção do concedente no concessionário, que o legislador reconhece explicitamente que pode ser declarada nula se não observar “os pressupostos legais e regulamentares” (art. 33, § 1º, da Lei nº 8.987/1995).

A alteração unilateral do contrato pelo poder concedente também é arbitrável, uma vez que só se altera o que foi previamente contratado, de modo que ela também é decorrente do contrato.

Pouco importa que alguns destes atos sejam frequentemente enquadrados pela doutrina ou pela jurisprudência como exercício de poderes de império ou cláusulas exorbitantes. A legislação brasileira, ao tratar da arbitrabilidade, não excluiu atos de império, aplicação de cláusulas exorbitantes ou tutela de interesses públicos supostamente primários. No silêncio da lei e da convenção de arbitragem, não se pode pretender importar, por exemplo, a disposição do art. 3º da Ley de Arbitraje Comercial (nº 36.430 de 1998) da Venezuela:

Artigo 3º. Poderão se submeter a arbitragem as controvérsias suscetíveis de transação que surjam entre pessoas capazes de transigir. Ficam excepcionadas as controvérsias: (...) b) diretamente concernentes às

⁸ No mesmo sentido, mas com base em argumentos distintos: (PEREIRA 2006, p. 116).

atribuições ou funções de império do Estado ou de pessoas ou entidades de Direito Público.⁹

A circunstância de alguns destes atos serem tradicionalmente considerados como prerrogativas da Administração Pública não interfere na arbitrabilidade, mas é questão de mérito¹⁰ a ser julgada pelo árbitro¹¹. Em outras palavras, na hipótese de arguição, pelo concessionário, de ilegalidade de algum destes atos, poderá ser deduzida pelo poder concedente, como matéria de defesa, sua discricionariedade na prática do ato e, portanto, sua insindicabilidade pelo órgão jurisdicional, seja ele judiciário ou arbitral¹².

A hipótese não difere substancialmente da alegação, pelo locador particular, de prerrogativa contratual de denúncia vazia (art. 6º da Lei nº 8.245/1991), por exemplo. Se, em uma demanda arbitral envolvendo o exercício desta prerrogativa, o locador requerido alega dispor do poder legal e contratual de rescindir este contrato sem indicar o motivo, caberá aos árbitros decidir se está presente a hipótese de incidência desta faculdade e se ela foi exercitada na forma da lei; caso a resposta seja positiva, certamente os árbitros reconhecerão a prerrogativa do locador, o que não tem qualquer interferência na arbitrabilidade do litígio.

O poder de alteração unilateral do contrato também não é desconhecido no Direito Privado, sendo descabido tratá-lo como “exorbitante”, conforme explica Fernando Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA 2012, p. 333-335, com grifos do autor):

9 Tradução livre. No original, o texto é o seguinte: “Artículo 3º. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: (...) b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”.

10 A equivocidade do termo “mérito” inspira cuidados na interpretação da assertiva. Saber se determinado ato administrativo decorrente de um contrato de concessão envolve elementos de mérito administrativo, sendo portanto discricionário e insindicável, é questão concernente ao mérito do processo, seja ele judicial ou arbitral.

11 Em sentido contrário, equiparando a insindicabilidade de determinados atos do Poder Público à inarbitrabilidade: (SALLES 2001, p. 260-261).

12 É descabido qualquer preconceito em relação à suposta disposição de árbitros invadirem espaço decisório reservado pela Constituição e pela lei à Administração Pública. Aliás, quanto a este ponto ressoam as palavras de Thiago Luis Sombra: “Caberá aos atores estatais e à sociedade definir a identidade e os contornos da arbitragem com a Administração Pública, em contraste ao modelo de superego vivenciado pelo Poder Judiciário. O árbitro, além da obrigatória imparcialidade e confiabilidade, não deve estar acima das questões a ele submetidas, como se verifica, não raras vezes, no voluntarismo judicial. O árbitro há de ser o anverso do arbítrio neste cenário de crenças e mitos mal contados e reiteradamente repetidos. As portas que ora se abrem à Administração Pública na via arbitral requerem maturidade institucional, política e gerencial, visto que poderão ensejar várias mudanças de paradigma nos gestores públicos e nos órgãos de controle/fiscalização, mas em especial no próprio Poder Judiciário com a alternância do protagonismo.” (SOMBRA 2017, p. 72).

Mesmo em contratos privados, ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem *privados*, ou não, os interesses, mas sim das circunstâncias que envolvem aquele determinado *objeto* contratual – circunstâncias estas que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto, leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*.

Diversos exemplos neste sentido podem ser extraídos, no Brasil, do Código Civil.

Assim, um contrato que, pela *natureza de seu objeto*, tipicamente inclui regras de mutabilidade em seu regime é o de *empreitada*. Tem o dono da obra o direito de suspendê-la, pagando ao empreiteiro os serviços já feitos, bem como indenizando-o pelos ganhos que teria se concluída a obra (art. 623), ou mesmo respondendo por perdas e danos de modo mais abrangente se destituída de justa causa a suspensão (art. 624). Tem, a seu turno, o empreiteiro o direito de suspender a obra por certas causas, dentre as quais “dificuldades imprevisíveis de execução” (art. 625). Também se tem como normal no regime jurídico da empreitada que sejam introduzidas modificações no projeto (art. 619). E mesmo há regras que seguem lógica similar à do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 619, parágrafo único; art. 620).

[...]

Há outros casos em que a evidente *preponderância de interesse de uma das partes* na execução do objeto contratual leva a que tenha determinados poderes de caráter unilateral. Isso se passa na *comissão*, em que o comitente pode, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário (art. 704) e mesmo encerrar o contrato, não sem remunerar e indenizar o comissário (art. 705). É também o caso do *mandato*, que pode ser unilateralmente revogado pelo mandante (art. 682, I, com as ressalvas e exceções previstas nos arts. 684 a 689), ainda que eventualmente mediante indenização, caso haja “cláusula de irrevogabilidade” (art. 683). Ou ainda o caso do *transporte de pessoas*, em que o passageiro, em certas condições, pode rescindir unilateralmente o contrato, tendo o direito a ver restituído o valor da passagem, eventualmente descontado o valor de uma multa (art. 740 e §§).

[...]

Em suma, o que quer sustentar é que, seja em face de interesses públicos, seja em face de interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o *objeto* da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão.

Vale notar que não há qualquer controvérsia sobre a arbitrabilidade de conflitos envolvendo a aplicação de todos estes poderes de alteração ou extinção unilateral de contratos privados, não havendo razão justificada para que ela exista nos contratos administrativos. Enfim, não se deve confundir arbitrabilidade com a existência de prerrogativas contratuais previstas em lei ou no próprio contrato, cuja licitude e aplicabilidade podem ser debatidas pelas partes e se tornar objeto de decisão jurisdicional, seja ela judicial ou arbitral¹³.

Além de não encontrar amparo na legislação, esta segregação de temas contratuais arbitráveis com base em distinções vagas como ato de gestão e ato de império, cláusula ordinária e cláusula exorbitante, interesse público primário e interesse público secundário, é inconveniente, pois provavelmente levaria a uma multiplicação de demandas e a uma forte insegurança jurídica, o que a utilização da arbitragem visa justamente a combater.

Para percebê-lo, basta projetar o que ocorreria em um contrato de concessão de rodovia em que o poder concedente tenha identificado grave inadimplemento da concessionária, impedindo-a de cobrar o pedágio, multando-a e por fim declarando a caducidade do contrato de concessão. Se o contrato segregasse atos de gestão de atos de império como critério da arbitrabilidade convencional – ou se o intérprete o fizesse com base em interpretação equivocada da lei –, provavelmente teríamos uma arbitragem para julgar os pedidos da concessionária de indenização pela perda de receita e um processo judicial para discutir a validade da declaração da caducidade, sendo que a anulação das multas ficaria em zona cinzenta, podendo ser pleiteada judicialmente ou arbitralmente, seguindo-se provável demanda judicial para discutir a validade da sentença arbitral com base em extrapolação da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei nº 9.307/1996).

13 Em sentido semelhante, no Direito português, a partir do advento do novo CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos: ANDRADE 2008, p. 952-954.

Em um contexto como este, ao invés de demanda judicial longa e de desfecho incerto, as partes passariam a enfrentar uma demanda arbitral sobre o tema controvertido considerado arbitrável, uma demanda judicial sobre o tema controvertido considerado inarbitrável e outra demanda judicial para discutir a extensão da arbitrabilidade adotada na primeira demanda (a arbitral), com alto de risco de decisões contraditórias entre si. É evidente o contrassenso que isto provocaria. Fosse este quadro inevitável, seria melhor excluir a cláusula compromissória do contrato de concessão e deixar que todos os litígios fossem resolvidos pelo Poder Judiciário.

4. CONFLITOS E DISPUTAS RELACIONADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO

O art. 23-A da Lei de Concessões e o art. 11, III, da Lei de Parcerias público-privadas não se limitam a permitir a submissão à arbitragem de disputas ou conflitos decorrentes do contrato, mas incluem também aqueles que podem ser considerados relacionados a este.

Assim, são arbitráveis, por exemplo, as controvérsias que digam respeito à nulidade do próprio contrato, salvo se envolverem terceiros que não subscreveram a convenção de arbitragem, hipótese que envolve arbitrabilidade subjetiva, e não objetiva.

Além disso, são arbitráveis controvérsias sobre atos extracontratuais relacionados ao contrato, como as decorrentes da aplicação de penalidades administrativas e as controvérsias sobre a legalidade e a interpretação de atos de entidade reguladora¹⁴.

A rigor, as penalidades administrativas poderiam ser consideradas até mesmo tema “decorrente” do contrato, pois, a despeito do art. 23, VIII, da Lei nº 8.987/1995 distinguir entre “penalidades contratuais e administrativas”, ele também estabelece que o contrato disporá sobre ambas. No entanto, para evitar dúvidas desnecessárias sobre seu enquadramento, é mais racional – em termos pragmáticos – considerá-las apenas “relacionadas”

14 Eventualmente, a depender de especificidades do setor regulado e da divisão de competências entre entidade concedente e reguladora, esta questão pode envolver problemas de litisconsórcio e arbitrabilidade subjetiva (entendida de modo amplo, envolvendo não apenas a aptidão de ser parte em convenção de arbitragem, mas a efetiva condição de parte, ou seja, arbitrabilidade subjetiva convencional, não apenas legal), que escapam do objeto deste trabalho.

à concessão, o que já basta para configurar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos que as envolvam¹⁵.

A regulação da atividade exercida pelo concessionário por uma entidade reguladora independente, ainda que não possa ser equiparada *tout court* à atividade de execução contratual, é, sem dúvida, “relacionada ao contrato”, o que implica sua arbitrabilidade objetiva, afastando discussões desnecessárias sobre unilateralidade, indisponibilidade, poder extroverso e poder de império. Aliás, embora sem se valer deste argumento, o Superior Tribunal de Justiça considerou arbitrável controvérsia sobre a validade de regulação da Agência Nacional de Petróleo a respeito de campos de exploração petrolífera no julgamento do Conflito de Competência nº 139.519/RJ pela Primeira Seção em 11 de outubro de 2017; o acórdão foi assim ementado:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

15 Em sentido contrário, distinguindo sanções tipicamente contratuais, como as decorrentes de atraso e inexecução contratual, que seriam arbitráveis, de sanções administrativas, como a declaração de inidoneidade para participar de licitações, que teriam efeitos externos ao contrato e por isso seriam inarbitráveis: (SALES 2011. p. 265-266). A distinção não se sustenta, já que a declaração de inidoneidade também é sanção decorrente do inadimplemento de um contrato (art. 87, IV, da Lei n 8.666/1993). Não será arbitrável, contudo, salvo se for firmado compromisso arbitral específico, a controvérsia sobre a penalidade de impedimento de participar de licitações aplicada em decorrência de comportamento pré-contratual, como deixar de celebrar o contrato ou deixar de apresentar documentação exigida como requisito para tal celebração (art. 7º da Lei nº 10.520/2002, que rege a modalidade de licitação denominada pregão); neste caso, a dificuldade é que o imputado não subscreveu o contrato dotado de cláusula compromissória, não tendo relação com a arbitrabilidade objetiva legal. Também em sentido contrário: OLIVEIRA 2012, p. 106-107.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição

da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

A despeito da ementa acima transcrita sugerir que o tema da arbitrabilidade seria decidido inicialmente pelo tribunal arbitral, cabendo tão somente a revisão judicial a *posteriori*, a análise do voto da relatora para o acórdão, Ministra Regina Helena Costa, à luz dos demais votos, demonstra o contrário. De início, o relatório do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho registra o seguinte:

Afirma-se, ainda, que, em se tratando de direito indisponível a matéria objeto da RD 69/2014, à luz do art. 1.º da Lei 9.307/96, não se submete esta à competência da Justiça Arbitral, conforme teria decidido a Justiça Federal da 2.ª Região.

Como se vê, foi alegada falta de arbitrabilidade objetiva, com base no art. 1º da Lei nº 9.307/1996. O próprio voto vencido do relator original, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rejeitou este argumento, acolhendo outro que não será objeto de consideração por extrapolar o escopo deste trabalho. Lê-se no voto vencido¹⁶:

10. Direito indisponível é aquele que impõe limites à vontade do próprio titular, que se vê privado da sua disposição, seja por expressa previsão em lei, ou por sua natureza inalienável.

11. Salvo melhor juízo, não se vislumbra a indisponibilidade do direito discutido no presente Processo Arbitral. As alterações definidas na RD/ANP 69/2014, analisadas pela Nota Técnica 131/2013/SDP, têm caráter eminentemente patrimonial, não se revelando inalienável ou impossível de se proceder e ajustar de maneira diversa. Tanto é que foi fruto de deliberação da Diretoria da ANP, no uso do poder discricionário.

12. Embora envolva interesse público, que se confundiria com um conceito mais vago de ordem pública, essa questão não deve ser tida como um óbice à aplicação da cláusula compromissória firmada entre a PETROBRAS e a ANP.

13. Com efeito, a consideração como um único Campo dos limites do Parque das Baleias não é medida indisponível ou de caráter indispensável e imprescindível à ordem pública, notadamente pelo fato de que as mudanças incidirão em Contrato de Concessão assinado em agosto de 1998, ou seja, com vigência superior a 15 anos na época do ato impugnado no Juízo Privado (RD/ANP 69/2014), sem que, até então, fosse determinante a adoção das medidas deliberadas na Resolução. Ou seja, passados mais de 15 anos sem que a medida fosse tida como essencial, não há plausibilidade em reconhecê-la agora como imperativa à ordem pública.

14. Nesse ponto, portanto, não há falar em ilegalidade da cláusula compromissória.

16 Convém lembrar que a cláusula compromissória foi inserida em contrato celebrado em 1998, portanto anterior à inserção do art. 23-A no texto da Lei nº 8.987/1995, que foi feita pela Lei nº 11.196/2005, razão pela qual a referência ao critério da disponibilidade não é incompatível com o argumento desenvolvido neste trabalho, ainda que a necessidade de fazê-lo seja discutível à luz da legislação setorial da indústria petrolífera, em especial o art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997, já vigente à época da celebração do contrato.

Por sua vez, a Ministra Regina Helena Costa, no voto condutor do acórdão, registrou que “*Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público.*”

Em outro trecho, reafirma a Ministra Regina Helena Costa:

Com efeito, em meu voto-vista, firmei a distinção e a possível convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público e, concluí no sentido de que o direito patrimonial objeto do contrato de concessão (fls. 44/95e) é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral.

A despeito da fundamentação sucinta, fica claro que o argumento da indisponibilidade da decisão regulatória, que constituiria manifestação do poder de polícia, não impressionou – e nem deveria – o Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou pela disponibilidade do direito em debate e consequentemente pela sua arbitrabilidade objetiva. Por meio do argumento central deste trabalho, chega-se à mesma conclusão e com argumentação mais simples e direta.

Evidentemente, há situações em que o concessionário pode sofrer a aplicação de penalidades administrativas no exercício da atividade objeto do contrato, mas que não guardam qualquer relação com este, hipótese em que a cláusula compromissória não abrangerá eventuais litígios referentes a estas penalidades. Seria o caso, por exemplo, da concessionária de obra pública de estádio que sofresse multa por poluição sonora gerada pela obra, aplicada pela fiscalização ambiental do Estado-membro, que é o próprio poder concedente, ou da concessionária de telecomunicações cujo veículo automotor é multado pela Polícia Rodoviária Federal ao cometer infração de trânsito em rodovia federal. Nestes casos, ainda que a penalidade de multa tenha sido aplicada pela mesma entidade pública que se relaciona com o concessionário – nos exemplos acima, o Estado-membro e a União –, não guarda qualquer conexão com a relação contratual e por isso os litígios a ela referentes não podem ser abrangidos por eventual cláusula compromissória contida no contrato de concessão.

A referência legal a disputas ou conflitos relacionados ao contrato de concessão goza da vantagem de potencialmente abranger litígios resultantes do manejo atípico de poderes administrativos extracontratuais com o objetivo de atingir, por via transversa, efeitos contratualmente vedados ou que só seriam possíveis mediante o atendimento de requisitos diversos. Seria o caso, por exemplo, da desapropriação, pelo poder concedente, das

ações – no sentido societário – da concessionária, com o objetivo de obter seu controle e assim extinguir indiretamente a concessão. Ainda que a ação de desapropriação em si, em circunstâncias usuais, estivesse fora do escopo da convenção de arbitragem¹⁷, o desvio de finalidade demonstra que ela é, em verdade, uma tentativa de exercício transversal de poder contratual e por isso sua legalidade pode ser decidida pelo tribunal arbitral a ser constituído na forma do contrato. A hipótese não é cerebrina, pois uma tentativa de desapropriação nestes moldes já ocorreu em concessões rodoviárias no Estado do Paraná, tendo sido revertida pelo Poder Judiciário¹⁸.

17 Ainda que seja possível arbitragem em desapropriação (art. 10-B do Decreto-lei nº 3.365/1941, acrescentado pela Lei nº 13.867/2019), ela não costuma constar das convenções de arbitragem contidas em contratos administrativos.

18 O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu sobre o tema em acórdão assim ementado: “ADMINISTRATIVO. PROPRIEDADE DE EMPRESA QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE BEM FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO DE BEM DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL POR ATO UNILATERAL DE ENTE ESTADUAL. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO E DO DNIT - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REVOGAÇÃO DA EFICÁCIA DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO Nº 2.462/2004 DO ESTADO DO PARANÁ. MEDIDA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Dispõe a norma do artigo 2º, §3º do Dec - lei nº 3.365/41 (que cuida das desapropriações por utilidade pública) que é vedado aos Estados expropriar ações de empresas afetadas à prestação de serviço federal sem autorização do Presidente da República. 2. Aplica-se analogicamente ao caso *sub judice* a Súmula 157 do Supremo Tribunal Federal no sentido que ‘é necessário prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica’. Exatamente pelo motivo de que o decreto expropriatório é da autoria de Estado é que há necessidade da União figurar na lide porque está posta em decisão as suas prerrogativas na concessão federal. A União é parte legítima *ad causam* porquanto é titular da relação jurídica de direito material controvertida (direito de propriedade e sua delegação da concessão de serviço público federal). 3. O vínculo jurídico, pela circunstância da União ser a proprietária do bem objeto da concessão e a concedente, fará com que os limites subjetivos da coisa julgada recaiam sobre a União, é mais do que suficiente para reformar a decisão *a quo* na parte que a exclui da lide. 4. O DNIT, sucessor do extinto DNER, é parte no convênio de delegação e no contrato ex vi da lei 84, § 2º da Lei 10.233/2001. Compete ao DNIT supervisionar os convênios de delegação, podendo denunciá-los ao verificar o descumprimento de seus objetivos e preceitos. Trata-se do órgão responsável pela administração dos programas de operação, manutenção, conservação das rodovias federais e a supervisão dos convênios delegados. O objeto da lide diz respeito às atribuições legais da autarquia federal. Deve, o mesmo, ser mantido na lide e declarada a competência do juízo da 2ª Vara Federal da Seção judiciária do Distrito Federal para conhecer e julgar a demanda. 5. Presente o *periculum in mora*, portanto, porque a qualquer momento a agravante pode perder o controle acionário da empresa para o Estado do Paraná e seus acionistas poderão ter confiscadas as suas participações na concessionária de serviço público federal. Efetivamente, o governo estadual poderá emitir-se na posse das ações mediante alegação de urgência (dec. N. 2.462/2004, art. 3º, dec.-lei n. 3.365/41, art. 15). 6. Plausível, também, a argumentação para a revogação da eficácia do decreto estadual expropriatório nº 2.462/04 porque o DER já publicou no D.O. do Estado a portaria para dar execução à desapropriação. Ademais, é patente o gravame às esferas jurídico-econômicas das agravantes e da União Federal se ocorrer exaurimento do ato impugnado. 7. A matéria objeto da discussão é exclusivamente jurídica e os fatos são incontroversos. O ordenamento jurídico ampara a pretensão das agravantes. 8. Agravo de instrumento provido para reconhecer a competência do juízo recorrido, suspender a eficácia do decreto expropriatório nº 2.462/2004 e tornar sem nenhum efeito qualquer ato de desapropriação do capital votante da Rodonorte.” (AG 0000839-21.2004.4.01.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ 15/08/2005 PAG 57.)

5. AINDA O CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE

Mesmo que se considere que as normas contidas no art. 23-A da Lei de Concessões e no art. 11, III, da Lei de Parcerias público-privadas não sejam normas especiais em relação ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e ao art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, ou seja, que elas não dispensam nem excepcionam, para fins de caracterização da arbitrabilidade objetiva, a configuração do requisito da disponibilidade do direito controvertido, todos os litígios exemplificados como objetivamente arbitráveis nos itens anteriores deste trabalho continuam a se enquadrar nesta categoria, desde que o requisito da disponibilidade seja corretamente interpretado.

A interpretação que parece mais adequada ao requisito da disponibilidade é de que ele se confunde com as hipóteses de jurisdição necessária, ou seja, aquelas em que, ainda que estejam de acordo, as partes não podem dispensar o concurso judicial, tal como ocorre, por exemplo, no processo penal, nas ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹⁹ e na anulação do casamento. Neste sentido expõe Eduardo Talamini (TALAMINI 2005, p. 340):

É a segunda acepção de indisponibilidade extraível do direito material que ora interessa. Trata-se da impossibilidade, que apenas se põe em determinadas e excepcionais hipóteses, de o sujeito, constatando que não detém razão, curvar-se à pretensão alheia, essa sim fundada, procedente.

Vale dizer, proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição: apenas a esta caberá dizer quem tem razão.

Essa hipótese excepcionalíssima é melhor designada como necessidade da intervenção jurisdicional.

Segundo o citado autor, esta situação não existe em litígios envolvendo a Administração Pública (TALAMINI 2005, p. 342)²⁰:

Nesse ponto, cabe fazer um contraste com determinadas situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente

19 Ainda que a legislação preveja acordos de não persecução civil e penal, sua eficácia depende de homologação judicial, o que mostra que subsiste a reserva de jurisdição (art. 17-B, § 1º, III, da Lei nº 8.429/1992, acrescentado pela Lei nº 14.230/2021 e art. 28-A, §§ 4º a 8º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019).

20 No mesmo sentido: (PEREIRA 2006, p. 116) e (SALLES 2011, p. 93-94 e 104).

indispensável. O exemplo normalmente lembrado é o da persecução penal.

Vigora o princípio da necessidade do processo penal. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto. O mesmo se passa no âmbito civil, com determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial, o divórcio ou mesmo a falência e a insolvência. Em todos esses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido.

Em regra, nas relações da Fazenda Pública isso não acontece. Vale dizer: a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, não são necessárias no âmbito das relações de direito público. Os direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em sentido semelhante em ao menos um precedente, embora não se possa qualificar esta interpretação como pacificada. Trata-se do Recurso Especial nº 904.813/PR, julgado pela Terceira Turma em 20 de outubro de 2011, relatado pela Ministro Nancy Andrighi e assim ementado, no que interessa ao presente debate:

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 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 provido.

Esta interpretação, embora construída há mais de dez anos, se fortaleceu significativamente diante do advento da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), cujo art. 3º fez expressa menção a direitos indisponíveis, porém transacionáveis, locução aparentemente contraditória cujo único sentido parece ser o de direitos objeto de transações que devem ser obrigatoriamente homologadas pelo Poder Judiciário, como ocorre com a guarda de filhos menores e, no âmbito criminal, com acordos de delação premiada e de não persecução penal. Assim, neste dispositivo a expressão “direitos indisponíveis” foi utilizada no sentido de direitos cujo exercício depende necessariamente de ato judicial, o que fortalece bastante a interpretação acima descrita para o art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e para o art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021.

Adotada esta leitura para a locução “direitos patrimoniais disponíveis”, todos os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão – comum, patrocinada ou administrativa – serão objetivamente arbitráveis,

já que mesmo o exercício de autoridade no âmbito destes contratos não depende de ato judicial, não constituindo hipótese de indisponibilidade no sentido de jurisdição necessária.

6. A ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE CONCESSÃO NÃO É ARBITRAGEM ESPECIAL

Analisando a relação entre a Administração Pública e a arbitragem, Antonio Briguglio constrói interessante tipologia de situações (BRIGUGLIO 2003, p. 83-84): a) proibição da arbitragem em litígios que envolvem a Administração Pública; b) permissão incondicionada da utilização da arbitragem nas referidas controvérsias; c) arbitragem obrigatória em certos temas; d) *arbitrato da legge*, ou seja, facultativo na sua adoção pelas partes, mas regulado previamente pela lei, por vezes de modo bastante detalhado, em relação ao modo como deve se dar o procedimento.

Em qual destes tipos se enquadra a arbitragem em contratos de concessão no ordenamento jurídico brasileiro?

A meu ver, no tipo da letra b, uma vez que a inserção da cláusula compromissória nos editais é facultativa, de modo que não há criação de uma espécie de justiça especial que retire por completo da apreciação judicial uma classe de temas, e, por outro lado, não há regulação detalhada nem exaustiva do procedimento a ser adotado, limitando-se o legislador a estabelecer a língua da arbitragem e o local onde ela deve ocorrer, o que mantém a ampla flexibilidade procedimental que caracteriza a arbitragem e que é uma das razões para sua adoção para solução de litígios de alta complexidade.

Assim, os litígios em contratos de concessão contam com regra especial de arbitrabilidade objetiva, mas não constituem uma arbitragem especial no sentido de procedimento especial e discrepante da arbitragem considerada como um todo, tal como regulada na Lei nº 9.307/1996.

7. CONCLUSÃO

Os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa, regidos pela Lei nº 8.987/1995 ou pela Lei nº 11.079/2003, devem ser considerados arbitráveis independentemente da caracterização da disponibilidade do direito discutido. Contudo, ainda que este critério geral de caracterização da arbitrabilidade objetiva – a disponibilidade do direito – seja considerado aplicável, tais litígios devem ser considerados arbitráveis em razão de sua solução não estar sujeita a

reserva de jurisdição, ou seja, considerando que eles poderiam ter sido diretamente solucionados pelas partes sem necessária intervenção judicial.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, José Robin de. Arbitragem e contratos públicos. In: CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: 2008, p. 943-966.

BRIGUGLIO, Antonio. Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno LVII, n. 1, p. 81-107, mar./2003.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. In: *Temas de Direito da arbitragem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 255-290.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: _____. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-88.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada*. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, n. 12, p. 29-58, jan./mar. 2007.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública: comentário ao acórdão do STJ no Resp nº 612.439/RS («Caso AES Uruguaiana»). *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 106-120, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SOMBRA, Thiago Luis. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 54, p. 54-72, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e pareceria público-privada (PPP). In: ____; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 333-358.

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

ARBITRAGEM E REGULAÇÃO: LIMITES À ARBITRABILIDADE OBJETIVA ENVOLVENDO AS AGENCIAS REGULADORAS

*ARBITRATION AND REGULATION: LIMITS TO OBJECTIVE
ARBITRABILITY INVOLVING REGULATORY AGENCIES*

Gustavo Carneiro de Albuquerque

Procurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Mestrando em Economia no IDP. Especialista em Controle de Regulação de Infraestrutura – ISC-TCU e Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Mackenzie.

Fernando Barbosa Bastos Costa

Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Procurador Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Concorrencial para Fundação Getúlio Vargas, FGV Law. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução normativa do tema: Arbitragem e Agências Reguladoras Federais. 3. Arbitrabilidade objetiva: limites regulatórios à atuação dos árbitros ou técnica de julgamento?. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: A evolução da arbitragem envolvendo a Administração Pública, e especialmente as Agências Reguladoras, passou por um período em que a principal questão era a arbitrabilidade subjetiva. Após a criação das Agências Reguladoras Federais e as modificações na legislação federal de contratos e concessões, seguida da alteração da Lei de Arbitragem, a arbitrabilidade subjetiva deixa de ser o principal tema de reflexão e cede espaço para o debate sobre a arbitrabilidade objetiva. Nessa perspectiva, fundamental o confronto das previsões legais sobre arbitragem em direitos patrimoniais disponíveis e a matéria regulatória que decorre do poder normativo das Agências. A par de se explorar os meios clássicos dos administrativistas para enfrentamento do tema, pretende-se avançar sobre os limites da arbitrabilidade objetiva em matéria regulatória, e responder ao questionamento se seriam esses temas impassíveis de arbitragem, ou bastaria que fossem respeitadas pelos tribunais arbitrais as competências normativas legalmente atribuídas aos reguladores, constituindo a deferência verdadeira técnica de julgamento e não causa de exclusão do litígio do ambiente arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Agências Reguladoras. Arbitrabilidade Objetiva. Limites ou Técnica de Julgamento. Regulação.

ABSTRACT: The evolution of arbitration involving the Public Administration, and especially the Regulatory Agencies, goes through a period in which the main issue was subjective arbitrability. After the creation of the Federal Regulatory Agencies and the changes in the federal legislation on contracts and concessions, followed by the amendment of the Arbitration Law, subjective arbitrability is no longer the main topic of reflection and gives way to the debate on objective arbitrability. From this perspective, it is essential to compare the legal provisions on arbitration in available property rights and the regulatory matter that arises from the regulatory power of the Agencies. In addition to exploring the classic means used by administrators to face the issue, it is intended to advance on the limits of objective arbitrability in regulatory matters, and to answer the question whether these issues would be impassive for arbitration, or would it be enough for the arbitral tribunals to respect the normative competences legally attributed to the regulators, constituting the true technical deference of judgment and not cause of exclusion of the dispute from the arbitration environment.

KEYWORDS: Arbitration. Regulatory Agencies. Objective Arbitrability. Limits or Judgment Technique. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o foco das discussões envolvendo arbitragem e Administração Pública recaiu, predominantemente, em questões afetas à arbitrabilidade subjetiva. Superada a dúvida, adentramos a uma outra questão que exigirá os maiores esforços para a consolidação definitiva da arbitragem envolvendo o Poder Público, e especialmente as Agências Reguladoras: arbitrabilidade objetiva.

O tema não é novo, mas o crescente número de arbitragens envolvendo o Poder Público¹, e especialmente as Agências Reguladoras², torna necessário o enfrentamento dos limites à arbitragem em matérias fundamentalmente regulatórias, onde tais órgãos, pelo exercício do denominado poder normativo³, funcionam como quase legisladores, estabelecendo disciplinas e regras que são a razão de existir das Agências Reguladoras e o ponto central do fenômeno conhecido como *agencificação*⁴. Juntamente com o fenômeno da agencificação, ocorre no Brasil a aceleração

1 A Prof. Selma Lemes (LEMES, 2021) pontuou “O número de arbitragens com envolvimento da Administração Pública saltou de 25 em 2018 para 75 em 2019 — ano em que o poder público participou de 17% de todos os processos de arbitragem iniciados em sete das oito principais câmaras do país.” Já a pesquisa 2020/2021 realizada em 2022 aponta um decréscimo relativo das arbitragens envolvendo o Poder Público comparando 2019, como 48 novos casos nas oito principais câmaras no Brasil, e 2020 com 29 novos casos. Apesar do decréscimo pontual, também observado em 2021 onde a Administração Pública figura como parte em 27 novos casos, de um total de 332, respondendo percentualmente por 8,7% de todas novas arbitragens no país em 2021, fatores atrelados às restrições impostas pela pandemia covid-19 podem explicar o decréscimo em 2020 e 2021, justificando assim não se considerar a mudança na curva como uma mudança de tendência.

2 Em âmbito federal, existem hoje em tramitação um total de 23 arbitragens sendo 9 com a ANTT, 7 com a ANP, 5 com a ANATEL, 1 com a ANAC e 1 com a ANEEL.

3 O Prof. Sérgio Guerra trata da por denominada “função neutral regulatória legalmente independente”, onde insere as Agências dentro de um sistema policêntrico que afasta do Estado a atividade regulatória direta. (GUERRA, 2012). A perspectiva é ainda mais interessante quando se analisa a possibilidade concreta das Agências Reguladoras editarem normas contrárias a interesses diretos de Governo, em sua precípua finalidade de regular serviços e mercados. (ARAGÃO, 2000) As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

4 “O fenômeno da agencificação se insere neste contexto de reforma do papel do Estado. Dessa maneira, é necessário que se analise a crescente adoção de agências reguladoras a partir do entendimento de que estas organizações são também parte de uma tendência à descentralização e autonomização da ação governamental, em um momento que o governo busca, ao mesmo tempo, economizar recursos, reestabelecer a confiança de seus eleitores-cidadãos, e melhorar a qualidade dos serviços prestados (POLLITT et. al., 2001, p. 276)”. (HOLPERIN, 2012)

da desestatização⁵, fatos que resultam em uma crescente necessidade de essas Agências Reguladoras firmarem pactos com o mercado privado buscando a disciplina de bens e serviços antes prestados pela Estado.

A par de ferramentas conhecidas e de abordagens históricas na doutrina jurídica, como as que dividem interesses públicos como primários ou secundários, e atos administrativos como de império ou de gestão, a questão que se coloca não encontra solução fácil ou resolução completa a partir de um olhar administrativista sobre o ato.

A conceituação legal do interesse como sendo patrimonial disponível, também não nos fornece todas as respostas para os impasses que surgirão. A norma regulatória não será um direito patrimonial e também provavelmente não poderá ser considerada disponível. O problema, porém, é que a norma produzirá efeitos na esfera patrimonial de ambas as partes, público e privado, e muitas vezes será sobre esses efeitos que a convenção de arbitragem recairá.

Não seria correto afirmar que a questão surge com o advento das arbitragens como meio de solução de controvérsias envolvendo as Agências Reguladoras. O Poder Judiciário, após a criação das agências e diante dos primeiros conflitos envolvendo o exercício do seu poder normativo, estabeleceu limites à atividade jurisdicional que hoje podem ser considerados jurisprudência robusta e majoritária⁶. Princípios como o da deferência à atividade regulatória e do respeito à discricionariedade administrativa, foram utilizados no estabelecimento dessas balizas, resultando em uma afirmação jurisprudencial de respeito e não interferência na regulação decorrente do exercício regular do poder normativo pelas Agências Reguladoras.

A regulação, porém, se espria por contornos nem sempre tão claros e definidos. Agências Reguladoras praticam variados tipos de regulação no exercício de seu poder normativo, muitas vezes com viés de regulação estritamente técnica, outras vezes com caráter predominantemente

5 Ao longo da década de 90, começou a se intensificar o processo de desestatização de atividades essenciais, o que culminou na celebração de contratos de concessão de serviços públicos (CAMACHO, 2015). Já na década de 90, identificou-se a necessidade de o poder público fazer parcerias com a iniciativa privada visando a realização de investimentos e a gestão de bens públicos. No entanto, também se identificou a necessidade de controlar a gestão privada decorrente da privatização e a regulação de setores econômicos marcados por ineficiências econômicas, o que resultou na criação de diversas agências reguladoras já no início do século XXI. É o caso da ANAC, da ANTT, da ANATEL, ANEEL, ANTAQ, entre outras.

6 Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, caso com trânsito em julgado em 28.08.2022, assim observou o Ministro Alexandre de Moraes: “Nesse sentido, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece o papel regulatório do Estado, exigindo, porém, que o ato regulatório apresente lastro legal, isto é, uma correspondência direta com diretrizes e propósitos afirmados em lei ou na própria Constituição (ADI 4093, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 16/10/2014; ADI 4954, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 29/10/2014; RMS 28.487, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/3/2013); na forma do já citado binômio “centralização política governamental” – “descentralização administrativa”. (ADI 7031/DF)

econômico ou concorrencial. Em variadas situações, é até mesmo difícil identificar na norma regulatória a predominância de um caráter técnico ou econômico, o que torna ainda mais complexa a tarefa do intérprete ao tentar alcançar o fim maior a que a norma se destina.

A presente análise, mais do que tentar responder à pergunta de quais seriam os limites da arbitrabilidade objetiva envolvendo matéria regulatória, busca fomentar o debate a partir do levantamento de problemas centrais e exemplos de situações em que será fundamental o questionamento prévio sobre decorrer ou não a regra do poder normativo das Agências Reguladoras.

2. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO TEMA: ARBITRAGEM E AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

A legislação federal precedente à criação das Agências Reguladoras já apontava a arbitragem como forma de resolução de controvérsias nos contratos de concessão federal, tema de interesse de algumas Agências Reguladoras Federais. À época em que publicada a Lei n. 8.987, de 1995,⁷ que estabelece que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”⁸, as concessões eram pactuadas diretamente com a União, normalmente nos Ministérios setoriais com competência no tema, ou por suas autarquias federais.

É possível agrupar as Agências Reguladoras federais em dois grandes conjuntos, utilizando-se do critério de pertinência do uso da arbitragem como meio para solução de controvérsias. Os grupos se distinguem pela competência legal para firmar contratos com privados que versem sobre serviços regulados ou concedidos, e que possam conter, até mesmo por sua natureza contratual, cláusulas que recaiam sobre obrigações e direitos patrimoniais disponíveis. No primeiro grupo, aquelas que firmam esse tipo de pacto e que, por tal razão, estão vocacionadas a poder optar pela arbitragem para a solução de controvérsias deles decorrentes, estão ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ e ANAC. No segundo grupo, daquelas Agências Reguladoras Federais que, por não firmarem esse

7 Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

8 O Tribunal de Contas da União entendeu que a locução “modo amigável de solução de divergências” abrangia também a arbitragem. A evolução dos entendimentos do TCU sobre o tema é analisada com detalhamento em RODI (2016, p.25): “Na Decisão n.º 188, de 1995, relativa à exploração da Ponte Rio-Niterói, admite-se utilização da arbitragem pela Administração Pública em limites específicos, a saber: (i) vincular-se ao princípio da legalidade e (ii) da indisponibilidade do interesse público. Os Ministros do TCU entenderam que, neste caso, a Lei n.º 8.987/95 forneceu base para o emprego da arbitragem. Trata-se de constatação interessante, visto que anterior ao acréscimo do art. 23-A à Lei de Concessão Comum.”

tipo de contrato, não possuem arbitragens em andamento e não possuem a previsão de arbitragem em suas leis de criação ou nos marcos legais dos setores regulados, podemos alocar a ANS⁹, ANVISA¹⁰, ANCINE¹¹, ANA¹², ANM¹³.

A primeira das Agências Reguladoras federais a contar com uma previsão específica dedicada meio extrajudicial de solução de “divergências contratuais” foi a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) criada pela Lei 9.472, de 1997¹⁴. Logo após e ainda no mesmo ano, a criação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) pela Lei n. 9.478, de 1997¹⁵, consagra ainda de forma mais explícita a possibilidade de resolução de controvérsias por arbitragem, inovando ao prever a arbitragem internacional como uma das formas de resolução de controvérsia, algo bastante consolidado na cultura mundial do ambiente de exploração de óleo, gás e derivados¹⁶. Alguns anos depois, em 2001, uma mesma Lei instituiu duas novas Agências Reguladoras, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Lei n. 10.233, de 2001¹⁷, prevendo a possibilidade de arbitragem como forma de solução

9 Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada pela Lei Federal n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

10 Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei Federal n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

11 Agência Nacional de Cinema, criada pela Medida Provisória n. 2228-1, de 6 de setembro de 2001.

12 Agência Nacional de Águas, criada pela Lei Federal n. 9.984, de 17 de julho de 2000.

13 Agência Nacional de Mineração, criada pela Lei Federal n. 13.575, de 26 de dezembro de 2017.

14 A Lei n. 9.472, de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, previu em seu artigo art. 93, X: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”;

15 A Lei n. 9.478, de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, previu em seu art. 43, X: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional. Ainda no setor de óleo e gás, a Lei n. 12.351, de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos, altera dispositivos da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências, previu no art. 29, XVIII: “Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: (...) XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”;

16 (TIBÚRCIO e MEDEIROS, 2005)

17 A Lei n. 10.233, de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências previu, em seu art. 35, inciso XVI: “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI - regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”;

de controvérsias especificamente relacionadas aos contratos de concessão. Apesar da arbitragem envolvendo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) não observar o padrão de estar prevista na própria lei de criação do órgão em sua versão original, no caso Lei n. 9.427, de 1996, tornou-se ela um meio de solução de controvérsias após a publicação da Lei n. 10.438, de 2002.¹⁸ A lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Lei n. 11.182, de 2005, não contém qualquer referência à arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a Agência. No caso da ANAC, a construção pelo uso da arbitragem nasce com as previsões contidas na Lei n. 12.462, de 2011¹⁹, que institui o Regime Diferenciado de Contratos Públicos (RDC), voltado especialmente para disciplina

18 A Lei n. 10.438, de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfra), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências, previu em seu art. 4º, § 5º, V: "Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. (...) § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: (...) V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel.". Ainda no setor elétrico, a Lei n. 10.848, de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências, previu em seus art. 4º, §§ 5º e 6º: "Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo";

19 Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015) que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, previu em seu artigo art. 44-A: "Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido 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, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)";

diferenciada de licitações e contratos envolvendo a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e do Mundo de 2014, e obras em aeroportos localizados nas capitais de Estados distantes até 350 km das sedes dos eventos esportivos mencionados.

Importante pontuar a existência de previsões legais carregadas com a utilização do termo arbitragem, não com o sentido legal previsto na Lei n. 9.307, de 1996, mas sim com ideias alinhadas com a figura de um verdadeiro arbitramento. Uma forma de distinguir os institutos é atribuir às arbitragens da Lei n. 9.307, de 1996, ainda que envolvam as Agências Reguladoras, a denominação de arbitragens comerciais, e atribuir às arbitragens em que as Agências figuram como árbitras a denominação de arbitragem regulatória²⁰. Nessa segunda hipótese, as Agências Reguladoras figuram mais como órgão jurisdicional, exercendo verdadeira função judicante mas não revestida de plena definitividade, pois a solução, independente de ter sido arbitrada pelo órgão competente, será passível de controle e revisão pelo Poder Judiciário, algo impensável nas arbitragens comerciais, fora das hipóteses estritas de cabimento da ação anulatória²¹.

A Lei n. 13.848, de 2019²², que trata da disciplina geral das Agências Reguladoras Federais, prevê a figura da arbitragem com o sentido regulatório, estabelecendo sua possibilidade para resolver controvérsias decorrentes da aplicação de atos normativos conjuntos, entre as agências, praticados para a disciplina de temas que afetem agentes econômicos submetidos a mais de uma regulação setorial. A lei prevê inclusive que a comissão responsável pela arbitragem contenha representantes de todas as agências envolvidas, sinalizando assim não se tratar da arbitragem que verse sobre um interesse patrimonial disponível das próprias agências, e uma função até então não prevista expressamente nas leis de criações das Agências Reguladoras, que é a função arbitral²³.

20 Nesse sentido (GUERRA, 2016).

21 Artigo 32 da Lei 9.307, de 1996.

22 “Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial. (...)”

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.”

23 “Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.”;

Em 2015, com o advento das alterações na promovidas na Lei 9.307, de 1996, joga-se uma verdadeira pá de cal na discussão que versava sobre a dúvida relativamente à possibilidade da Administração Pública ser parte em arbitragens (SCHMIDT, 2016). A inovação²⁴, trazida pela Lei n. 13.129, de 2015, tornou a questão pacífica (PEREIRA, 2017).

Resolvida definitivamente a arbitrabilidade subjetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública (gênero do qual espécies as Agências Reguladoras), remanesciam ainda dúvidas sobre o conteúdo do que seriam os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de resolução por arbitragem quando envolvendo a Administração Pública.²⁵

Assentadas as premissas de que as Agências Reguladoras podem ser parte em arbitragens, especialmente nos casos em que são signatárias de contratos sobre serviços regulados e/ou concedidos, a questão de maior interesse passa a ser sobre quais controvérsias poderá versar a convenção de arbitragem, e conseqüentemente sobre elas decidir o tribunal arbitral.

A Lei de Parceria Público-Privada (PPP), Lei n. 11.079, de 2004²⁶ inova ao prever a arbitragem como meio para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. Posteriormente, a alteração legal promovida pela Lei 11.196, de 2005 na Lei de Concessões, Lei n. 8.987, de 1995, incluído

24 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1 A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)”

25 Sobre o tema lembramos celebrada doutrina (DI PIETRO, 2015): “Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.”

26 “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.”

o artigo 23-A,²⁷ também para prever especificamente a arbitragem como mecanismo privado de resolução das controvérsias decorrentes desses contratos. Apesar de avançarem na ideia da possibilidade do uso da arbitragem para controvérsias desses contratos, as duas leis mencionadas não avançam sobre quais tipos de controvérsias decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Apesar de leis posteriores²⁸ confirmarem em diversos dispositivos a tendência de inserção da arbitragem como forma de resolução de conflitos envolvendo concessões diversas, o ordenamento não sinalizava com clareza dentro deste universo (dos contratos de concessão), quais tipos de controvérsias poderiam ser levados à arbitragem, permanecendo a dúvida sobre a qualificação dos direitos passíveis de discussão pela via arbitral.

A maior inovação legal sobre o tema decorreu da Lei n. 13.448, de 2017²⁹ que buscou exemplificar, especificamente para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, um rol de controvérsias que constituem direito patrimonial disponível.³⁰ Referida lei foi além e estabeleceu inovações importantes como a controvertida arbitragem obrigatória,³¹ a necessidade de decisão definitiva da autoridade competente para a submissão do conflito à

27 Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005);

28 A Lei n. 12.815, 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 n. 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 n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis n. 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências, previu em seu art. 62, § 1º: “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.”

29 Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

30 Artigo 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

31 Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...) III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

arbitragem,³² a previsão de aditivos contratuais para adequação da cláusula arbitral existente ao conteúdo da nova lei,³³ e a antecipação de custas do procedimento arbitral pelo parceiro privado.³⁴

Dentre as relevantes inovações para arbitragem trazidas pela Lei 13.448, de 2017, previu-se a regulamentação por Ato do Poder Executivo do credenciamento de câmaras arbitrais. O decreto em questão é o Decreto Federal n. 10.025, de 2019, que trouxe detalhamento para algumas previsões da Lei, como por exemplo a publicidade ampla do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública³⁵, a preferência pela arbitragem institucional,³⁶ a necessidade do credenciamento prévio das câmaras arbitrais pela Advocacia-Geral da União,³⁷ a previsão de critérios de vantagens e desvantagens para a assinatura de compromisso arbitral³⁸ e previsão de prazos específicos,³⁹ além do estabelecimento de requisitos mínimos para o credenciamento das câmaras pela AGU,⁴⁰ a possibilidade

32 “decisão definitiva da autoridade competente” nos termos do artigo 31 caput.

33 Art. 31, § 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

34 Art. 31, § 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

35 Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

36 Art. 3º, V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

37 Art. 3º, VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

38 Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.

39 Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

40 Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

da União intervir nas causas arbitrais,⁴¹ e a possibilidade de outras formas de adimplemento de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União.⁴²

A mais recente alteração normativa que influenciará a elaboração de cláusulas e os procedimentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública em geral, e as Agências Reguladoras objeto da presente análise, é a Lei 14.133, de 2021, que trata de Licitações e Contratos Administrativos e reafirma em grande parte as inovações trazidas pela Lei 13.448, de 2017, inovando, porém, ao prever a possibilidade de extinção dos contratos por decisão arbitral.⁴³

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA: LIMITES REGULATÓRIOS À ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS OU TÉCNICA DE JULGAMENTO?

À luz da legislação federal citada no tópico anterior, e considerando resolvido um dos dois principais problemas envolvendo arbitragens e Agências Reguladoras, que é o da arbitrabilidade subjetiva, resta a necessidade de nos debruçarmos sobre os aspectos da arbitrabilidade objetiva e as disposições da Lei de Arbitragem, os limites da cláusula arbitral, e a possibilidade de se considerar matéria regulatória como direito indisponível, independentemente de seu caráter patrimonial.

O art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem dispõe que “*A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. As Agências Reguladoras

41 Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais. § 1º As comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União responsáveis pela representação da União ou das entidades da administração pública federal indireta deverão assegurar a sua ciência inequívoca. § 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997.

42 Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. § 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente. § 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

43 Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

fazem parte da administração pública direta, possuindo natureza jurídica de autarquias de regime especial.

Portanto, as Agências Reguladoras somente podem submeter à solução por arbitragem questões atinentes a direitos patrimoniais e disponíveis. Como leciona a doutrina, esse pressuposto, baseado na natureza do direito discutido, é conhecido por “arbitrabilidade objetiva”.

Segundo o Professor Caio Cesar Vieira Rocha, o pressuposto da arbitrabilidade objetiva conforme definido pela Lei da Arbitragem impede que o procedimento arbitral discuta matéria pertinente ao interesse público primário.⁴⁴

O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto já explicava⁴⁵ a correlação entre o interesse público primário e a prática de atos de império pela Administração Pública, para fins de arbitrabilidade da disputa.

No mesmo sentido a jurisprudência⁴⁶ do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que atos de império da Administração representam matéria indisponível, porque destinados a concretizar o interesse público primário.

44 “A discussão, agora, passa a ser quanto à arbitrabilidade objetiva, ou seja, quais litígios envolvendo a Administração Pública podem ser submetidos à arbitragem. Ao fazer alusão expressa a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a Lei acosta-se a entendimento doutrinário de que existiriam duas categorias de interesses públicos. O interesse público primário, ‘destinado a satisfazer aos interesses finalísticos do próprio Estado, que são sempre indisponíveis; os secundários, de natureza instrumental, destinados a permitir a satisfação dos primeiros, que formam relações patrimoniais e são, por isso, disponíveis na forma da lei’. Já os direitos patrimoniais disponíveis, mencionados na norma, são aqueles que podem ser livremente negociados pelo Estado. Não se incluem aqui, assim, outros direitos, considerados indisponíveis. Por exemplo, não poderá o Estado submeter questão de direito penal à arbitragem, ou questão tributária, já que delas não pode dispor; mas pode, por outro lado, submeter uma discussão acerca da realização de uma obra ou da condução de uma concessão”.(ROCHA, 2016)

45 “Essa distinção entre as atividades administrativas, com o propósito de definir quais as que se situam ou podem se situar no campo do direito privado, ou seja, naquele em que prevalecem a autonomia da vontade e a disponibilidade, tem sido buscada de longa data no Direito Administrativo. Na esteira da então chamada doutrina do fisco construiu-se a separação entre atos de império (ou de autoridade) e atos de gestão, que prevaleceu durante todo o século XIX e, por sua importância, encontrou em H. BERTHÉLEMY o sistematizador que com ela influenciou durante muito tempo a jurisprudência administrativa francesa. (...) Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível”.
(NETO, 1997)

46 “Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem. A propósito, vem à baila a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 22), que define interesse público primário como aquele “que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos”
(Recurso Especial nº 612.439-RS, julgado em 25/10/2005, trecho do voto do Ministro Relator)

A mesma distinção foi feita no Conflito de Competência 151.130/SP⁴⁷, julgado em 27/11/2019 pela 2ª Seção do STJ, referente a arbitragem que envolvia a Petrobras e a União Federal.

Essa competência se encaixa perfeitamente no conceito de “ato de império”, que é considerado um dos fatores para a inarbitrabilidade de uma disputa. Por todos, confira-se o escólio de Joaquim Muniz de Paiva⁴⁸.

47 Voto do Ministro Luis Felipe Salomão: “O caso, para além da inquestionável relevância envolvendo a extensão subjetiva da arbitragem (“arbitrabilidade subjetiva”) no direito societário, envolve ainda o instigante tema da submissão da União aos procedimentos arbitrais, a evidenciar, sob um segundo plano, portanto, o conteúdo objetivo da arbitragem (“arbitrabilidade objetiva”), considerando a alegada ausência de autorização legal ou estatutária para tanto.

(...)

Por certo, a Lei de Arbitragem não pode apresentar-se como um sistema derogatório de questões de ordem pública; mas, ao contrário, determinadas questões devem ficar reservadas ao juízo estatal, a teor mesmo do que se evidencia no artigo 1º da Lei, ao restringir o âmbito da arbitrabilidade aos direitos patrimoniais disponíveis”.

Voto do Ministro Marco Aurelio Bellizze: “No ponto, assinala-se que, ainda que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme passou a dispor o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015 — questão que sempre perpassa pela distinção do interesse público primário (interesse da coletividade, como tal, indisponível) com o interesse público secundário (interesse da Administração), imbricados, muitas vezes, entre si — sua submissão ao procedimento arbitral exige claro e específico consentimento de sua parte.

48 “Atente-se que, na verdade, nem todo o ato praticado por ente estatal visa a um interesse público. Nesse sentido, a doutrina administrativista diferencia ‘atos de império’ de ‘atos de gestão’. Os atos de império (*ius imperium*) são praticados pela Administração com supremacia sobre as demais partes, para a consecução de interesse público superior. Nos atos de gestão (*ius gestionis*), por sua vez, o Estado não objetiva fim público e, por isso, encontra-se no mesmo patamar das outras partes.

(...)

Em vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, os conflitos originados de atos de império não podem ser resolvidos por arbitragem. Por outro lado, os litígios derivados de atos de gestão praticados por entes públicos, especialmente aqueles em que o Estado explora atividades econômicas típicas da iniciativa privada, são, a princípio, arbitráveis, por não se referirem a interesse público primário.

(...)

Em contratos de natureza multifacetada, com elementos de direito privado e público, tais como os de concessão de petróleo e gás natural, a doutrina distingue as disposições regulamentares, na qual o Estado expressa seu poder de autoridade, das cláusulas financeiras.

As cláusulas regulamentares de contratos de concessão referem-se a atos de império e, por conseguinte, não são arbitráveis. Os atos de império consubstanciam decisões privativas do Estado, que não podem ser apreciadas por um órgão arbitral, de natureza privada. Nesse sentido, observa Bielsa: “por exemplo, é nula a cláusula que confia à decisão de árbitros a determinação da natureza da corrente elétrica, ou seja, se ela deve ser contínua ou alternada, porque, estabelecido pericialmente que a corrente alternada é perigosa, não se pode admitir que os árbitros declarem se ela convém e se deve prestar-se.” (MUNIZ, 2004)

É no mesmo sentido o ensinamento de Carlos Ary Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara.⁴⁹

Tratando de cláusulas exorbitantes e contratos administrativos, segundo levantamento⁵⁰ feito pelos Professores André Luís Monteiro e Marco Antonio Rodrigues, a doutrina majoritária se posiciona pela impossibilidade de discutir a aplicação desse tipo de cláusula em arbitragem.

Mas as ferramentas elaboradas principalmente pelos administrativistas e que classificam os atos segundo as espécies acima descritas, não resolvem todos os problemas inerentes ao conteúdo dos contratos firmados pelas Agências Reguladoras. Muitas cláusulas desses contratos, ou decorrem diretamente de norma produzida no exercício do poder normativo característico das agências reguladoras, ou decorrem do próprio exercício do poder normativo desses órgãos.

Na primeira hipótese, aquela em que o dispositivo ou cláusula contratual espelha norma preexistente e elaborada no exercício do poder normativo, a questão parece até mesmo ser mais simples, já que o conteúdo do clausulado é uma redundância e, portanto, o vínculo obrigacional não deflui exclusivamente do contrato, mas sim de normas regulatórias preexistentes e que muitas vezes estão apenas reproduzidas no contrato como uma forma de atribuir mais clareza e conhecimento ao regulado contratante. Exemplo disso são normas de segurança, normas técnicas.

Para essa primeira hipótese, conteúdo regulatório fielmente reproduzido no contrato, a solução poderia ser a adoção de uma, entre duas possibilidades. A primeira possibilidade seria o Tribunal reconhecer a arbitrabilidade quanto ao efeito econômico da regulação, e consequentemente considerar a questão arbitrável, mas se vincular, tal

49 “É tradicional no Direito Administrativo a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses “indisponíveis” do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império”.

50 “Em 2004, José Emilio Nunes Pinto, interpretando a Lei de Parcerias Público-Privadas, manifestou sua posição considerando que “a questão relativa às matérias em que não será possível a utilização da arbitragem deverá ser analisada à luz de princípios gerais de Direito Administrativo quanto aos direitos indisponíveis”, sendo certo que, na visão do autor, “a arbitragem estaria excluída, apenas e tão somente, no que tange a controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes do respectivo contrato”. Trata-se hoje do entendimento majoritário na doutrina.

Compartilhando desse ponto de vista, Selma Ferreira Lemes, escrevendo em 2007, entende que “[...] não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de reaver seu objeto e escopo etc.” (MONTEIRO e RODRIGUES, 2020)

qual o fez o Poder Judiciário, à deferência quanto à legitimidade e efeitos do ato produzido em virtude do regular poder normativo. Não poderia, assim, o Tribunal exercer um controle de mérito, devendo, sempre que praticado o ato normativo de acordo com as normas procedimentais que sobre ele recaiam, atribuir o efeito previsto na norma regulatória, debruçando-se exclusivamente sobre as consequências patrimoniais ou econômicas decorrentes da regulação. Se, por exemplo, o litígio versasse sobre afastar uma norma regulatória e com isso se reconhecer um determinando efeito patrimonial, o Tribunal, para agir em respeito ao ordenamento jurídico e a teoria normativa das agências, não poderia afastar a norma regulatória, mas poderia se debruçar sobre suas consequências econômicas na esfera patrimonial dos interessados.

Outra solução seria considerar o tema objetivamente excluído da arbitragem como meio de solução da controvérsia pois, ainda que se possa ao tema se atribuir uma primeira característica de patrimonialidade e disponibilidade (por exemplo uma obrigação de investimento em um item de segurança em um bem público concedido), a exigência decorre de norma regulatória inafastável e praticada pelo ente regulador competente, não havendo espaço para pronunciamento de órgão jurisdicional (estatal ou arbitral) sobre a controvérsia.

Existem vantagens e desvantagens em cada uma dessas opções. Na primeira, a desvantagem óbvia é a limitação do Tribunal sobre o que pode decidir ainda que a matéria seja considerada arbitrável. Em contrapartida, essa solução traria como vantagem a possibilidade de, apesar de reconhecer e respeitar o conteúdo normativa, o Tribunal poder avançar e eventualmente modular as questões patrimoniais decorrentes da aplicação da norma. Por exemplo, o reconhecimento de teorias como a do adimplemento substancial atrelado à ideia de que a obrigação contratual, fruto da norma regulatória, não foi afastada, mas sim substancialmente cumprida ou adimplida.

Já para a segunda hipótese, em que nessas situações o Tribunal se pronuncia pela inarbitrabilidade por decorrer a obrigação de norma regulatória, uma das vantagens pode ser o tempo rápido de constatação e decisão sobre isso, além de diminuir o espaço para análises que, a pretexto de modular efeitos econômicos, acabam por desnaturar a obrigação regulatória anulando seu sentido.

Ainda mais difícil é a situação em que o contrato contém um conteúdo que decorre de uma competência legal normativa da Agência Reguladora, e inexistem normas prévias editadas no sentido do contrato. Um exemplo seria uma obrigação adicional de segurança, que decorre dos critérios técnicos estabelecidos pelo regulador contratante, mas que

não encontram identidade nas normas que precedem o contrato. Nesse hipótese, nos parece ainda mais complexa a tarefa dos árbitros, pois terão que em um primeiro momento investigar se o conteúdo do clausulado decorre de uma simples opção do poder concedente dentro das possíveis e patrimonialmente disponíveis, ou se decorre de um poder normativa que se manifesta pelo estabelecimento daquela cláusula que produz eventualmente efeitos patrimoniais alcançados pela convenção de arbitragem, mas que decorreu legitimamente da competência normativa do órgão regulador.

Essas questões não são simples, porque os contratos que versam sobre bens e serviços concedidos, não estabelecem uma classificação das cláusulas quanto ao exercício de qual competência típica, a de firmar contratos e portanto adotar relativa independência no estabelecimento de direitos e obrigações, como, por exemplo, a construção das matrizes de risco contratuais, ou se a cláusula decorre de uma competência normativa que somente pode ser exercida pelo órgão regulador, que optou por utilizar legitimamente do contrato para regular a conduta do privado submetido ao seu arcabouço regulatório.

Mais do que apontar um caminho único ou uma solução melhor e outra pior para o enfrentamento das questões aqui levantadas, pretendemos fomentar o debate de que a discussão sobre a regulação que se manifesta em contratos firmados por Agências Reguladoras não é simples e também não se resolve facilmente pela clássica doutrina do Direito Administrativo.

4. CONCLUSÃO

A consolidação do uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo as Agências Reguladoras e os contratos que firmam, mais do que o enfrentamento sobre legitimidade para figurar em arbitragens, passa hoje pelo enfrentamento de um tema caro aos órgãos reguladores, que é justamente a arbitrabilidade objetiva em questões regulatória e a observância e respeito ao poder normativo das agências.

Longe de se pretender exaurir o tema, buscou-se analisar a evolução normativa específica das Agências e das normas sobre concessões e contratos, para tentar identificar caminhos que apontem para a solução dos contornos máximos que pode a arbitragem assumir no campo regulatório.

Restou demonstrada que a doutrina administrativista, bastante precisa para casos em que os atos podem ser classificados quanto ao tipo ou quanto ao poder dos quais decorrem, não nos fornece todas as

ferramentas para incluir ou excluir a matéria regulatória do âmbito dos procedimentos arbitrais.

Por fim, as questões levantadas e exemplificadas são meramente provocativas para uma reflexão sobre qual a melhor forma de lidar com esses temas, considerá-los impassíveis de decisão arbitral, posto que objetivamente não arbitráveis, ou considerá-los passíveis de decisão dos árbitros, desde que observada a necessária deferência e respeito ao conteúdo normativo editado pelo órgão regulador legalmente competente para tal.

O tempo e a resolução dos recentes casos envolvendo Agências Reguladoras Federais nos dirão quais soluções se consagraram nessas arbitragens, que são todas públicas, sendo fundamental para os reguladores e os mercados regulados que, em qualquer solução que se venha a adotar, o resultado final seja o respeito à regulação praticada regularmente pela Agência Reguladora.

5. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços público e nas PPPs. in RDA Revista de Direito Administrativo n. 263, Belo Horizonte, 2013.

Revista de Informação Legislativa, Ano 37, n. 148. Brasília, 2000.

BELTRÃO, Irapuã. Arbitragem, Regulação e normas de ordem pública. Fórum administrativo: direito público: ano 9, n. 105. Nov./2009

CÂMARA, Jacintho Arruda. SUNDFELD, Carlos Ary. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, n. 248, páginas 117/126. Editora Forum, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. 2^a ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

- In Temas polêmicos de licitações e contratos. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Coluna Interesse Público. Consultor Jurídico publicado em 24 de setembro de 2015.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. Fórum Administrativo – FA, , ano 17, n. 198. Belo Horizonte, 2017.

HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. O processo de Agencificação no Brasil: divergência ou mimetismo? Rio de Janeiro: FGV, 2012. 76 páginas. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Administração

MARQUES, Floriano de Azevedo Marques e ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 1, p. 175-201, Rio de Janeiro, 2018.

MONTEIRO, André Luís. RODRIGUES, Marco Antonio. Arbitragem e cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 66, p. 51/94, 2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 2, p. 90/101, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, 209, páginas 81/90, 1997.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Ano 7, n. 25, Belo Horizonte, 2009.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Edição 1, Maio de 2017.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, p. 103/126, 2016.

RODI, Rodrigo Mota. Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2016. 78 páginas. Monografia

apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público –SBDP, sob orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016. 142 páginas. Dissertação de Mestrado

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – Do rebus sic stantibus ao Pacta Sunt Servanda? Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 5. Março/Agosto de 2015

TIBURCIO, Carmem. MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na Indústria do Petróleo no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, páginas 53/91, 2005.

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. KLOSS, Renato Otto. A arbitragem no âmbito das concessões de aeroportos. Editora Justiça e Cidadania. Direito Público. 17 de março de 2015.

Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/a-arbitragem-no-ambito-das-concessoes-de-aeroportos/>> Acesso em: 11.jul.2022.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ARBITRAGEM E PRECATÓRIOS: UM PANORAMA SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS PLEITOS PECUNIÁRIOS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE TO PAYMENT
CLAIMS SUBMITTED TO ARBITRATION AGAINST THE
BRAZILIAN GOVERNMENT*

Iago Oliveira Ferreira

Procurador do Estado de São Paulo designado para atuação junto à Assistência de Arbitragens da PGE-SP. Mestrando em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).

Tatiana Sarmiento Leite Melamed

Procuradora do Estado de São Paulo designada para atuação junto à Assistência de Arbitragens da PGE-SP. Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE/SP).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza jurisdicional da arbitragem. 3. A submissão ao regime de precatórios das sentenças arbitrais que reconheçam a exigibilidade de obrigações de pagar pela Fazenda Pública. 4. Outros meios para a efetivação dos pleitos pecuniários sob litígio com a Administração Pública. 4.1. Os acordos administrativos e a resolução consensual dos pleitos submetidos à arbitragem. 4.2. A utilização de garantias

públicas para a satisfação de créditos reconhecidos em sentença arbitral. 4.3. O recurso a mecanismos de reequilíbrio contratual alternativos à indenização pecuniária. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo analisa o regime de efetivação de pleitos pecuniários sob litígio com o poder público em sede arbitral. Além de defender a aplicabilidade do regime constitucional de precatórios ao cumprimento das sentenças arbitrais, discute outros instrumentos que, admitidos pelo ordenamento jurídico e já presentes na prática das contratações públicas no Brasil, apresentam-se como alternativas mais céleres e eficazes para a efetivação dos pleitos litigiosos que envolvam o pagamento de quantia pelo poder público.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem com a Administração Pública. Precatórios. Acordos Administrativos. Garantias Públicas. Reequilíbrio Econômico-Financeiro.

ABSTRACT: This paper investigates the legal framework applicable to payment claims submitted to arbitration against the Brazilian government. Besides arguing that the enforcement of arbitral awards must follow the constitutional rules that define a chronological order to the payment of judicial awards (precatórios), the paper discusses other instruments that, admitted by the law and already in use in Brazilian public contracts practice, are presented as quicker and more effective alternatives to the enforcement of disputed claims that involve payments by the administration.

KEYWORDS: Arbitration involving the Public Administration. Precatórios. Administrative Agreements. Public Guarantees. Compensation Events and Economic Balance.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o regime de efetivação de pleitos pecuniários contra o poder público que sejam submetidos a arbitragem, discorrendo sobre a aplicabilidade das regras constitucionais para o pagamento de condenações judiciais em face da Fazenda Pública e sobre eventuais instrumentos alternativos que podem ser utilizados em seu lugar.

Trata-se de tema caro e sensível no cenário de contratações públicas do país, uma vez que a satisfação célere e efetiva dos pleitos litigiosos em face da Administração, ao mesmo tempo que é crucial para garantir um ambiente de negócios público-privado seguro e, dessa forma, fomentar investimentos e economias para a sociedade, deve se compatibilizar com imperativos de organização orçamentária do Estado, que garantem a higidez das contas públicas e o tratamento isonômico entre os seus credores.

No intuito de abordar esta desafiadora temática, propomo-nos, primeiro, a situar a arbitragem enquanto método de solução de disputas equiparada à jurisdição estatal e demonstrar que, a partir disso, atraia-se idêntico regime para a execução de suas sentenças, inclusive no que tange à especificidade do regime de precatórios para as condenações pecuniárias em face do poder público. Na sequência, defendemos a existência de espaço normativo para soluções alternativas a este regime, apresentando e discutindo, sem pretensão de exaurimento, instrumentos que vêm sendo implementados na prática das contratações público-privadas para a efetivação dos pleitos litigiosos que envolvam o pagamento de quantias dirigidos ao poder público.

2. A NATUREZA JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM

Antes de adentrar especificamente no objeto deste estudo, isto é, os meios para efetivação dos pleitos pecuniários em face da Administração Pública discutidos em arbitragem, é preciso fixar uma premissa: a natureza jurisdicional do procedimento arbitral.

Não obstante se tenha verificado um amplo debate em torno da natureza contratual ou jurisdicional da arbitragem, hoje se verifica um relativo consenso em torno da segunda posição na doutrina nacional e internacional.

Isso decorre, principalmente, da desmistificação do erro de premissa que sustentava a tese sobre a natureza contratual da arbitragem, qual seja, a de que a atividade jurisdicional seria monopólio estatal.

No Brasil, a própria Constituição reconhece, em seu art. 114 §2º, a arbitragem como mecanismo de solução de disputas, ao lado da jurisdição

estatal. E é nesse mesmo sentido que caminhou o artigo 3º, §1º, §2º e §3º do Código de Processo Civil, inserindo, dentro da normativa que trata de tutela jurisdicional e acesso à justiça, a possibilidade de arbitragem e outros métodos de solução consensual de conflitos. Já o art. 19 §2º da Lei federal nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) também atribui medida de jurisdição à arbitragem, ao prever que a sua instituição interrompe a prescrição, ainda que extinta por ausência de jurisdição. Ora, se é possível que a arbitragem seja extinta por ausência de jurisdição, a *contratio sensu*, é possível concluir que ela se processe quando há jurisdição. Todo esse arcabouço normativo realiza, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o sistema da justiça multiportas, onde a entrega da justiça para solução de conflitos não mais é monopólio estatal.

Como sustentam FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO (2019, p. 46), na arbitragem há delegação pela lei do exercício de uma função pública para o particular, qual seja, a de atuar a vontade concreta do Direito e de solucionar os conflitos de interesses.

De outro lado, o próprio Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o seu julgamento”¹.

Uma vez fixada a natureza jurisdicional da arbitragem, é possível definir o regime jurídico aplicável à espécie e concluir, dentro de uma interpretação sistêmica, sobre a constitucionalidade das previsões normativas estaduais que determinam a incidência do regime de precatórios às condenações pecuniárias endereçadas à Fazenda Pública, decorrentes de sentenças arbitrais.

3. A SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIOS DAS SENTENÇAS ARBITRAIS QUE RECONHEÇAM A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÕES DE PAGAR PELA FAZENDA PÚBLICA

Apesar de ser instituída pela vontade das partes, quando a arbitragem envolve a presença da Fazenda Pública há alguns limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico à consensualidade pública. Um deles é o sistema constitucional de pagamento de condenações judiciais por meio de precatório. Não há espaço para exercício da autonomia da vontade neste caso específico.

1 O leading case nesta discussão foi o Conflito de Competência nº 111.230/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 3.4.2014, que passou a ser replicado pela Corte nos casos subsequentes.

O precatório é uma decisão fundamental do constituinte originário, justamente pela sua relevância política na estruturação de um Estado Democrático de Direito. É um dos pilares do regime jurídico público adotado do Estado Brasileiro, não se encontrando no espaço da autonomia da vontade.

Essa sistemática de pagamento por meio de ofício requisitório surgiu historicamente quando os bens da Fazenda foram declarados impenhoráveis e como repulsa à advocacia administrativa e tráfico de influência, que eram realizados quando não havia obrigatoriedade de observância da ordem cronológica para pagamento das obrigações pecuniárias oriundas de sentenças judiciais.

Trata-se de manifestação dos princípios fundamentais da igualdade, impessoalidade e moralidade, dentro do âmbito das condenações judiciais de obrigação de pagar impostas ao Poder Público.

É preciso que exista previsibilidade na elaboração do orçamento e que os pagamentos respeitem a impessoalidade e a igualdade, princípios estruturantes de uma Administração Pública Democrática. Como destacam MOREIRA et al (2022, p. 27-28):

Caso se pudesse resumir, em uma só expressão, o motivo histórico e teleologia da norma constitucional que instituiu os precatórios, ele seria a efetividade do cumprimento isonômico das decisões judiciais. Trata-se, portanto e desde a origem, de técnica destinada a permitir o lançamento orçamentário de débitos públicos judiciais e, depois disso, o pagamento pela ordem cronológica de seu vencimento – sem quaisquer favorecimentos a casos ou pessoas.

O art. 100 da Constituição Federal traz o arcabouço normativo que regulamenta o sistema de precatórios, aplicável nos casos de sentença judiciária, transitada em julgado, que fixe uma obrigação de pagar em detrimento do Poder Público.

A qualidade judiciária exigida pela Constituição traz em si o atributo jurisdicional, que é exatamente a força vinculativa, substitutiva e definitiva atribuída à sentença. E, uma vez que a sentença proferida no curso de uma arbitragem possui natureza jurisdicional, a ela também são aplicados os regramentos atinentes à execução de títulos judiciais – principalmente aqueles envolvendo a Administração Pública no polo devedor.

Parte da doutrina, entretanto, como SCHIMIDT (2016, p. 84), entende que a sentença arbitral não se confunde com a sentença proferida pela jurisdição estatal. A equiparação legal entre elas teria sido uma

opção legislativa para fomentar o uso da arbitragem. Desta forma, estaria autorizado o pagamento administrativo de dívida fixada em sentença arbitral, o que, para ele, seria inclusive recomendável em prol da celeridade. Contudo, essa visão não merece prevalecer porque o valor da celeridade, nesta hipótese, não pode oprimir os valores, também constitucionais, da moralidade, impessoalidade e igualdade.

Apesar de o artigo 21 da Lei de Arbitragem prever a liberdade na modelagem do procedimento arbitral, como dito, a sistemática dos precatórios não é objeto de disponibilidade pelas partes, por ser uma decisão política fundamental do poder constituinte.

Soma-se a esse argumento o fato de que os regimes de execução e pagamento de sentenças são externos ao próprio processo arbitral. Isto é: são regulamentações de fase subsequente do processo, após a extinção da fase de conhecimento, desenvolvida perante um tribunal arbitral. O art. 31 da Lei de Arbitragem, ao regulamentar os efeitos da sentença arbitral, prevê a incidência de regime idêntico ao aplicável à sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial (art. 515, VII do Código de Processo Civil). Logo, quando estiver envolvida a Fazenda Pública, é atraído o regime de execução específico previsto no Código de Processo Civil, conforme reconhecem FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO (2019, p. 634):

O procedimento diferenciado de execução de títulos judiciais e extrajudiciais previstos nos arts. 534-535 e art. 910, todos do Código de Processo Civil, bem como o regime de precatórios (art. 100 da Constituição da República) aplicam-se, por outro lado, regularmente, pois se trata de disposições externas ao processo arbitral, incidentes sobre o cumprimento de sentença arbitral e sobre a satisfação do crédito da parte vencedora, ambos momentos posteriores ao fim da arbitragem. Essas disposições não dizem respeito à arbitragem, mas sim à execução das decisões arbitrais perante o Poder Judiciário, isto é, dizem respeito ao processo judicial subsequente à arbitragem.

Por fim, a submissão da execução da sentença arbitral ao regime do art. 100 da Constituição Federal atende à própria lógica do precatório. É que o pagamento de condenação pecuniária atribuída à Fazenda Pública, a rigor, decorrerá de recursos do orçamento. E, pelo próprio princípio da legalidade orçamentária, todas as despesas e receitas precisam estar previstas em lei. Não é razoável que uma

condenação jurisdicional em detrimento do Poder Público fosse prevista no orçamento, justamente porque se houve necessidade de acesso à jurisdição é porque havia conflito de interesses e, portanto, incerteza quanto à própria existência e/ou extensão da obrigação. Dessa forma, em razão da imprevisibilidade orçamentária, é que após transitada em julgado a sentença condenatória em face do Poder Público, o Poder Executivo será instado a inserir o respectivo montante na previsão orçamentária do ano subsequente ou do próximo – a depender do momento em que foi notificado.

Da mesma forma acontece com a sentença arbitral: existe lide e não há previsibilidade de existência/extensão da obrigação. Eventual condenação decorrerá diretamente de uma sentença jurisdicional, cujo pagamento terá origem no orçamento, e que, portanto, precisa ser previsto, respeitando a sistemática dos precatórios.

Em coerência com o referido arcabouço jurídico, diversos entes da federação tomaram a iniciativa de reconhecer expressamente a aplicação do regime de precatórios às sentenças arbitrais, em normativas próprias que disciplinam a arbitragem com o poder público².

Desta forma, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, é aplicável o regime de precatórios para pagamentos de obrigações pecuniárias fixadas em sentenças condenatórias oriundas de procedimento arbitral, não alcançando as tutelas declaratórias, assim como as condenatórias de obrigações de fazer/não fazer, em que a satisfação do direito do credor deve se dar, a rigor, de forma imediata.

4. OUTROS MEIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS PLEITOS PECUNIÁRIOS SOB LITÍGIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O caminho natural para a efetivação dos pleitos pecuniários impostos ao poder público em arbitragem é a sistemática dos precatórios, por se tratar de regime constitucionalmente imposto para o cumprimento de decisões que reconhecem a exigibilidade de obrigações de pagar quantia em desfavor da Fazenda Pública, como se expôs acima.

Contudo, é notório que a morosidade na quitação dos débitos inscritos em precatório é um fator relevante de risco financeiro para os particulares que contratam com o poder público. Isso é especialmente

² É o caso do Estado de São Paulo, no art. 9º do Decreto nº 64.356/2019; da União em sua regulamentação setorial no art. 15 do Decreto nº 10.025/2019, do Estado do Rio de Janeiro no art. 15 do Decreto nº 46.245/2018, do Estado de Goiás no art. 9º do Decreto 9.929/2021, no Estado do Rio Grande do Sul no art. 15 do Decreto 55.996/2021.

impactante no contexto dos contratos de longo prazo com execução em andamento, que podem ter a sua saúde financeira comprometida caso haja acumulação de desequilíbrios econômico-financeiros sem a tempestiva compensação dos desfalques em caixa. Daí advêm consequências perniciosas não apenas para o particular, mas também para o usuário do serviço e para o erário, dado que tal risco tende a ser precificado nas propostas e, no limite, pode até mesmo inviabilizar contratações deste gênero (MAROLLA, 2016, p. 165).

Nesse sentido, impõe reconhecer a existência de espaço no ordenamento jurídico para a utilização de instrumentos alternativos, mais céleres e eficazes, para a efetivação dos pleitos que envolvam o pagamento de quantia pelo poder público, ainda que a sua discussão tenha sido submetida à jurisdição arbitral. A seguir, discorre-se, sem qualquer pretensão de exaurimento, sobre algumas soluções observadas na prática das contratações público-privadas, que vêm se mostrando relevantes para o incremento da segurança e geração de economias nestes contratos.

4.1. Os Acordos Administrativos e a Resolução Consensual dos Pleitos Submetidos à Arbitragem

Um primeiro instrumento relevante no mencionado contexto diz respeito à celebração de acordos para a resolução consensual de pleitos submetidos à jurisdição arbitral. Neste cenário, na hipótese de ainda não ter havido prolação de sentença, verifica-se a possibilidade de pagamento direto da obrigação reconhecida pelo poder público sem depender do regime de precatórios.

É que, realizado o acordo, as partes, através da sua própria manifestação de vontade, chegam a um consenso sobre a melhor solução para o conflito de interesses. Mesmo que já tenha sido instaurado um processo arbitral, a entrega da justiça no caso concreto não se operou de forma substitutiva e imperativa por um terceiro, mas sim através da autocomposição das partes. Desta forma, o resultado do acordo assume natureza obrigacional – e não jurisdicional³.

Desta forma, o resultado do acordo assume natureza obrigacional – e não jurisdicional .

A solução consensual muitas vezes apresenta destacadas vantagens ao ente público, principalmente no contexto de contratos em andamento, em que o equacionamento do litígio pode fazer parte de um arranjo negocial

3 “Por isso é que, com ainda mais razão, não será o caso de seguir o regime de precatórios, já que se tratará de obrigação negocial, e não de obrigação jurisdicionalmente imposta” (MEGNA, 2019, p. 290-91)

mais amplo, com benefícios mútuos⁴. Nestes casos, como não há sentença e, portanto, não há substituição de vontade e imprevisibilidade quanto à existência da obrigação, o pagamento pode ocorrer administrativamente.

Contudo, sem dúvida, qualquer pagamento que o administrador público se comprometa a fazer tem que ter previsão orçamentária, com observância ao princípio da legalidade orçamentária. Neste ponto, é preciso atentar para as observações pertinentes apresentadas por WILLEMANN (2009, p. 126) no sentido de que: (i) o acordo com o consequente pagamento administrativo da despesa precisa representar economicidade para os Cofres Públicos e (ii) os recursos utilizados para cobrir as despesas com o acordo administrativo não devem ser objeto de rubricas orçamentárias destinadas para pagamentos de precatórios judiciais.

Desta forma, resta garantida a isonomia e imparcialidade no pagamento dos acordos, sem indício de burla ao sistema constitucional de precatório.

Quem defende a submissão de acordos firmados antes da prolação de sentença ao regime de precatórios o faz com fundamento na indisponibilidade do interesse público e do regime constitucional previsto no art. 100 da Constituição Federal. Contudo, a hipótese não é de disposição do regime, mas sim de não incidência da sistemática dos precatórios, uma vez que não está preenchido um dos seus requisitos, que é a existência de sentença transitada em julgado.

Por outro lado, se as partes podem extinguir um processo judicial com fundamento em acordo, limitando o exercício da jurisdição no caso concreto, com muito mais razão elas podem extinguir um processo arbitral com fundamento em acordo, afastando a cognição da matéria da sua apreciação jurisdicional. Trata-se de legítimo exercício da autonomia da vontade pelas partes.

Com relação à possibilidade de pagamento administrativo de acordos celebrados após a prolação de sentença, o cenário muda um pouco de configuração, porque a questão se torna mais polêmica.

Parte da doutrina (MEGNA, 2019, p. 289-290) entende que seria possível a realização de acordo desde que exista lei autorizando e se realize

4 Registram-se importantes exemplos de encerramento de arbitragens por acordos celebrados entre o Estado de São Paulo e seus contratados, como na extinção do Procedimento Arbitral CCI nº 19.421/CA/ASM (Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. x Estado de São Paulo e CPTM) e no encerramento conjunto dos procedimentos CCI nº 22.990/JPA/GSS/PFF e CCI nº 23.033/JPA/GSS/PFF (Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. x Estado de São Paulo). No caso da Alstom, o acordo foi crucial para a conclusão das obras contratuais, sem que houvesse a necessidade de realização de qualquer pagamento adicional pelo Estado. Já no caso das arbitragens da Linha 4 do Metrô, o acordo integrou um arranjo comercial mais amplo que viabilizou a realização de novos investimentos relevantes para o Estado. Ambos os casos foram homologados por sentenças que se encontram publicadas no Portal de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: <

como opção mais vantajosa para a Administração Pública. Para outros⁵, basta que se opere a vantajosidade, o que autorizaria a realização de acordo e pagamento administrativo, desde que não tenha sido expedido o precatório. Para uma terceira linha de entendimento⁶, seria possível a celebração de acordo e afastamento do regime de precatório desde que a operação se revele vantajosa e que a sentença não tenha transitado em julgado.

Nota-se que uma constante em todas essas alternativas é a presença da vantajosidade para o Poder Público no pagamento imediato de uma obrigação transacionada. As vantagens podem ser muitas, como por exemplo, melhorar a credibilidade do Poder Público como devedor, atraindo mais investimentos. Contudo, a vantajosidade precisa ser real e não pode representar burla ao regime de precatórios, que preza pela imparcialidade, isonomia e moralidade no pagamento de despesas públicas.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal⁷ e o Tribunal de Contas da União⁸ já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de celebração de acordo e pagamento administrativo após a prolação de sentença, rechaçando essa hipótese, por entendê-la violadora do regime constitucional de precatórios.

5 “Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para a efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento. Se houver interesse público, pode a Fazenda Pública efetuar o pagamento de maneira voluntária, independentemente de constrição judicial. A execução judicial, mediante a expedição de precatório, somente se justifica se houver recusa no pagamento voluntário” (DALLARI, 2005, p. 15)

6 “Não pode o regime de precatórios judiciais impedir que o Poder Público seja eficiente para resolver, no plano administrativo, pendências financeiras oriundas de direitos patrimoniais disponíveis, não permitindo que tal discussão chegue ou se eternize no Poder Judiciário” (WILLEMANN, 2009, p. 124).

7 “RECLAMAÇÃO. PRECATÓRIO. CONCILIAÇÃO. QUEBRA DA ORDEM. SEQUESTRO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662- SP. INEXISTÊNCIA. 1. Ordem de sequestro fundada no vencimento do prazo para pagamento do precatório (§ 4º do artigo 78 do ADCT/88, com redação dada pela EC 30/00), bem como na existência de preterição do direito de precedência. Embora insubsistente o primeiro fundamento, conforme decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1662-SP, remanesce motivação suficiente a legitimar o saque forçado de verbas públicas. 2. Quebra da cronologia de pagamentos comprovada pela quitação de dívida mais recente por meio de acordo judicial. A conciliação, ainda que resulte em vantagem financeira para a Fazenda Pública, não possibilita a inobservância, pelo Estado, da regra constitucional de precedência, com prejuízo ao direito preferencial dos precatórios anteriores. 3. A mutação da ordem caracteriza violação frontal à parte final do § 2 do artigo 100 da Constituição Federal, legitimando a realização do sequestro solicitado pelos exequentes prejudicados. 4. Reclamação julgada improcedente”. (STF.Rcl: 1893 RN, Relator: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 29/11/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08/03/2002)

8 “Representação de unidade técnica. Acordos extrajudiciais e pagamentos de precatórios judiciais, realizados no âmbito do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, em moldes irregulares. Inspeção. Comprovação da prática de procedimentos irregulares. Determinação de imediata sustação da celebração de acordos de dívidas, objeto de precatórios judiciais, e da estrita observância da ordem cronológica de apresentação, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. Determinação da realização de auditoria, no início do próximo ano, a fim de examinar todos os pagamentos efetuados mediante esses acordos e apurar as responsabilidades”. (Processo de Representação nº TC – 014.568/99-3).

De toda forma, a celebração de acordos administrativos antes da prolação da sentença, seja judicial ou arbitral, parece ser uma solução possível – e até mesmo desejada – para resolver conflitos de interesses envolvendo entes da Administração Pública, desde que revelem vantajosidade para o interesse público, e seu pagamento não decorra de rubricas já destinadas ao pagamento de precatórios.

4.2. A Utilização de Garantias Públicas Para a Satisfação de Créditos Reconhecidos em Sentença Arbitral

As garantias públicas foram uma inovação trazida pela Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), oferecendo um incremento de segurança ao parceiro privado com relação aos pagamentos sob a responsabilidade do ente público contratante⁹.

Nesse sentido, o artigo 8º do mencionado diploma legislativo assim dispõe:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal ;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

9 Apesar de inicialmente restritas às parcerias público-privadas, as garantias públicas vêm ganhando espaço também no âmbito de concessões comuns que, por envolverem aportes, compartilhamento de riscos e/ou outras participações financeiras do poder concedente, justificam e reclamam a adoção de tais mecanismos. Alguns exemplos serão discutidos abaixo e, no Estado de São Paulo, a utilização já é admitida expressamente em lei (art. 17, parágrafo único, Lei estadual nº 16.933/2019). Para um panorama mais completo sobre esse tema, cf. LIMA, 2021.

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Alguns desses instrumentos vêm sendo utilizados com sucesso para assegurar que, em caso de inadimplemento de obrigações de pagamento pelo poder concedente, o crédito do parceiro privado seja satisfeito de forma célere e efetiva, prescindindo-se de judicialização e execução pela via dos precatórios.

É o caso da criação dos fundos garantidores, usualmente instituídos enquanto pessoas jurídicas de direito privado que podem prestar garantias pessoais e reais em cobertura a certas obrigações pecuniárias assumidas pelo poder público no contrato de PPP.

Tem-se como exemplo o Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), previsto na Lei de PPP (artigos 16 a 21), instituído com a finalidade de “prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais” em virtude de contratos de parceria público-privada.

Seu patrimônio, separado do dos cotistas, é formado pelo aporte de bens e direitos por eles realizados, podendo fazer parte a União, autarquias e fundações públicas federais. Em cumprimento ao seu objetivo institucional, o FGP é autorizado a prestar uma ampla gama de garantias, podendo ser de caráter pessoal – o que implica a sua responsabilidade patrimonial pela dívida garantida –, ou de caráter real – em que há a vinculação de ativos específicos para a satisfação da obrigação –, em ambos os casos podendo ser imposto teto ao valor garantido. Em caso de inadimplemento de crédito líquido, certo e exigível pelo Poder Concedente, a execução das garantias oferecidas se dá pela via extrajudicial, sob a responsabilidade do administrador do FGP, que deverá honrá-lo mediante a amortização de cotas ou liquidação de bens correspondentes à garantia¹⁰¹¹.

Em âmbito estadual paulista, é importante a menção à Companhia Paulista de Parcerias (CPP), que possui a função de fomentar e prestar garantias ao Programa Paulista de Parcerias. Tal qual no caso do FGP, há abertura normativa para a prestação das mais diversas garantias, pessoais ou reais, em cobertura a obrigações pecuniárias assumidas por entes

10 Cf. arts. 16 a 18 da Lei de PPP, assim como art. 1º, §§3º e 4º cc. art. 31 do Regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas.

11 Não obstante a regulamentação, Mauricio Portugal Ribeiro relata que tal fundo nunca emitiu nenhuma garantia, tendo sido as suas atribuições incorporadas pelo Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto – FGIE, que, criado pela Lei Federal nº 12.712/2012 em moldes semelhantes ao FGP porém com escopo mais amplo, reuniu o patrimônio antes disperso em três fundos garantidores da União – FGP, FGEE e FGCN (RIBEIRO, 2014, p. 308). Atualmente, o fundo se encontra regulamentado nos artigos 32 e 32-A da mencionada lei (com redação dada pela Lei Federal nº 14.227/2021), tendo por finalidade “viabilizar a estruturação e o desenvolvimento de projetos de concessão e de parcerias público-privadas da União, dos Estados e dos Municípios”, o que poderá ser alcançado, dentre outras medidas, pela “cobertura dos riscos, por meio de instrumentos garantidores, incluída a participação em fundo garantidor”.

públicos paulistas em contratos de parceria. Aqui também há obrigação do administrador da Companhia em honrar os créditos líquidos, certos e exigíveis que, aceitos pela instância reguladora do contrato, venham a ser inadimplidos pelo poder público, mediante procedimento semelhante ao que ocorre no âmbito federal¹².

Destacam-se ainda outras modalidades de garantia oferecidas mediante o intermédio de pessoas jurídicas de direito privado, que operam segundo mecanismos semelhantes, como é o caso do seguro-garantia (art. 8º, III, Lei de PPP) e das garantias oferecidas via organismos internacionais e instituições financeiras (art. 8º, IV).

Na recusa de execução voluntária das garantias mencionadas acima, entende-se não haver óbice à penhora e excussão de bens do patrimônio dos entes garantidores, ou dos bens dados em garantia, para fins de satisfação do crédito garantido, desde que esteja reconhecido em título certo, líquido e exigível.

Com efeito, tratando-se de pessoas jurídicas de direito privado, não se há de falar em impenhorabilidade dos bens integrantes do seu patrimônio¹³, ainda que o titular da dívida garantida seja uma pessoa jurídica de direito público. Assim, na hipótese de oferta de garantia pessoal, como a fiança, há responsabilidade dos bens do patrimônio do fundo pela dívida, e no caso de garantia real, apenas dos bens afetados, responsabilidade essa que poderá ser efetivada judicialmente mediante o procedimento de penhora e excussão dos respectivos bens, desde que haja título executivo que a respalde¹⁴.

Nesse sentido, a execução de sentenças judiciais ou arbitrais contra o poder público poderá se valer dos mencionados mecanismos de garantia por intermédio de entes privados – logicamente, desde que a obrigação cuja exigibilidade é reconhecida esteja no respectivo âmbito de cobertura –, sem que isso ofenda o regime imposto pelo artigo 100 da Constituição Federal. Destacando a possibilidade de execução patrimonial para efetivar as garantias outorgadas por fundos garantidores, SUNDFELD (2011, p. 45-46) leciona:

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatório a

12 Cf. arts. 12 a 15 da Lei estadual nº 11.688/2004, que instituiu o Programa de Parcerias e a Companhia.

13 Ressalva-se apenas o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à impenhorabilidade dos bens de estatais prestadoras de serviço público em regime não concorrencial (cf. Informativos nº 812 e 858).

14 Na regulamentação do FGP, inclusive, a lei parece ter se inclinado expressamente nesse sentido (art. 18, §7º, Lei de PPP).

execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque privada é sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. (...) A medida de modo algum implica a criação, por via de lei, de um sistema de execução de débitos públicos paralelo ao disposto no art. 100 da CF. Isso é evidente: a execução contra o parceiro público – seja movida pelo concessionário, seja pelo garantidor – será sempre a do citado art. 100. O que se submete a outro regime é a execução do débito contraído por uma pessoa privada – o FGP – ao prestar contratualmente uma garantia de pagamento de débito público.

Registra-se que tal posição é também sustentada por diversos outros autores (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 237; SCHIRATO, 2011, p. 160-161; BINENBOJM, 2005, p. 172; MIGUEL, 2009, p. 89; SCHIMDT e BRUXELAS, 2022, p. 280), malgrado existam entendimentos contrários (HARADA, 2005, p. 310-311; DI PIETRO, 2006, p. 174). Alguns chamam atenção para a necessidade de que haja previsão expressa na lei que institui a estatal ou fundo garantidor quanto às prestações cobertas a serem asseguradas, requisito indispensável para a prestação da garantia e, conseqüentemente, para a constrição patrimonial dos seus bens (MEGNA, 2019, p. 292-293; WILLEMANN, 2009, p. 137; MAROLLA, 2016, p. 169¹⁵).

Nada impede, no entanto, que a satisfação da sentença arbitral se dê sem necessidade da instauração de um processo de execução e ocorra pela via extrajudicial, desde que haja previsão de que o reconhecimento jurisdicional constitui título idôneo à deflagração do mecanismo de garantia pelo agente responsável¹⁶.

Em todo caso, se houver limitação ao valor assegurado, não há dúvida de que a satisfação do crédito via execução de garantia deverá obedecer ao limite imposto, e qualquer valor remanescente que desborde deste montante haverá de ser direcionado ao ente público devedor, executando-se pela via dos precatórios (MEGNA, 2019, p. 292).

Questão mais sensível diz respeito às garantias oferecidas pelo próprio ente contratante, ou outra pessoa jurídica de direito público que figure como interveniente no contrato, o que remete, principalmente, à vinculação de receitas e à constituição de fundos especiais para esta finalidade (art. 8º, I e II, da Lei de PPP). Em ambos os casos, o ente público destina receitas correntes a contas segregadas, ou fundos de natureza

15 Indo além, a autora entende ser necessário haver uma previsão expressa albergando a cobertura de sentenças arbitrais, e não apenas da prestação contratual que restou reconhecida pela jurisdição arbitral.

16 Cite-se como exemplo previsão constante do Contrato de PPP do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte, em que a sentença arbitral que reconhece direito a indenização ao parceiro privado por rescisão contratual configura hipótese autorizadora da transferência de créditos e recursos dados em garantia (Cláusula 20.1.6).

contábil, vinculando a utilização dos respectivos recursos exclusivamente a pagamentos relacionados ao contrato, enquanto este permanecer em vigor.

Neste ponto, destaca-se mecanismo análogo que vem sendo empregado nas concessões rodoviárias do Estado de São Paulo¹⁷ e, mais recentemente, nas federais¹⁸. Trata-se da reserva de recursos da concessão, que constituiriam saldo em favor do poder concedente – como outorgas fixa e variável e descontos tarifários relacionados a desempenho –, para servirem exclusivamente a finalidades indicadas no contrato, o que se dá mediante a constituição de contas vinculadas geridas por banco depositário, conforme as regras contratuais. Prevê-se como destinações destes recursos, dentre outras, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, compensações por riscos específicos assumidos pelo poder concedente, viabilização de novos investimentos e pagamento de indenizações por extinção do contrato, concretizando a ideia de que a concessão se pague com seus próprios recursos.

Apesar de ser uma solução eficaz para assegurar liquidez à realização dos pagamentos devidos pelo poder concedente – o que representa um importante facilitador do cumprimento voluntário de suas obrigações contratuais –, a vinculação de recursos possui natureza orçamentária, não abrindo espaço para mecanismos de execução forçada caso haja a instauração de controvérsia em torno do direito do parceiro privado, ou mesmo em caso de puro e simples inadimplemento pela Administração (SCHIRATO, 2011, p. 150). Segundo RIBEIRO e PRADO (2007, p. 219), tais mecanismos não se caracterizariam como “garantias” na acepção usual do termo, por não oferecerem exequibilidade. Nos casos em que esta é a única modalidade de proteção oferecida, eventual crédito constituído contra o poder concedente pela via jurisdicional (judicial ou arbitral) terá que seguir o rito de cumprimento via precatório.

Cenário diverso ocorre no caso em que a parte pública efetivamente constitui ônus sobre bens e direitos de sua titularidade, contemplando o parceiro privado com direitos reais de garantia que, nos termos da lei civil, franqueiam a excussão e alienação dos respectivos ativos para satisfação do crédito garantido em caso de inadimplemento.

Apesar de essa hipótese suscitar questionamentos quanto à compatibilidade com o regime aplicável aos bens públicos, há relevantes vozes doutrinárias que sustentam a sua viabilidade jurídica, tendo em vista: (i) a possibilidade de alienar – e, por coerência, onerar – bens públicos desafetados (dominicais), ou mesmo

17 Cite-se como exemplo o Contrato de Concessão nº 0409/ARTESP/2020, abrangendo o conjunto de rodovias denominado Lote Piracicaba-Panorama, que promove o regramento do sistema de contas vinculadas em seus Apêndices D e G.

18 Fazemos referência ao mecanismo de “Recursos Vinculados” adotado na nova concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro – São Paulo (Rodovia Dutra), previsto na Cláusula 12 do contrato.

de afetá-los à finalidade específica de servir como garantia real a obrigações contratuais assumidas pelo poder público; e (ii) o permissivo legal contido no artigo 8º, VI, da Lei de PPP, admitindo que o poder concedente se valha de outros mecanismos de garantia admitidos em lei¹⁹. Já se vislumbra, inclusive, a sua utilização em concreto em algumas modelagens contratuais²⁰.

Em suma, vislumbram-se diversos mecanismos de garantia pública disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a satisfação de sentenças que reconheçam a exigibilidade de pagamentos em contratos de PPP, seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado, controladas ou não controladas pelo poder concedente, seja via constituição de ônus reais sobre bens públicos, apresentando-se como alternativas ao cumprimento via regime de precatórios.

Não obstante as garantias públicas em PPP desde o início terem sido associadas à cobertura do pagamento de contraprestações e aportes públicos, dada a essencialidade destas prestações para a sustentação financeira dos projetos²¹, impõe reconhecer que há espaço normativo para a extensão de tais mecanismos a um amplo espectro de outras obrigações financeiras assumidas pelo poder público²².

Assim, cogita-se hoje da utilização de garantias para efetivar pleitos não apenas relacionados a contraprestações e aportes, mas também a indenizações em geral devidas pelo poder público, inclusive compensações atreladas ao reequilíbrio de contratos de concessão e

19 Nesse sentido, para SCHIRATO (2011, p. 165): “Ademais, nada impede que a afetação de um bem seja exatamente a finalidade de garantir uma obrigação contraída pelo Poder Público, fazendo com que sua única destinação seja a constituição de um penhor para viabilizar determinada operação. Neste caso, muito embora o bem permaneça sob o domínio do Poder Público, poderá ser alienado a qualquer tempo, no caso de excussão do penhor constituído”. Com o mesmo entendimento: MARQUES NETO, 2008, p. 355; BINENBOJM, 2005, p. 172; WILLEMANN, 2009, p. 133ss.

20 Cf. a PPP para a concessão patrocinada da Rodovia SP-099 (Rodovia dos Tamoios), firmada pelo Estado de São Paulo, que previu garantia constituída por meio de penhor ou cessão fiduciária incidente sobre créditos de outorga titularizados pelo DER-SP em decorrência de outras concessões (Cláusula 32.2.1) e a PPP da Educação firmada pelo Município de Belo Horizonte, que também utilizou-se do instituto do penhor para dar em garantia créditos detidos pelo poder concedente perante a Copasa MG (Cláusula 34.5).

21 É a formatação utilizada até hoje nos contratos do Estado de São Paulo, por exemplo.

22 Atente-se para o fato de que a previsão normativa do artigo 8º da Lei de PPP é suficientemente ampla para permitir uma interpretação nesse sentido, e o mesmo vem sendo mantido nas legislações de regência de fundos garantidores de referência no cenário nacional, já abordados acima, como é o caso do FGP e FGE no âmbito federal, e da CPP no âmbito do estado de São Paulo.

PPP²³, tudo a depender de como será formatada a modelagem regulatória e contratual aplicável²⁴.

4.3. O Recurso a Mecanismos de Reequilíbrio Contratual Alternativos à Indenização Pecuniária

Sob a perspectiva da proteção ao parceiro privado, o sistema de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e PPP opera quando da ocorrência de eventos de responsabilidade do parceiro público que afetam negativamente o fluxo de caixa da concessão. Nesses casos, apesar de o reequilíbrio reclamar uma compensação financeira capaz de reestabelecer o fluxo de caixa impactado, caso o contrato ainda esteja em curso, existem variados mecanismos que possibilitam o alcance da recomposição almejada, tais como aumento de tarifa, prorrogação do prazo contratual, redução de investimentos etc.

Em diálogo com esse contexto, o Decreto de arbitragem da União (Decreto federal nº 10.025/2019) prevê a utilização de tais mecanismos também nos casos em que o direito a reequilíbrio é reconhecido em sentença arbitral²⁵.

Apesar de a redação do mencionado dispositivo adotar conceito abrangente, abarcando quaisquer instrumentos contratuais substitutivos de indenizações pecuniárias, é difícil imaginar hipóteses de aplicação prática que não estejam relacionadas a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro formulados no contexto de contratos em andamento, oportunidade em que será possível o recurso a mecanismos de alteração contratual que, oferecendo ao contratado proveito econômico equivalente, substituam o valor de indenização definido em sentença para recompor o impacto decorrente do evento de desequilíbrio.

Não parece haver, aqui, qualquer incompatibilidade com o regime constitucional para o pagamento de condenações pecuniárias impostas à Administração Pública, pois, nesse caso, não há adimplemento de prestação pecuniária pelo Estado, mas sim de prestações substitutivas capazes de

23 Em defesa da extensão do sistema de garantias públicas a créditos decorrentes de indenizações e reequilíbrios contratuais: RIBEIRO, 2014, p. 299; ALENCAR, 2019, p. 256.

24 Exemplos práticos são vislumbrados em contratos de PPP firmados pelo Estado da Bahia (PPP da Ponte Salvador-Itaparica, Cláusula 28.3) e pelo Município de Belo Horizonte (PPP da Educação, Cláusula 34.1, e PPP do Hospital Metropolitano, Cláusula 20.1). No último caso, além de se ter previsto um amplo espectro de obrigações do poder público asseguradas por garantia, também há a previsão expressa da possibilidade de sua execução para o cumprimento de sentenças arbitrais que reconheçam a exigibilidade de tais obrigações (Cláusula 20.16 da PPP do Hospital Metropolitano).

25 “Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. (...) §2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento de sentença arbitral ocorra por meio de: I – instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro”.

neutralizar o desequilíbrio reconhecido em sentença que se enquadram como obrigações de fazer e, portanto, não estão sujeitas ao regime de precatórios. Não por menos, disposições semelhantes vêm sendo incorporadas por outros entes da federação²⁶.

Em todo caso, o direito do parceiro privado a se valer de mecanismos alternativos de compensação para a satisfação do seu direito a reequilíbrio é condicionado à anuência do poder público. Trata-se, na essência, de um instrumento da Administração Pública consensual, no que se assemelha ao acordo para encerramento de arbitragem discutido anteriormente. Na quadra atual, já se tem notícia da concordância da União e suas agências com tal forma de cumprimento em algumas arbitragens de que participam, manifestada em Ata de Missão²⁷.

Coloca-se, no entanto, a questão sobre se estaria autorizada a imposição coercitiva de tais mecanismos à Administração Pública, independentemente da manifestação de sua concordância nos instrumentos de regência do contrato ou da arbitragem.

Apesar de a literatura ser escassa sobre o tema – o que se justifica em virtude de sua novidade –, entendemos que tal imposição desbordaria dos limites da jurisdição do tribunal arbitral, e mesmo de um juiz estatal.

É que a escolha quanto à forma de reequilibrar contratos de concessão ou PPP envolve um legítimo juízo de discricionariedade do administrador público, o que é positivado na grande maioria dos contratos e regulamentações setoriais²⁸.

26 Cf. art. 15, §3º, I, do Decreto nº 55.996/2021 do Estado do Rio Grande do Sul. No entanto, entendemos possível a aplicação deste instrumento em outras esferas federativas, independente de haver previsão expressa em lei ou decreto regulamentar, dado que, como se argumentou acima, envolve mecanismos que decorrem do regime jurídico aplicável à espécie e independem de autorização específica, não obstante seja importante a admissão expressa para fins de oferecer maior segurança jurídica às instâncias decisórias da Administração.

27 Por exemplo, no §209 da Ata de Missão do Procedimento Arbitral CCI nº 26467/PFF (Claro S.A. x ANATEL, com intervenção da União) consignou-se: “Conforme as cláusulas 13.2 e 13.3 do Compromisso Arbitral, na hipótese de condenação da Requerida, serão preferencialmente adotados mecanismos de compensação previstos ou admitidos na legislação, na regulamentação e/ou no Contrato de Concessão, desde que aptos a produzir proveito econômico equivalente, na forma a ser decidida pelo Tribunal Arbitral. Subsidiariamente, caso os mecanismos de compensação não sejam aptos a produzir o proveito econômico equivalente, o Tribunal Arbitral poderá determinar a expedição de precatório judicial ou requisição de pequeno valor”. Provisões semelhantes constam nos procedimentos e CCI nº 26.383/PFF (Telefônica Brasil S.A. x ANATEL) – item 18.8 da Ata de Missão – e CCI nº 23960/GSS/PFF (Rota do Oeste x ANTT e União) – item 18.6 da Ata de Missão. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/needir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1>>. Acesso em 23 ago. 2022.

28 Tem-se como exemplos os contratos de concessão rodoviária administrados pela ANTT (v.g. Cláusula 23.3 do novo contrato de concessão do Sistema Rodoviário Rio-São Paulo (Rodovia Dutra) e ARTESP (v.g. Cláusula Vigésima Terceira do contrato de concessão do Lote Piracicaba-Panorama).

E isso é assim pois muitas das modalidades de recomposição do equilíbrio contratual implicam, além de proveito econômico ao concessionário, na alteração de parâmetros essenciais da prestação do serviço público concedido – como o valor da tarifa, a qualidade do serviço, o montante de investimentos na infraestrutura e a periodicidade de sua renovação, dentre outros –, que estão intimamente ligados à própria definição da política pública correlata. Logo, são providências inerentes ao mérito administrativo, cuja determinação incumbe apenas a agentes que exercem a função respectiva, não sendo alcançada pelo poder jurisdicional, seja arbitral ou estatal²⁹.

Conclui-se, então, que a única prestação que pode ser imposta coercitivamente ao poder público quando do reconhecimento de um direito a reequilíbrio do contratado é o pagamento de valor pecuniário correspondente ao desequilíbrio verificado, obrigação que, por imperativo legal e constitucional, há de ser cumprida pelo rito dos precatórios.

5. CONCLUSÕES

O artigo buscou apresentar um panorama acerca da efetivação de pleitos pecuniários que venham a ser objeto de litígio arbitral com o poder público, destacando, de um lado, o caminho natural para a sua satisfação – o regime constitucional de precatórios – e, de outro, a existência de instrumentos alternativos aplicáveis no cenário das contratações público-privadas.

Como se pôde ver, a aplicabilidade do regime constitucional dos precatórios à espécie é uma decorrência, de um lado, da natureza jurisdicional da arbitragem e de sua equiparação à jurisdição estatal e, de outro, da necessidade de haver previsibilidade na realização das despesas públicas e tratamento isonômico dos credores do Estado brasileiro.

Contudo, sustentou-se a existência de espaço no ordenamento jurídico para a utilização de instrumentos alternativos, mais céleres e eficazes, para a efetivação dos pleitos que envolvam o pagamento de quantia pelo poder público.

Discorreu-se, primeiramente, acerca da viabilidade da realização de acordos para encerramento de litígios arbitrais. Manifestação da realidade consensual que hoje vive a Administração Pública brasileira, os acordos em arbitragem têm potencial para gerar ganhos para ambas as partes e, exatamente por isso, vêm se disseminando na prática. Nos parece,

29 “O mérito do ato administrativo constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro. (...) Sendo significativo, exatamente, daquele espaço de discricionariedade deixado por lei ao Administrador, é certo não permitir-se sua apreciação tanto em juízo como em arbitragem” (SALLES, 2011, p. 260).

no entanto, que a utilização deste instrumento fica limitada ao período anterior à prolação da sentença arbitral, pois, na linha do entendimento que vem sendo formado em sede jurisprudencial e controladora, uma vez que o crédito tenha sido certificado por título judicial irrecorrível, não seria lícito à Administração adimpli-lo via pagamento direto, sob pena de preterição de credores.

Em seguida, abordou-se a possibilidade de efetivação dos créditos reconhecidos em sentença arbitral por meio de garantias públicas, cada vez mais presentes nas PPPs e mesmo em algumas concessões comuns, como visto. Com relação às garantias prestadas por intermédio de entidades privadas – como fundos garantidores, empresas estatais e instituições financeiras –, não há maiores dificuldades em admitir a execução judicial de seus bens para a satisfação do crédito do parceiro privado – logicamente, desde que esteja no âmbito de cobertura da garantia oferecida –, ou até mesmo a execução pela via extrajudicial, a depender da modelagem dos instrumentos pertinentes. O mesmo se pode afirmar em relação à constituição de garantias reais sobre bens públicos, desde que observados os limites jurídicos para tanto. Assim, cogita-se hoje da utilização de garantias para efetivar pleitos variados no contexto das concessões e PPPs, relacionados ao pagamento de contraprestações, aportes, indenizações e até mesmo reequilíbrios contratuais.

Por fim, tratou-se da utilização de mecanismos de reequilíbrio contratual em substituição ao valor de indenização definido em sentença para recompor o impacto decorrente de eventos de desequilíbrio. Prevista expressamente em alguns instrumentos normativos regulamentadores da arbitragem com o poder público, tal possibilidade decorre do reconhecimento de que, especialmente no contexto de contratos de longo prazo em andamento, o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pode ser satisfeito mediante prestações variadas, muitas das quais se enquadram como obrigações de fazer e, portanto, não estão sujeitas ao rito de precatórios. Porém, é imprescindível que haja concordância do poder concedente quanto à modalidade de reequilíbrio a ser promovida, por ser uma escolha inerente ao mérito administrativo e, portanto, insindicável pela jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Leticia Lins. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPP) e a constituição. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 241, Jul./Set. 2005

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 239, Jan/Mar 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006

FICHTNER, Jose Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson, MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Forense: Rio de Janeiro, 2019

HARADA, Kiyoshi. *Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas*. Art. 8º da Lei nº 11.079/04. Parecer publicado no Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Editora NDJ, nº 3, mar. 2005

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. 2008. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, São Paulo

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas*. Dissertação (Mestrado) orientada por Odete Medauar. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

MOREIRA, Egon Bockmann et al. *Precatórios: o seu novo regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022

LIMA, Ivan Henrique Moraes. *Prestação de garantia pelo poder concedente em concessão comum de transporte público coletivo*. 2021. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

RIBEIRO, Maurício Portugal (coord.). *10 anos da Lei de PPP e 20 anos da Lei de Concessões: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social*, 2014

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – parceria público-privada – fundamentos econômicos e jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SCHIMDT, Gustavo da Rocha; BRUXELAS, Luíza Lucas. Arbitragem, contratos administrativos e custos de transação. In: PORTO, Antônio Maristello; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Perspectivas da análise econômica do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, ed. 64 (2009).

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ACORDO NAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POTENCIALIDADES DO USO DA CLÁUSULA “ARB-MED-ARB” NO BRASIL

*AGREEMENT IN ARBITRATIONS INVOLVING THE PUBLIC
ADMINISTRATION: POTENTIALITIES OF THE USE OF THE
“ARB-MED-ARB” CLAUSE IN BRAZIL*

Gustavo Justino de Oliveira

*Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP e no
IDP (Brasília-DF). Árbitro, Mediador, Consultor e Advogado especializado em
Direito Público. Membro integrante do Comitê Gestor de Conciliação da Comissão
Permanente de Solução Adequada de Conflitos do CNJ. www.justinodeoliveira.com.br*

Manuela Albertoni Tristão

*Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial. Integrante da Diretoria Acadêmica do
CJA/CBMA. Advogada na área de arbitragem e resolução de conflitos em Justino de
Oliveira Advogados.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Administrativo Consensual e Arbitragem: inclinação da Administração Pública para a celebração de “acordos endoarbitrais”. 3. Difusão da cláusula “arb-med-arb” na arbitragem comercial internacional. 4. Potencialidades da cláusula “arb-med-arb” em arbitragens envolvendo a Administração Pública. 5. Conclusão. 6. Referências

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar qual a aplicabilidade da cláusula “arb-med-arb” em procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública brasileira. Para isso, inicialmente, demonstra-se o novo cenário do Direito Administrativo, que se vê imerso à lógica da consensualidade, incentivando a celebração de acordos por parte da Administração, inclusive durante os procedimentos arbitrais. No decorrer dos últimos anos, a legislação brasileira passou a refletir cada vez mais a lógica do *Sistema de Justiça Multiportas*, incentivando a utilização dos MESC’s nas relações privadas e, igualmente, nas relações públicas, com o objetivo de conferir maior celeridade e eficiência para as resoluções de disputas contratuais. Esse movimento tem sido observado no panorama da arbitragem internacional e constatado por pesquisas realizadas desde o ano de 2005, as quais revelaram que a maior parte das arbitragens comerciais internacionais finalizaram em acordo, fazendo que regulamentos de câmaras arbitrais estimulassem a livre combinação dos modos de solução de disputas. Foi nesse contexto que os Centros Internacionais de Mediação e de Arbitragem (SIMC-SIAC) de Singapura publicaram o “Protocolo AMA”, institucionalizando a cláusula “arb-med-arb” e garantindo vantagens da mediação e da arbitragem. No intuito de inovar, através de pesquisas quantitativas e bibliográficas, pretende-se demonstrar qual a aplicabilidade da cláusula “arb-med-arb” em arbitragens envolvendo o Poder Público, no Brasil, como forma de garantir, além da rapidez e da eficiência, a obtenção de termo de acordo com a validade de título executivo judicial, tal qual conferido pela sentença arbitral, nos termos do Art. 515, inciso VII do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Consensual. Arbitragem. Acordos. Cláusulas Híbridas. Cláusula “arb-med-arb”.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the applicability of the “arb-med-arb” clause in arbitration proceedings involving the Brazilian Public Administration. For this, initially, the new scenario of Administrative Law is demonstrated, which is immersed in the logic of consensus, encouraging the conclusion of agreements by the Administration, including during arbitration proceedings. During the last few years, Brazilian legislation has increasingly reflected the logic of the Multi-Port Justice System, encouraging the use of MESC’s in private relations and, equally, in public relations, with the purpose of making contractual disputes resolutions faster and more efficient. This movement has been observed in the international arbitration panorama and verified by

surveys carried out since 2005, which revealed that most international commercial arbitrations ended in an agreement, causing the rules of arbitration chambers to encourage the free combination of the modes of dispute resolution. It was in this context that the Singapore International Mediation and Arbitration Centers (SIMC-SIAC) published the “AMA Protocol”, institutionalizing the “arb-med-arb” clause and guaranteeing the advantages of mediation and arbitration. In order to innovate, through quantitative and bibliographical research, we intend to demonstrate the applicability of the “arb-med-arb” clause in arbitrations involving the Public Administration, in Brazil, as a way to ensure, in addition to speed and efficiency, the attainment of an agreement term with the validity of a judicial enforcement instrument, as conferred by the arbitration award, under the terms of Article 515, VII of the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Consensual Administrative Law. Arbitration. Agreements. Hybrid Clauses. “arb-med-arb” Clause.

1. INTRODUÇÃO

Ao menos nos últimos 10 (dez) anos, a utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública passou a ser compreendida como um mecanismo vantajoso e que tem proporcionado bons e efetivos resultados às partes envolvidas, mormente quando comparado ao sistema judicial de conflitos de interesses. A razão, dentre tantos fatores, provavelmente reside na rapidez e celeridade dos procedimentos, aliado a expertise dos árbitros que integram os Tribunais Arbitrais.

A temática tem perpassado e sobrevivido a várias polêmicas e interpretações enviesadas ao longo desse interregno. No entanto, após (i) a expressa inclusão do parágrafo primeiro, Art. 1º, na Lei de Arbitragem nº 9.307/96, pela Lei Federal nº 13.129/2015, e (ii) da edição posterior de diversas outras normativas não somente sobre a arbitragem, mas igualmente do uso de outros MASC – Meios Alternativos de Solução de Conflitos - pela Administração Pública - no intuito de prestigiar o que se passou a denominar Sistema de Justiça Multiportas - parece-nos que a autorização legal para a arbitragem, até certo ponto, tem se tornado unânime na doutrina, sobretudo no que se refere à sua abrangência, conteúdo e forma.

O próprio Código de Processo Civil, em seu Capítulo I, Art. 3º, parágrafos 2º e 3º, estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a

solução consensual dos conflitos, que deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive durante o processo judicial”.

Além disso, um conjunto de outras normativas já previam o uso dos MASCs junto à Administração Pública, sendo possível citar a Lei nº 9.472/1997 (Lei da ANATEL), Lei nº 9.478/1997 (Lei da ANP), Lei nº 10.233/2001 (Lei da ANTT e ANTAQ), Lei nº 10.848/2004 (Lei da ANEEL), Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), bem como o marco legal de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei nº 13.140/2015).

Uma das alterações mais recentes e relevantes sobre a temática foi a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021, que revogou a anterior Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei federal nº 8.666/1993), estabelecendo expressamente e promovendo a utilização de meios alternativos de prevenção e de resolução de controvérsias nas contratações regidas pela referida lei, abrangendo não só a arbitragem, como também a conciliação, a mediação e o comitê de resolução de disputas (Art. 151).

Embora a Lei nº 14.133/2021 não tenha a rigor inovado significativamente ao prever a possibilidade de utilização dos MASCs nas questões ligadas ao Direito Administrativo, recentes pesquisas empíricas identificaram como positiva, para além do aumento da participação da Administração Pública Direta e Indireta nas arbitragens durante os anos de 2018 e 2019 (LEMES, 2020)¹, a combinação estratégica dos métodos conhecidos como ADRs – *Alternative Dispute Resolution* - para a solução eficaz de disputas. Disso tende a decorrer que, no transcurso da arbitragem, os árbitros poderão incentivar que as partes cheguem a um acordo total ou parcial, através de uma forma resolutiva amigável, tal qual previsto e incentivado pelos Arts. 21, parágrafo 4º, e 28 da Lei de Arbitragem.

Assim, ainda que as partes tenham acordado pela utilização da arbitragem como forma de resolução de disputa, também poderão, mediante consenso, se valer de outros meios que sejam igualmente eficazes durante o procedimento arbitral. Essa lógica já é aplicada quando da contratação de cláusulas escalonadas ou cláusulas “med-arb”, em que a instituição da arbitragem fica condicionada à instauração prévia da mediação.

Acerca do tema, dado interessante foi coletado pela análise interna dos casos arbitrais em trâmite no CAM-CCBC envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta, realizada em 2020, que demonstrou que a maior parte desses procedimentos arbitrais finalizaram em acordo (66,67%),

1 LEMES, Selma Ferreira. Pesquisa 2020 – *arbitragem em números e valores. Oito câmaras. 2 anos – período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.)*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 05 ago. 2022

enquanto somente 22,22% tiveram sentença prolatada e 11,11% foram encerrados devido à desistência ou extinção (FURTADO; SOUZA; KOBAYASHI, 2021)².

Considerando esse cenário de mescla ou combinação entre métodos adequados de resolução de conflitos, especialmente durante os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública – os quais muitas vezes têm sido finalizados por acordos endoarbitrais, posteriormente homologados pelo Tribunal Arbitral – parece ser pertinente investigar acerca da utilização e da institucionalização da cláusula “arb-med-arb” no escopo das arbitragens público-privadas brasileiras, já muito utilizada nas arbitragens comerciais internacionais.

A partir desse modelo, as partes dão azo às múltiplas possibilidades de resolução de seus problemas, havendo a possibilidade de instauração da arbitragem e, posteriormente, da mediação para tentativa da melhor solução possível. Havendo necessidade, caso não cheguem a um consenso, as partes podem retornar à arbitragem, a fim de obter uma sentença eficaz e exequível.

Nesse sentido, a cláusula “arb-med-arb” também é um importante mecanismo de adequação do litígio ao mecanismo que possa geri-lo de maneira mais satisfatória, porquanto permite o uso da mediação caso esta pareça mais adequada à resolução do conflito em comparação à arbitragem, e vice-versa.

Diante disso, o presente trabalho pretende (i) apresentar o elevado consensualismo que se encontra fortemente ampliado no Direito Administrativo, nos dias de hoje, o qual ao fim e ao cabo tem incentivado a Administração Pública a celebrar acordos também no bojo de procedimentos arbitrais e (ii) discorrer sobre a pertinência da institucionalização da cláusula “arb-med-arb” nas arbitragens envolvendo o ente Público no Brasil.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL E ARBITRAGEM: INCLINAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A CELEBRAÇÃO DE “ACORDOS ENDOARBITRAIS”

O consensualismo na Administração Pública e o novo contratualismo administrativo são dois movimentos presentes em diversos países ocidentais que retratam um novo eixo da dogmática do Direito Administrativo, o qual sinaliza novas rotas evolutivas do modo de administrar no Estado do século XXI (OLIVEIRA; MOREIRA, 2022, p. 4).

2 FURTADO, Ana Flávia; SOUZA, Leonardo F.; KOBAYASHI, Patrícia, *Resposta ao Pedido de Dados sobre Arbitragens com a Administração Pública no CAM-CCBC* (PD 021/2021), Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 27 de Julho de 2021.

Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, o Direito Administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade (OLIVEIRA; MOREIRA, 2021).

O modelo burocrático – baseado na hierarquia e na racionalização legal das competências – passa a coexistir com outros modelos que prestigiam de modo mais acentuado a eficiência e resultados (gerencialismo) e também a democraticidade e legitimidade das relações jurídico-administrativas (nova governança pública e Administração Pública paritária).

No campo normativo, como bases legais para a celebração de acordos administrativos, temos Art. 5º, §6º, da Lei federal nº. 7.347/1985 e Art. 116 da Lei federal nº. 8.666/1993; mais recentemente, numa perspectiva de autocomposição administrativa, os Arts. 3º e 32 da Lei federal nº. 13.140/2015, o Art. 26 da LINDB, com as modificações da Lei federal nº. 13.665/2018, e os Arts. 151 a 154 da Lei federal nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos.

No que diz respeito ao sistema de justiça brasileiro,

[h]oje em dia há um sistema multiportas, isto é, há mais de uma modalidade para a solução do conflito envolvendo a Administração. Isso porque o ordenamento jurídico coloca à disposição da Administração várias formas de solução de suas controvérsias, muitas vezes, de forma sucessiva (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 65)³.

Em prol deste Sistema de Justiça Multiportas, é seguro concluir que, atualmente, o contexto institucional – sobretudo, mas não somente, as controvérsias oriundas de contratos de concessão – é favorável à adoção dos MASCs, quer por meio da mediação, quer por meio da arbitragem, ou ainda por negociação entre as partes e, até mesmo, pela instituição de um *Dispute Board* (OLIVEIRA; MOREIRA, 2022, p. 4).

Note-se que o ambiente jurídico-político-institucional contemporâneo brasileiro é abertamente propício à formação de consensos e acordos administrativos, assim como à obtenção de decisões tecnicamente mais qualificadas (por meio de arbitragem, por exemplo).

Assim, revela-se imprescindível enfrentar e desenvolver a figura do acordo administrativo em um quadrante dogmático que lhe seja próprio – e não mais tomado emprestado do contrato administrativo – como uma

3 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem administração pública*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 65

categoria jurídica autônoma do direito administrativo brasileiro, a ele conferindo tratamentos normativo e dogmático adequados.⁴

Sem prejuízo de ainda serem apresentados como novidade, no Brasil, os acordos administrativos como instrumentos de ação pública remontam ao menos ao Decreto-lei nº. 200/1967, na figura emblemática dos convênios, inicialmente previstos para selar entendimentos mantidos entre entes federativos e órgãos públicos entre si. De lá para cá, não somente os convênios tiveram ampliados seus usos - inclusive passando a disciplinar relações entre órgãos públicos e entes privados - como foram surgindo diversos outros tipos de acordos administrativos, nominados e inominados, endoprocessuais e endocontratuais, e geradores de direitos, deveres e obrigações entre órgãos e entes públicos entre si, ou entre estes e os particulares.

Conforme já destacamos na abertura deste artigo, é bastante perceptível que os acordos público-privados também vêm encontrando um terreno fértil no transcurso dos procedimentos arbitrais nos quais a Administração Pública é parte (OLIVEIRA; MOREIRA, 2021).

Trata-se de realidade tão recente quanto o próprio emprego da arbitragem pelos entes públicos, constatação que nos leva a refletir sobre os motivos pelos quais os aqui denominados “acordos endoarbitrais”, parciais ou totais, passaram a ser tão corriqueiros na prática arbitral que envolve a Administração Pública.

Um primeiro aspecto a ser enfrentado diz respeito à imanente natureza consensual da cláusula compromissória que determina o uso da arbitragem para a solução de dadas controvérsias envolvendo a Administração Pública e um particular (ou mesmo outro ente público).⁵

A despeito do litígio que haverá de ser solucionado pela arbitragem, o acordo de vontades público-privado, que faz emergir como obrigação entre as partes o uso da arbitragem para os fins ali especificados, acabaria estimulando em algum grau e intensidade – assim que a arbitragem é instaurada – um cenário em que as partes podem se sentir estimuladas a renovar o diálogo entre si, à luz de um Tribunal Arbitral que as acolha devidamente e gere um ambiente institucional de escuta ativa que terminaria por favorecer a celebração de acordos parciais ou mesmo totais acerca dos pontos controvertidos que integram aquele litígio.

4 Para aprofundar sobre o tema dos acordos administrativos, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de Gestão. São Paulo: RT, 2008; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (Coords). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

5 Sobre consensualismo administrativo e arbitragem, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 598-640.

Importa notar que esta constatação não deixa de ser um reflexo da ampliação da consensualidade administrativa para a atuação da Administração Pública que, mesmo inserida em contexto de litígio arbitral, enxerga ali oportunidades de celebrar acordos que podem pôr fim a este litígio, naturalizando-se a autocomposição em ambiente que a princípio tem natureza mais litigiosa.

Dito isso, talvez seja pertinente perquirir sobre o porquê tais acordos não se operaram na anterior esfera administrativa, típica da execução do contrato administrativo, uma vez que cabe ao ente público contratante o poder de promover acordos endocontratuais para solucionar controvérsias que emergem naqueles contextos negociais.

E aqui as respostas podem ser várias: partindo-se da falta de tradição ou cultura conciliatória e autocompositiva contratual da Administração Pública no país, caminhando-se até o vetusto temor reverencial que os gestores públicos manifestam em relação às agudas intervenções – de cunho sancionatório inclusive – que muitas vezes órgãos de controle como Tribunais de Contas, Ministério Público e mesmo controladorias internas acabam por realizar sobre decisões que são assumidamente de competência dos agentes públicos.

O “medo de decidir” que acomete grande parte dos gestores públicos brasileiros termina por criar um fenômeno de fugas ou deslocamentos de medidas e providências conciliatórias autocompositivas – que muito bem poderiam ser tomadas na própria esfera administrativa – para rotas outras, como o Judiciário e a Arbitragem.⁶ E sobretudo no bojo dos processos arbitrais, os gestores públicos provavelmente sentem-se mais aconchegados e de certa maneira protegidos pela institucionalidade que a arbitragem acaba por originar e tutelar junto às partes, com a presença do Tribunal Arbitral que, ao final, deverá decidir o litígio, se as partes não chegarem a um eventual acordo ou convergências mínimas sobre os pontos controvertidos daquela demanda.

Ainda sobre este ponto, André Rodrigues JUNQUEIRA, em primoroso artigo, enfrenta e enumera dificuldades inerentes à celebração de acordos em arbitragens com participação do Estado,

[e]specialmente em razão do papel desempenhado pelos órgãos de controle externo à administração pública, os quais, em muitos casos, acabam por impedir a consecução de transações, pelo apego a uma forma de compreensão do direito administrativo que poderá ser revisitada

6 Cf. crítica contundente de Eduardo JORDÃO (2022), que destaca, nesse contexto, a ocorrência de uma eventual “inflação artificial do número de arbitragens”. Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/arbitragem-em-tempos-de-canetas-apagadas-25052022>.

pela novação legislativa trazida pela Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018” (JUNQUEIRA: 2020, 354)⁷.

Outro ponto a ser considerado, e que pode igualmente servir de estímulo aos acordos endoarbitrais envolvendo a Administração Pública, é que, tendo em vista a própria natureza do procedimento arbitral e de características como celeridade, curto prazo de tomada de decisão, predomínio da tecnicidade e produção probatória mais intensa, ao vislumbrar uma real chance de perda significativa ou condenação em valores significativos, o ente público pode se sentir mais pressionado a buscar convergências junto à contraparte e celebração de acordos menos vultosos do que ao final seriam uma condenação ao pagamento integral dos valores em litígio perpetrada pelo Tribunal Arbitral.

Indubitavelmente, outros fatores exógenos e endógenos podem desempenhar um convite a acordos endoarbitrais, e não temos a intenção de esgotar o tema nessa oportunidade.⁸

Porém, atraindo a atenção para a realidade segundo a qual por estas e outras razões a celebração de acordos endoarbitrais vêm se revelando bastante comuns no dia a dia das arbitragens envolvendo a Administração Pública, incumbe-nos avaliar e quiçá buscar um ambiente mais favorável no curso do procedimento arbitral que traga mais estímulos, serenidade e segurança jurídica às partes para encetarem um acordo endoarbitral sobre pontos controvertidos do litígio.

Uma dessas possibilidades, a nosso ver, seria explorar as potencialidades da cláusula “arb-med-arb” no contexto das arbitragens envolvendo a Administração Pública, de certo modo consideradas usuais no contexto da arbitragem comercial internacional.

É o que se passa a enfrentar.

3. DIFUSÃO DA CLÁUSULA “ARB-MED-ARB” NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A cláusula “arb-med-arb” assim foi denominada e ganhou especificidades através da publicação do “Protocolo AMA”⁹ pelo Centro

7 JUNQUEIRA, André Rodrigues. Acordo no âmbito da arbitragem com a administração pública. In: FILHO, Wilson Accioli de Barros (org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Almedina, 2020. cap. 13, p. 339-356.

8 Sobre o tema, cf. GABRIEL, Anderson de Paiva; MOOG, Maria Eduarda. Arbitragem como mecanismo indutor à resolução consensual de litígios. Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-arbitragem-como-mecanismo-indutor-a-resolucao-consensual-de-litigios-17022020>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

9 SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE. SIAC-SIMC arb-med-arb Protocol. Disponível em: <https://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

Internacional de Mediação de Singapura (SIMC) em parceria com o Centro Internacional de Arbitragem de Singapura (SIAC), no ano de 2014. Em breve síntese, a cláusula reflete a possibilidade de as partes realizarem tentativas de soluções consensuais após a instauração do procedimento arbitral, sendo possível a ele retornar, seja em razão do resultado infrutífero de mediação, no intuito de conferir seguimento à arbitragem, seja para a homologação do acordo celebrado durante a mediação, conferindo-lhe os mesmos efeitos de um laudo arbitral.

Essa alternativa passou a ser vantajosa escolha para a comunidade arbitral, uma vez que o instituto se mostrou efetiva porta de entrada para a realização de acordos, ainda que sua natureza não seja autocompositiva, garantindo soluções eficazes às partes, mediante a combinação dos ADRs.

Pesquisa realizada por Brian Canada, Debi Slate e Bill Slate, publicada no sítio eletrônico da Dispute Resolution Data, demonstrou que, após a análise de 3.642 casos de arbitragem comercial internacional desde 2005, aproximadamente 59% dos procedimentos arbitrais instaurados finalizaram em acordo. Desses, cerca de 13% seguiram para uma audiência¹⁰.

A conclusão do estudo foi de que a arbitragem é um mecanismo potencialmente eficaz para a celebração de acordo pelas partes. Isso porque, ainda que caracterizada como método heterocompositivo, existem diversas formas de introdução dos métodos consensuais de solução de conflitos paralelamente ao prosseguimento da arbitragem.

Outra pesquisa realizada em 2021 pela Câmara de Arbitragem e Mediação de Londres em conjunto com Herbert Smith Freehills (“LCAM Survey”), confirmou a eficácia da mediação durante a arbitragem (PETTIBONE; SIFFERT; ZHU, 2022, 101-102). Segundo a análise, metade dos mediadores entrevistados, que tiveram experiências com mediação em arbitragens, responderam que obtiveram sucesso em mais de 70% dos casos (PETTIBONE; SIFFERT; ZHU, 2022, p. 101-102).

Corroborando com isso, apesar de não denominarem expressamente a possibilidade de celebração da cláusula “arb-med-arb”, os regulamentos das câmaras de arbitragem internacional incentivam a realização de acordo parcial ou total. A Câmara de Comércio Internacional (CCI), no Apêndice IV de seu Regulamento de Arbitragem, alínea “h”, estimula a negociação ou qualquer outra forma amigável de resolução de controvérsias como exemplo de técnicas para a condução de procedimentos arbitrais a serem

10 CANADA, Brian; SLATE, Debi; SLAT, Bill. *A Data-Driven Exploration of Arbitration as a Settlement Tool, part 4: What Happens When Cases Do Not Settle Before a Hearing?*. Dispute Resolution Data. Disponível em: https://www.disputeresolutiondata.com/what_happens_when_cases_do_not_settle_before_a_hearing. Acesso em: 20 ago. 2022.

utilizados pelos tribunais, a fim de controlarem os custos e o tempo da arbitragem¹¹.

O Centro Internacional de Resolução de Disputas (“ICDR”), um braço da administração dos serviços de nomeação de mediadores e árbitros da Associação Americana de Arbitragem (“AAA”), tanto em seu Regulamento de Arbitragem Comercial (R-9. Mediation)¹², como no Regulamento de Arbitragem no setor de Construção Civil (R-10. Mediation)¹³, prevê a necessidade de realização de mediação da disputa, segundo as disposições do Regulamento de Mediação da AAA ou conforme acordo das partes, nas hipóteses em que o caso exceder 75.000 dólares, para arbitragens comerciais, e 100.000 dólares, para arbitragens no setor da construção civil.

Ademais, ambos os regulamentos ainda estabelecem que, caso as partes não tenham acordado a respeito, a mediação ocorrerá concomitantemente ao procedimento arbitral, no intuito de auxiliar a arbitragem (R-9. Mediation, Regulamento de Arbitragem Comercial ICDR-AAA; R-10. Mediation, Regulamento de Arbitragem de Construção ICDR-AAA).

Caminhando no mesmo sentido, o Centro para Resolução Efetiva de Disputas (“CEDR”) disponibiliza regras específicas para a Facilitação de Acordo na Arbitragem Internacional (*CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration*)¹⁴. Por meio dessas diretrizes, o tribunal arbitral passa a ter um papel mais proativo na celebração de acordos, sugerindo pontos passíveis de negociação a serem discutidos pelas partes (PETTIBONE; SIFFERT; ZHU, 2022, p.102).

Uma das maiores razões para o estímulo e para a conseqüente busca dos meios adequados de resolução de conflitos comerciais internacionais é a preservação do relacionamento existente entre as partes, caracterizando-se como estratégica organização de economia de tempo e de dinheiro,

11 CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Regulamento de Arbitragem*: em vigor a partir de 1º de janeiro de 2021. *Regulamento de Mediação*: em vigor a partir de 1º de janeiro de 2014. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

12 AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Regulamento de Arbitragem e Mediação Comercial, de 1 de outubro de 2013. Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes. *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*. [S. l.], 1 out. 2013. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

13 AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Regulamento de Arbitragem e Mediação no setor de Construção Civil, de 1 de outubro de 2013. Including Procedures for Large, Complex Construction Disputes. *Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures*, [S. l.], 1 out. 2013. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Construction_Rules_Web.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

14 CENTER FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. Regras para a Facilitação de Acordo na Arbitragem Internacional. *CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration*. Disponível em: <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

viabilizando, ainda, a confidencialidade de informações, assim como a superação de barreiras culturais, facilitando a comunicação (ALI; WESSEL, 2019, p. 606). Desse modo, conforme exposto, os métodos consensuais podem ser utilizados a qualquer momento, inclusive durante o procedimento arbitral (ALI; WESSEL, 2019, p. 608).

Foi, portanto, nesse contexto que a colaboração entre o SIMC e o SIAC deu à luz os contornos práticos da cláusula “arb-med-arb”, institucionalizando-a por meio da publicação do já mencionado “Protocolo AMA”, que combinou as vantagens da mediação e da arbitragem com eficiência e redução de custos (FERREIRA; GIOVANNINI, 2020, p. 373).

O protocolo direciona o cumprimento de três fases para a resolução de disputas, de modo que, (i) escolhida a arbitragem, esta será instaurada junto ao SIAC até a constituição do procedimento arbitral. Após, (ii) o procedimento será suspenso e encaminhado à mediação no SIMC, que deverá ser concluída dentro de oito semanas, podendo o prazo ser prorrogado, em caso de necessidade (HUSSIN; KUCK; ALEXANDER, 2018, p. 2).

Então, (iii) se frutífera a mediação, o tribunal proferirá *sentença de consentimento*, homologando o termo de acordo e concedendo-lhe os mesmos efeitos de um laudo arbitral, que garantirá sua exequibilidade em qualquer país signatário da Convenção de Nova Iorque (CNI). No entanto, caso as partes não cheguem a um acordo, o procedimento arbitral será retomado e conduzido até a sentença final (HUSSIN; KUCK; ALEXANDER, 2018, p. 2).

Desse modo, fica claro o principal objetivo do “Protocolo AMA”, que combina a confidencialidade e a neutralidade, características próprias da mediação, com a executoriedade e a finalidade da arbitragem (SIMC-SIAC), atestando maiores vantagens se comparado ao modelo clássico de escalonamento “med-arb”.

Isso porque, sendo a mediação fase posterior à instauração da arbitragem e da devida constituição do tribunal arbitral, os sujeitos processuais ficam despreocupados para dar início ao procedimento arbitral, concentrando-se na efetividade da mediação. Com isso, é possível evitar gastos desnecessários de tempo e de dinheiro com a condução de “mediações litigiosas”. Ademais, tendo sucesso na mediação, o termo de acordo será dotado de exequibilidade (FERREIRA; GIOVANNINI, 2020, p. 372-373).

Outro ponto de êxito do protocolo é a estreita colaboração entre o SIMC e o SIAC, até então inédito no cenário internacional (FERREIRA; GIOVANNINI, 2020, p. 373). Isso uma vez que referidos centros cuidam de todos os aspectos prático-processuais para a instauração da arbitragem e da mediação, inclusive no que tange à cobrança de taxas, que é realizado

unicamente pelo SIAC, evitando que as partes tenham de realizar pagamentos separados às instituições (HUSSIN; KUCK; ALEXANDER, 2018, p. 5).

Segundo dados do site oficial do SIMC, no interregno de novembro de 2014 a junho de 2020, foram administrados cerca de 21 casos à luz do Protocolo AMA, dos quais cerca de 80% a 85% atingiram acordo durante a mediação (FERREIRA; GIOVANNINI, 2020, p. 373)

Além disso, o Protocolo AMA não proíbe que as partes apontem alguém para atuar tanto como árbitro quanto como mediador, porém, é preferível que sejam profissionais diferentes (HUSSIN; KUCK; ALEXANDER, 2018, p. 7).

A respeito dessa questão, é inegável a existência de divergência jurídico-cultural, uma vez que a atuação do árbitro como mediador poderá trazer falta de confiança às partes, já que é no momento da mediação que elas discutem possíveis negociações, de modo que, caso seja infrutífera e a arbitragem seja retomada, o árbitro poderá ter inclinações pessoais que antes não tinha, comprometendo sua imparcialidade.

Para elucidar esse cenário, alguns exemplos normativos se fazem pertinentes. As recentes Regras de Arbitragem Comercial Internacional (2019) editadas pela Associação de Arbitragem Comercial Japonesa (“JCAA”), em seu Art. 59(1), expressamente preveem a possibilidade de as partes acordarem por escrito a nomeação do árbitro como mediador, de modo que não poderão impugná-lo com base no fato de que atuou como mediador (RUCKTESCHLER; WENDELSTEIN, 2021, p. 766).

Por outro lado, as Regras de Mediação da CCI (Art. 10.3) estabelecem que, salvo acordo escrito em contrário, formulado por todas as partes, não será admitida a atuação, prévia ou posterior, de um mediador em qualquer processo judicial, arbitral ou similar que possua relação com a disputa, nem sequer que tenha atuado como perito, representante ou consultor de uma das partes.

Já no âmbito das *soft laws*, tanto as Regras da IBA sobre Conflito de Interesses (Art. 4.d)¹⁵, como as Regras de Praga sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional (Art. 9.3 e 9.4)¹⁶ estabelecem a possibilidade de o árbitro auxiliar as partes a chegarem a um acordo, em qualquer momento processual, mediante conciliação, mediação ou outro método amigável, dependendo, contudo, do consentimento expreso

15 IBA, *Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional*, de 23 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 20 ago. 2022.

16 PRAGUERULES, *Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional (As Regras de Praga)*. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

das partes para permanência na posição de árbitro (RUCKTESCHLER; WENDELSTEIN, 2021, p. 765).

Ainda que a questão de atuação do árbitro como mediador, no âmbito internacional, seja suscetível a diferenças entre costumes jurídicos, parecem ser mais eficaz a separação entre as funções, tal qual ocorre no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, em que o juiz não funciona como conciliador/mediador e vice-versa, mas não está impedido de incentivar a celebração de acordos entre as partes durante a condução do processo. Entretanto, na arbitragem internacional, é importante não limitar o poder de vontade das partes a fim de que escolham aquilo que for melhor, mediante expressa manifestação e consentimento de todos os participantes, em observância às normas de ordem pública.

A partir da breve análise a respeito do cenário da arbitragem internacional no qual a cláusula “arb-med-arb” se desenvolveu, verifica-se relevante inclinação dos players para a escolha de um sistema híbrido, que favoreça a combinação da consensualidade por meio da aplicação de mecanismos como a conciliação, mediação ou negociação, aliada à possibilidade de obtenção de uma decisão final e vinculativa através da arbitragem. Com isso, as partes ficam mais seguras a explorarem os diversos caminhos, no real intuito de se alcançar a solução mais adequada para eventuais controvérsias.

4. POTENCIALIDADES DA CLÁUSULA “ARB-MED-ARB” EM ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme citado no primeiro tópico deste artigo, em razão da influência do direito privado sobre o direito público (e vice-versa), o Direito Administrativo encontra-se imerso no contexto do consensualismo, sendo certo que as negociações com o ente estatal não se limitam mais à imperatividade pública, mas buscam realizar adaptações até o consenso das partes, tornando-as equidistantes (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 305; OLIVEIRA; MOREIRA, 2021).

Assim, tal qual ocorrido no panorama internacional, o Poder Público brasileiro também tem estimulado a criatividade na utilização de métodos privados de solução de conflitos, no intuito de conferir maior eficiência às escolhas administrativas (CARNES, 2022, p. 185), a fim de que sejam realizados os ajustes contratuais necessários entre o gestor público e o ente privado (CARNES, 2022, p. 75).

Assim, o Art. 26 da LINDB, inserido após a alteração efetivada pela Lei nº 13.655/2018, garante uma das portas de entrada para a celebração de cláusulas híbridas junto à Administração, ao passo que estabelece a

oportunidade para que as partes customizem os compromissos assumidos conforme a realidade do caso concreto, sempre em observância à legalidade.

Em consonância com isso, outras normas garantem a possibilidade de celebração de sistemas híbridos de resolução de disputas envolvendo a Administração. O Art. 23 da Lei de Mediação brasileira garante o escalonamento das etapas quando as partes assim acordarem, antes do procedimento arbitral ou ação judicial. Assim, é possibilitada a instauração de mediação, levando à suspensão do rito heterocompositivo. Ademais, referida lei ainda incentiva a utilização do método autocompositivo na medida em que isenta as partes do pagamento das custas finais caso o conflito seja solucionado antes da citação do réu (Art. 29).

A Lei de Arbitragem brasileira, por sua vez, nada versa a respeito das cláusulas híbridas, mas indica a possibilidade de que o árbitro dê azo a tentativas conciliatórias entre as partes, incentivando a firmatura de acordo entre elas (Art. 21, par. 4º, e 28).

As câmaras de arbitragem domésticas já utilizam as cláusulas escalonadas (no modelo “med-arb”) há muito tempo, disponibilizando modelos redacionais em seus respectivos sítios eletrônicos, como, por exemplo, a CAMARB, que disponibiliza como modelo a escolha de mediação, podendo as partes, caso não tiverem interesse no ensejo da autocomposição, recorrer diretamente à arbitragem¹⁷.

A CAM-CCBC, de igual modo, também oferece modelo de cláusula escalonada¹⁸, havendo um específico para contratos envolvendo a Administração Pública. Este, de modo geral, contém previsão obrigatória de mediação, condicionando o procedimento não resolvido à arbitragem, nos termos da legislação aplicável, bem como da regulamentação da própria câmara.

Nesse contexto, insta ressaltar outro importante modelo de cláusulas de solução de controvérsias criado pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), nos termos do art. 7º, caput, IV, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados em seu âmbito.

Além das recomendações de que os contratos de parceria de empreendimento admitam a negociação, mediação ou arbitragem como

17 CAMARB. Disponível em: <https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2018/11/apresentacaomediacao.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

18 CAM-CCBC. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

mecanismos adequados de solução de controvérsias (Art. 2º)¹⁹, recomendam que, em conjunto com esses, seja admitido o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências (*Dispute Board*), mediante adoção da cláusula modelo (Art. 3º)²⁰.

De igual modo, recentemente, a Procuradoria Geral do Município de São Paulo publicou a Portaria nº 79 de 22 de agosto de 2022, dispondo sobre a criação e manutenção de cadastro de instituições especializadas na constituição e no processamento de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Boards*).

Diante disso, verifica-se que, cada vez mais, a Administração Pública tem incentivado a criatividade na utilização dos ADRs em contratos administrativos, com o objetivo de que as partes colaborem na busca da solução da disputa, em atendimento à boa-fé, à cooperação e à conservação do contrato (PPI, 2019, p. 19).

Considerando o contexto citado, assim como a informação de que a Administração Pública esteve tendente a realizar acordos nas arbitragens ocorridas em 2020, junto à CAM-CCBC (FURTADO; SOUZA; KOBAYASHI, 2021), questiona-se qual seria a viabilidade de utilização da cláusula “arb-med-arb” no escopo das arbitragens envolvendo o ente público.

Com toda a certeza, há inúmeras peculiaridades envolvendo a arbitragem na Administração Pública, que muito se distanciam do cenário da arbitragem internacional. Entretanto, o questionamento que se pretende trazer à reflexão é a eficácia do termo final da mediação que, na hipótese de um procedimento instaurado a partir da cláusula “arb-med-arb”, poderá garantir às partes o efeito de título executivo judicial, nos termos do Art. 515, inciso VII do Código de Processo Civil, caso haja mediação frutífera após a instauração da arbitragem.

Assim, o acordo final obtido na mediação, que, inicialmente, só teria efeito de título executivo judicial mediante homologação do

19 Resolução PPI, Art. 2º: Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI, quando admitirem negociação, mediação ou arbitragem como mecanismos adequados de solução de controvérsias, adotem a cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo I a esta Resolução.

Parágrafo único. Os contratos já celebrados poderão ser aditados para adaptação de sua cláusula de solução de controvérsias ao modelo previsto no Anexo I a esta Resolução.

20 Resolução PPI, Art. 3º: Recomendar que os contratos de parceria de empreendimentos que venham a ser qualificados no âmbito do PPI em que haja realização de obra ou complexidade na contabilização de ativos, indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros admitam, além dos mecanismos previstos no art. 2º, o Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências (*dispute board*), mediante adoção da cláusula modelo, ou redação semelhante, prevista no Anexo II a esta Resolução.

Parágrafo único. Os contratos já celebrados poderão ser aditados para adaptação de sua cláusula de solução de controvérsias ao modelo previsto no Anexo II a esta Resolução.

Poder Judiciário, de acordo com o Art. 20, parágrafo único, da Lei de Mediação, teria uma nova garantia: efeito similar ao da sentença de consentimento, proferida no âmbito da arbitragem internacional, garantindo maior segurança às partes, inclusive ao ente público, que se fortalece do princípio da legalidade para executar aquilo que lhe for favorável, em momento oportuno.

Entretanto, tal qual a experiência internacional sugere, importante que a utilização da cláusula “arb-med-arb” seja institucionalizada pelas câmaras arbitrais, que poderão elaborar cláusulas modelo a serem adotadas pelas partes.

5. CONCLUSÃO

O *Sistema de Justiça Multiportas* garantiu inúmeras formas de solução de conflitos a serem escolhidas mediante a pertinência do caso, garantindo criatividade às partes para escolherem aquilo que melhor couber à sua disputa. No cenário internacional, foi constatado que a utilização da mediação após a instauração da arbitragem tem servido como meio seguro às partes, inclusive para a realização de acordos, uma vez que ficam seguras a mediar, sabendo que, caso não seja possível, poderão retornar ao procedimento arbitral, cuja decisão é final e vinculativa.

Todavia, tendo êxito a mediação, conforme dispõe o “Protocolo AMA”, as partes ainda podem se valer da exequibilidade da arbitragem, obtendo, ao final, uma sentença de consentimento. Essa lógica, muito bem estruturada, teria grande utilidade nas arbitragens envolvendo o setor público, que passariam a contar com uma maior segurança para o cumprimento de um termo de mediação que, se ratificado mediante tribunal arbitral, passaria a ter efeitos de título executivo judicial.

Apesar de parecer ótima alternativa, não se pode descartar toda a estrutura por trás do “Protocolo AMA”, que garante sua eficácia prática. Isso porque a cooperação mútua existente entre o SIMC e o SIAC é intensa e está em funcionamento desde 2014, facilitando a resolução de disputas por meio da miscigenação das vantagens da mediação e da arbitragem, além de garantir, de qualquer modo, uma sentença exequível em qualquer país signatário da CNI.

Para aplicação no Brasil, não seria diferente. Por certo, haveria a necessidade de elaboração de cláusulas modelo, assim como a cooperação entre as câmaras privadas de mediação e de arbitragem, encontrando solo fértil nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, em razão de sua tendência e incentivo à celebração acordos parciais ou terminativos.

Nesse sentido, a integração de cláusulas “arb-med-arb” aos contratos submetidos à arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira pode ser vista como mais um importante passo no avanço do próprio instituto da arbitragem no Brasil, levando-se em consideração as boas práticas e o cenário do estado da arte internacional sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

ALI, Arif Hyder; WESSEL, Jane. The international arbitration rulebook: *a guide to arbitral regimes*. Kluwer Law Internacional, 2019, cap. 10, p. 591-700.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Regulamento de Arbitragem e Mediação no setor de Construção Civil, de 1 de outubro de 2013. Including Procedures for Large, Complex *Construction Disputes*. *Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures*, [S. l.], 1 out. 2013. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/Construction_Rules_Web.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Regulamento de Arbitragem e Mediação Comercial, de 1 de outubro de 2013. Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes. *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*. [S. l.], 1 out. 2013. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

CAM-CCBC. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CANADA, Brian; SLATE, Debi; SLAT, Bill. A Data-Driven Exploration of Arbitration as a Settlement Tool, part 4: *What Happens When Cases Do Not Settle Before a Hearing?*. Dispute Resolution Data. Disponível em: https://www.disputeresolutiondata.com/what_happens_when_cases_do_not_settle_before_a_hearing. Acesso em: 20 ago. 2022.

CARNES, Mariana. Processo administrativo negocial: *balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório*. Editora Toth: Londrina/PR, 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Regulamento de Arbitragem*: em vigor a partir de 1º de janeiro de 2021. *Regulamento de Mediação*: em vigor a partir de 1º de janeiro de 2014. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CENTER FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION. *Regras para a Facilitação de Acordo na Arbitragem Internacional*. Disponível em: <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/03/Rules-Settlement-Arbitration.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. In: *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 42, p. 366-376, set/dez. 2020. Belo Horizonte. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-23.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

FURTADO, Ana Flávia; SOUZA, Leonardo F.; KOBAYASHI, Patrícia, *Resposta ao Pedido de Dados sobre Arbitragens com a Administração Pública no CAM-CCBC (PD 021/2021)*, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 27 de Julho de 2021.

HUSSIN, Aziah. KUCK, Claudia; ALEXANDER, Nadja. SIAC-SIMC's arb-med-arb protocol. In: *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2018. 11(2), p. 85-87. Research Collection School of Law. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/200254253.pdf>. Acesso em: 02 ago 2022.

IBA, *Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional*, de 23 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 20 ago. 2022.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Acordo no âmbito da arbitragem com a administração pública*. In: FILHO, Wilson Accioli de Barros (org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Almedina, 2020. cap. 13, p. 339-356.

LEMES, Selma Ferreira. *Pesquisa 2020 – arbitragem em números e valores. Oito câmaras. 2 anos – período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.)*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 05 ago. 2022.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em número: pesquisa 2020/2021*. Realizada em 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: *Contraponto jurídico*:

posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. Revista dos Tribunais, 2018, p. 29-46.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 104, p. 303-322, jan-dez 2009. Disponível em: [file:///D:/Users/User/Downloads/67859-Texto%20do%20artigo-89290-1-10-20131125%20\(1\).pdf](file:///D:/Users/User/Downloads/67859-Texto%20do%20artigo-89290-1-10-20131125%20(1).pdf). Acesso em: 3 ago. 2022, p. 305

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MOREIRA, Matheus Teixeira. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações? *Público & Pragmático*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>. Acesso em: 26 ago. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MOREIRA, Matheus Teixeira. Solução negociada de conflitos na nova Lei de Licitações: consagrações de uma tendência. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, 5(1). <https://doi.org/10.46818/pge.v5i1.266>

O PROTOCOLO – “AMA Protocol” – SIAC-SIMC ARB-MED-ARB PROTOCOL Disponível em: <https://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

PRAGUE RULES, *Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional (As Regras de Praga)*. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

PETTIBONE, Peter J.; SIFFERT, John S.; ZHU, Angela. An examination of institutional arb-med-arb protocols and practices. In: *Dispute Resolution Journal* – Kluwer Law International - 2022, v. 72, cap. 1, p. 99-114.

RUCKTESCHLER, Dorothee; WENDELSTEIN, Anika. Efficient arb-med-arb proceedings: should the arbitrator also be the mediator? In: *Journal of International Arbitration* – Kluwer Law International, 2021, vol. 38, cap. 6, p. 761-774.

SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE. SIAC-SIMC *arb-med-arb Protocol*. Disponível em: <https://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

THE SINGAPORE ARB-MED-ARB CLAUSE. Disponível em: <https://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-Med-Arb-clause/71-resources/frequently-asked-questions#faq60>. Acesso em 03 ago. 2022.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

A TEORIA DA IMPREVISÃO: UMA RELEITURA PARA AS ARBITRAGENS EM TEMPOS DE GUERRA

*THE THEORY OF UNPREDICTABILITY: A RE-READING FOR
ARBITRATIONS IN TIMES OF WAR*

Luciano de Souza Godoy

*Advogado; professor da FGV Direito SP nos cursos de graduação e pós graduação;
Doutor em Direito pela USP; foi visiting scholar na Columbia Law School; foi também
juiz federal e procurador do Estado de São Paulo.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução e consolidação da teoria da imprevisão no Brasil: considerações gerais e contratos com a Administração Pública. 3. A teoria da imprevisão em contexto global. 4. A teoria da imprevisão diante da Guerra da Ucrânia e da Pandemia de COVID-19: algo muda nas arbitragens?. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a análise da teoria da imprevisão. A partir de uma breve explicação do conceito jurídico, pretendemos compreender as possibilidades de aplicação do revisionismo das prestações contratuais em decorrência de circunstância não previstas pelas partes, considerando o desequilíbrio econômico financeiro ocasionado. Analisamos a possibilidade de aplicação da teoria em contexto global, nas arbitragens e no momento atual, considerando a pandemia da COVID-19 e a Guerra da Ucrânia. Concluímos que a teoria da imprevisão não pode ser aplicada indiscriminadamente por eventos externos à relação das partes, mesmo em casos tão dramáticos, mas depende da análise pormenorizada do caso e do impacto das circunstâncias ao efetivo equilíbrio das prestações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito contratual. Teoria da Imprevisão. Arbitragem. COVID-19. Guerra da Ucrânia.

ABSTRACT: This article aims to analyze the theory of unpredictability. From a brief explanation of the legal concept, we intend to understand the possibilities for applying the revisionism of contractual benefits due to circumstances not foreseen by the parties, considering the economic and financial imbalance caused. We analyze the possibility of applying the theory in a global context, in arbitrations and in the current moment, considering the COVID-19 pandemic and the Ukraine War. We conclude that the principle of unpredictability cannot be applied indiscriminately due to events external to the parties' relationship, even in such dramatic scenarios, but depends on a detailed analysis of the case and the impact of the circumstances on the effective balance of contractual performance.

KEYWORDS: Contractual law. Theory of Unpredictability. Arbitration Law. COVID-19. Ukraine War.

1. INTRODUÇÃO

Gostaria inicialmente de agradecer às organizadoras e organizadores deste livro pela iniciativa de recolher escritos e estudos sobre Arbitragem, explorando suas possibilidades, limites e potencialidades quando passa a abarcar, em seu leque de resolução de conflitos, disputas envolvendo a Administração Pública.

Qualquer advogado ou árbitro reconhece o peso e a delicadeza inerentes a qualquer conflito que, ao ter como parte a Administração Pública, envolve princípios e valores tão caros ao ideal de república e civilização que buscamos alcançar, tais como o interesse público, a impessoalidade e a moralidade.

Por acreditar no avanço do instituto e no potencial da Arbitragem no Brasil e por reconhecer o desafio de seu envolvimento com questões de direito público, agradeço o convite que, aqui, me permite tecer breves contribuições ao debate, na esperança de participar do fortalecimento dessa agenda na resolução de conflitos no nosso país.

2. CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES GERAIS E CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A teoria da imprevisão, superveniência ou onerosidade excessiva foi desenvolvida para permitir que contratos e pactos firmados entre particulares possam ser alterados e revistos caso eventos futuros não esperados pelas partes afetem excessivamente a relação e a proporção entre as prestações estabelecidas.

Tal teoria, como se pode imaginar pelo impacto que possui em temas politicamente sensíveis como a liberdade de contratar e a autonomia privada, já foi objeto de diversos estudos e pesquisas pelo Brasil e pelo mundo, especialmente de tradição jurídica romano-germânica. Toda uma biblioteca provavelmente poderia ser formada apenas com livros e artigos que trataram desse e outros assuntos correlatos.

As causas sociais e econômicas que permitiram o renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* sob o manto da imprevisão se relacionam primordialmente com os períodos pós-guerras mundiais, em que a compreensão do Direito iniciava um afastamento do positivismo estrito e passava a se preocupar com as consequências sociais das normas, incorporando não só outras previsões legais de interferência nos pactos privados, mas também formas de interpretação que pudessem amenizar seus efeitos considerados socialmente negativos (TEPEDINO, 2021).

Segundo BITTAR (1992), a cláusula *rebus sic stantibus*, idealizada originalmente no Direito Canônico, ressurgiu a fim de servir de apoio para “justificar as exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos” (*pacta sunt servanda*) em contratos de duração ou execução diferida. Contudo, apenas a utilização da cláusula nos moldes como foi criada era considerada muito rigorosa e “não considerava a impossibilidade de se prever a mudança do estado de fato” após o momento do contrato pactuado entre as partes.¹

Se atribui a Windscheid a primeira teoria a tentar atualizar a cláusula *rebus sic stantibus*, chamada Teoria da Pressuposição. De acordo com os tratados de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1983), a teoria:

tentou mostrar poder haver restrição da vontade negocial, de jeito que, tendo-se admitido que exista, apareça ou persista determinada circunstância, posto que não haja considerado condição, a falha torna inadequadas à verdadeira vontade as consequências jurídicas.

A partir daí diversas outras teorias foram desenvolvidas, sendo as mais importantes a teoria da quebra da base subjetiva dos contratos, de Paul Oertmann, que tenta incluir as representações mentais das partes sobre circunstâncias do contrato em sua base; e a teoria da quebra da base objetiva dos contratos, de Karl Larenz, segundo a qual as condições contextuais em que se firmou o contrato compõem sua base objetiva e, por isso, “são levadas em consideração na persecução do escopo do contrato, na distribuição de riscos e na ponderação de seus interesses, gerando vinculação à conjuntura social, bem como o reconhecimento de sua mutabilidade” (TEPEDINO, 2021).

No Brasil, apenas o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de modificação ou resolução contratual por alteração das prestações por eventos “extraordinários e imprevisíveis”, nos artigos 478 a 480. Segundo o artigo 478:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Conforme apontam Tepedino, Konder e Bandeira, a jurisprudência aplica a teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva também com

1 BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992.

base no artigo 317 do Código Civil,² que, apesar de tratar de correção e atualização monetária, vem sendo interpretado como permissivo da revisão dos contratos por desproporção entre as prestações decorrentes de “motivos imprevisíveis”.

A aplicação da teoria da imprevisão se dá, teoricamente, em toda sorte de contratos regulados pelo Direito Privado, mas a depender das partes contratantes, pode haver modificações por influência de outros valores e princípios, próprio de ramos do direito diversos. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos celebrados com a Administração Pública.

Os contratos administrativos devem obedecer a princípios próprios do Direito Administrativo, como o interesse público, a publicidade, a legalidade, a moralidade e a eficiência.

Importante lembrar que, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, uma das características dos contratos administrativos, em relação a outros tipos de contrato, é sua mutabilidade. Diversas são as cláusulas exorbitantes que permitem à Administração Pública, em prol do interesse público, alterar os contratos firmados.

As áleas, por exemplo, são riscos que o particular corre ao contratar com o Poder Público. Ainda segundo a autora, podem ser (i) álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer contrato e caracterizado pelo risco natural decorrente da lógica instável do mercado; (ii) álea administrativa, subdividida em outras três - a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública por motivo de interesse público, o fato do príncipe e o fato da Administração; e (iii) a álea econômica, caracterizada por circunstâncias “imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato”, a qual atrai, por sua vez, a aplicação da teoria da imprevisão (DI PIETRO, 2020, p. 606.).

A despeito da semelhança, as áleas administrativas e a álea econômica se diferenciam no que tange à responsabilização da parte pelo reequilíbrio do contrato. Na primeira, é o poder público sozinho que responde pela paridade posterior das prestações, já na segunda, o ônus da alteração recai sobre ambas as partes. Em ambas, o art. 37, XXI, da Constituição Federal garante ao contratado o direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos e como ressalta a autora, apesar da diferença, a responsabilidade por promover este reequilíbrio acaba recaindo, de qualquer forma, para a Administração Pública (DI PIETRO, 2020, p. 606.).

² Art. 317: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A teoria da imprevisão no âmbito dos contratos administrativos é também prevista na Lei 8666/93, pela inclusão da alínea d, inc. II, no art. 65 da referida lei, através da Lei 8883/94:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Importa acrescentar, ainda, o entendimento de que nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, por abrangerem um maior número de variáveis, o equilíbrio econômico-financeiro assumiria um perfil mais complexo:

Enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc. (MARQUES NETO, 2002, p. 107)

Em remate, bom mencionar que cada caso concreto possui suas peculiaridades de fato e quanto à alocação de riscos do contrato, a ser avaliada especificamente a partir da interpretação de cada relação contratual.

3. A TEORIA DA IMPREVISÃO EM CONTEXTO GLOBAL

O estudo da teoria da imprevisão, em especial em cenários globalmente interconectados como é regra na atualidade, demanda que também voltemos nosso olhar para o tratamento dado ao tema por outras jurisdições.

Como já dito, os primeiros registros da aplicação da teoria da imprevisão surgem, na França, no período posterior a um evento de dimensões e impactos históricos: a primeira guerra mundial.

Naquele contexto, frente a um continente destruído por cinco anos de batalhas, era natural que os países envolvidos no conflito encontrassem dificuldades para se reconstruir e que os contratos celebrados antes da guerra tivessem o seu cumprimento posto em cheque.

O cenário, como explica Álvaro Villaça Azevedo, a quem faz referência Paulo Magalhães Nasser, motivou o Conselho de Estado da França a acolher a aplicação da teoria da imprevisão para a revisão de preços de um contrato administrativo, culminando na posterior edição de lei que acolheu a resolução de contratos afetados pela guerra:

Álvaro Villaça Azevedo consigna que a teoria da imprevisão foi sedimentada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, durante a Primeira Guerra Mundial, em 1916, no bojo de questão envolvendo a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* e a Cidade de Bordeaux. Na ocasião, o cerne era a revisão de preços em um contrato administrativo, em razão da alta do carvão, decorrente de transtornos da guerra. Posteriormente, editou-se a *Lei Faillot*, em 1918, acolhendose, temporariamente, a resolução de contratos que tivessem sido afetados pela guerra, por fatos que excedessem a previsibilidade ordinária (NASSER, 2011).

Desde então, a teoria da imprevisão evoluiu e se consolidou em âmbito internacional, tendo hoje a sua aplicação reconhecida em diversos sistemas jurídicos.

Nesse sentido, Klaus Peter Berger e Daniel Behin, juristas alemães, defendem que a ocorrência de um evento de força maior pode ser considerada um gatilho para a revisão das obrigações contratadas pelas partes, mencionando expressamente a legislação alemã como “*adaptation-friendly*” no que concerne à possibilidade de revisão contratual e mostrando a admissão da modificação de contratos com base em fatos imprevisíveis como admitida em diversos países, inclusive em sede arbitral, com expressa referência, como exemplo, do atual momento de enfrentamento da pandemia de COVID-19:

The adaptation of contract by arbitrators is admitted by legal and contractual provisions under certain conditions. Arbitrators are allowed to intervene in contracts when circumstances impact contract performance and alter substantially its equilibrium. ...ensuring contract performance has been recognized as part of contributing to its stability. Thus reflects the need of maintaining the contract if external circumstances modify contract conditions rendering its

execution always possible but at excessively imbalanced conditions. (...) In cases of such extraordinary occurrences like the COVID-19 pandemic, they must bear in mind that these events are so exceptional and extraneous to the contract that, absent a specific risk assumption in the contract, neither party shall bear the full risk emanating from such crisis, but that this risk must be shared by the parties. (BERGER; BEHN, 2019-2020)

A esse respeito, os autores explicam que a teoria da imprevisão se tornou verdadeiro princípio legal transnacional, parte da nova *lex mercatoria*, tendo as regras transnacionais e a prática internacional levado à aplicação da teoria da imprevisão diante de quatro requisitos: (i) externalidade: o evento imprevisível deve ser externo à relação entre as partes, sem que elas tenham assumido o risco da sua ocorrência; (ii) inevitabilidade: a ocorrência do evento estava fora da esfera de controle da parte; (iii) imprevisibilidade: o evento e as suas consequências não poderiam ser razoavelmente evitados pela parte; e (iv) nexa causal: o descumprimento contratual é consequência direta do evento, e não culpa da parte.

O representante da Corte Permanente de Arbitragem na Argentina, Julián Bordaçar, também trata da aplicação da teoria da imprevisão em arbitragens e ressalta de que tal aplicação se dá de forma frequente, sendo medida de efetividade da arbitragem como meio de solução de controvérsias – efetividade que poderia ser colocada em risco caso se entendesse pela impossibilidade de revisão contratual em sede arbitral:

...the IBA debate revealed a feeling among practitioners that whether expressly or impliedly, or directly or indirectly, arbitrators frequently adapt contracts to meet the needs and intentions of disputing parties, and by doing so, they contribute to the rule of law. Were the tribunal not to do this, the dispute resolution procedure would not be fully effective. (BORDAÇAR, 2018).

Sobre esse mesmo tema, vale também destacar um dos precedentes da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, tratando da possibilidade de revisão contratual com base na teoria da imprevisão e na adoção do princípio *rebus sic stantibus*:³

Moreover, from the covenant of good faith and fair dealing which is implied in each contract follows that in a case in which the circumstances

3 Final Award in Case 7365 (Extract). Publicado em: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 15, N. 2.

to a contract undergo said fundamental changes in an unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract. The idea that a change in circumstances may affect the binding force of a contract is known under the maxim *clausula rebus sic stantibus*: the contract remains binding provided that things remain unchanged. It is understood, however, that due to the fundamental principle of *pacta sunt servanda* not any change of circumstances can be sufficient. Due to its exceptional character, its application is only justified if the change in circumstances was fundamental and unforeseeable. In such restrictive and narrow form this concept has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded a general principle of law. As such, it would be applicable in the instant arbitration even if it did not form part of [State X] law...

Fica claro, assim, que a aplicação da teoria da imprevisão é tema consolidado em âmbito internacional, com reconhecido uso em arbitragens.

4. A TEORIA DA IMPREVISÃO DIANTE DA GUERRA DA UCRÂNIA E DA PANDEMIA DE COVID-19: ALGO MUDA NAS ARBITRAGENS?

4.1. A Guerra da Ucrânia

A eclosão do conflito entre Ucrânia e Rússia em meados de 2022, com seus efeitos micro e macroeconômicos, tem afetado a consecução de muitas contratações ao redor do mundo, incluindo-se o Brasil. Além de levar à frustração de contratos firmados diretamente com as nações em conflito, a guerra também repercute de maneiras diversas nos contratos domésticos.

A alta no valor do barril de petróleo enseja altas inflacionárias com consequências generalizadas nos negócios nacionais. A variação cambial e os impactos econômicos do conflito, por exemplo, nos setores de energia, transporte e commodities agrícolas, possivelmente terão reflexo nas demandas arbitrais do país.

Os efeitos da guerra poderão se evidenciar não apenas em demandas arbitrais de menor e maior complexidade entre partes privadas, mas também nas arbitragens com a administração pública. Sabe-se que a utilização da via arbitral tem sido expressiva, por exemplo, nos contratos administrativos de infraestrutura e energia, de longa duração, entre outros que compreendem concessões e parcerias público-privadas de grande relevância econômica.

A título de ilustração, no caso de concessões precedidas de obras públicas, tanto o aumento direto no valor dos insumos necessários à

obra, quanto as variações nos preços em toda cadeia de produção, podem implicar dificuldades na manutenção dos elementos do projeto básico que caracteriza o contrato.⁴ Contratos expostos a taxas de câmbio, que envolvem importações de equipamentos e produtos indexados em moeda estrangeira, também podem ver comprometida sua execução conforme os preços originalmente acordados.

Além disso, obstáculos associados às importações e exportações de bens, e questões logísticas afetadas pelo conflito, podem prolongar o tempo necessário à execução das obrigações contratuais (ou mesmo frustrá-las por completo), gerando custos indiretos adicionais.

Esta somatória de fatores a que se sujeitam, especialmente, os contratos que se prolongam no tempo, abre margem à evocação da teoria da imprevisão; e do princípio do equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo.

O contratante poderá alegar que, com as repentinas e elevadas variações nos custos que compõem o contrato, a relação entre os encargos e vantagens tal como assumidos no momento da celebração do instrumento contratual não foi preservada, gerando um desbalanceamento da equação econômico-financeira. Nesse cenário, de um lado haveria visíveis prejuízos a uma parte; enquanto, de outro lado, a contraparte incorreria em enriquecimento ilícito.

Nos contratos administrativos, sendo a intangibilidade da equação econômico-financeira prevista legalmente,⁵ e mesmo revestida de proteção constitucional,⁶ é possível que tanto entes particulares quanto entes públicos venham a demandar a repactuação dos termos do contrato, ou ainda ressarcimento e indenizações por eventuais prejuízos causados pelo desequilíbrio de suas contratações, em discussões de alta complexidade que, muitas vezes, são submetidas à via arbitral.

4 Nesse sentido, tem-se o Art. 18, XV da Lei 8.987: "O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra."

5 A Lei 8.666/93, no art. 65, II reportando-se aos contratos administrativos em geral e licitações. No mesmo sentido, o art. 124 do mesmo diploma se reporta a contratos de permissão e concessão de serviços públicos.

6 Constituição Federal, Art. 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Há de se notar, por fim, que os efeitos econômicos do conflito podem, em tese, tanto repercutir na capacidade de execução dos encargos que são atribuídos ao contratado, quanto nos termos da retribuição em pagamento por parte da Administração Pública, a qual também poderá sofrer redução de receitas e aumentos de gastos no contexto atípico vivenciado.

4.2. A Pandemia

Com consequências semelhantes àquelas acima narradas, tem-se o caso da pandemia de COVID-19, equiparável a uma “guerra sanitária”. As medidas de restrição de circulação de bens e pessoas, decretadas por autoridades diversas no país e no mundo, representaram a suspensão de inúmeros contratos, ou mesmo sua terminação.

O comprometimento na realização de pagamentos e serviços, na entrega de produtos e na execução de obrigações diversas, além de um aumento geral de custos, diante de um evento sem precedentes, levaram e ainda têm levado contratantes a evocar a força maior ou a onerosidade excessiva no bojo de demandas judiciais e arbitrais, incluindo-se nas contratações com a administração pública – as quais, importa lembrar, podem se valer também da teoria geral dos contratos.

Nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes, os efeitos jurídicos da pandemia foram objeto de análise da Advocacia-Geral da União (AGU) em importante Parecer⁷. O setor em questão se mostrou um dos mais afetados pelas restrições da pandemia, tendo em vista as expressivas quedas na demanda de voos nacionais e internacionais, e seu impacto no fluxo de veículos e no transporte rodoviário de passageiros, por exemplo. Como chega a ser expressamente citado no Parecer em questão, há estimativa de que noventa por cento do setor de transporte sofreu impactos negativos pela pandemia⁸.

4.3. Efeitos da Guerra da Ucrânia e da Pandemia nos contratos: como interpretá-los?

A despeito da abrangência e do caráter extraordinário que podem ser atribuídos tanto à pandemia quanto à guerra da Ucrânia, tais eventos não significam a invocação automática do inadimplemento por caso fortuito

7 Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concessão-Transportes-Recomposição.pdf> Último acesso em 24 ago 2022.

8 Conforme levantamento feito pela Confederação Nacional de Transportes – CNT –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte-COVID-19”. Disponível em: <https://cdn.ent.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f-0653bfd6b263.pdf>. Os dados da pesquisa foram coletados de 1º a 03/04/2020.

ou força maior; da teoria da imprevisão como justificativa à suspensão, revisão ou resolução contratual; ou uma indiscutível necessidade de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos administrativos.

Os efeitos de tais circunstâncias devem ser interpretados à luz das peculiaridades de cada relação contratual, caso a caso. E os elementos que demonstrem o nexo de causalidade entre a pandemia ou a guerra, e sua repercussão econômica no contrato, devem ser evidenciados.

Com relação à hipótese de caso fortuito ou força maior, deverá ser comprovado que o evento da guerra ou da pandemia não se associa aos riscos inerentes às atividades exercidas pelos contratantes. Será relevante, nesta análise, a distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo.

A jurisprudência pátria tem manifestado o entendimento de que a força maior e o caso fortuito são espécies do gênero fortuito externo, em que se enquadra a culpa exclusiva de terceiros, sendo o fato imprevisível e inevitável alheio à organização da empresa. De forma diversa, ainda que também seja concebido como um evento imprevisível e inevitável, o fortuito interno estaria associado aos riscos da atividade, inserido na estrutura do negócio.⁹

Será relevante, portanto, voltar-se às características próprias de cada atividade exercida. Mais do que isso, é também crucial que se proceda ao cauteloso exame das cláusulas contratuais a fim de se identificar a atribuição de responsabilidades pactuada pelas partes. O Código Civil estipula que os devedores não respondem pelos prejuízos de caso fortuito ou força maior se não houverem se responsabilizado expressamente.¹⁰

A alocação dos riscos das atividades exercidas pelos contratantes tal como pactuada no contrato, e a hipótese de atribuição expressa de responsabilidade por prejuízos de caso fortuito ou de força maior, devem ser analisados. A depender do resultado deste exame, poderão ser afastadas, de plano, potenciais demandas que associem os efeitos da pandemia ou da guerra à impossibilidade de execução do contrato.

O mesmo exame casuístico deve ser realizado ao se evocar a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva como fundamento à suspensão, revisão, ou rescisão dos contratos, seja nos contratos entre particulares ou naqueles em que a Administração Pública é parte.

A despeito das transformações fáticas de grande abrangência que os eventos da guerra da Ucrânia e da pandemia têm ensejado, seus impactos não serão concebidos como circunstâncias imprevisíveis em todo e qualquer

9 STJ, Recurso Especial n. 1.450.434 – SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 18/09/2018.

10 Código Civil, art. 393, caput.

negócio. E mesmo quando recepcionada a imprevisibilidade destes eventos, tal aspecto não tem o condão, por si só, de atingir o cumprimento das obrigações.

Uma conjugação de circunstâncias deve ser verificada diante do cenário de alterações econômicas provocadas pela pandemia e pela guerra. Em consonância com o que leciona Marçal Justen Filho, reportando-se aos contratos administrativos, além do caráter imprevisível desses eventos, da incalculabilidade de seus efeitos, e da inimputabilidade do ocorrido às partes, para que a teoria da imprevisão se sustente é preciso que uma grave modificação das condições contratuais se comprove, bem como a ausência de impedimento absoluto (JUSTEN FILHO, 2014).

Ao cabo, o tema passa a ser um vista sob uma ótica da peculiaridade do caso e da prova dos efeitos sobre a relação contratual.

Assim como os efeitos de pandemia e de guerra não geram impossibilidade absoluta de execução em todo contrato, nem sempre seus efeitos implicarão excessiva onerosidade ao contratante. Em alusão à pandemia – porém em assertiva também cabível ao contexto da guerra entre Rússia e Ucrânia – Rogério Donnini ilustra a necessidade de comprovação da inevitabilidade e da onerosidade excessiva para a incidência da teoria da imprevisão, ao reconhecer que:

...existem setores que não suportaram ou sentiram perdas consideráveis capazes de justificar o inadimplemento contratual, a resolução ou revisão contratual, bem como os contratos aleatórios, cujo risco é ínsito à sua natureza, o que inviabiliza qualquer pretensão nessa direção.(DONNINI, 2021)

Esta posição também ressoa no Parecer produzido pela AGU, no qual se reconheceu que a pandemia poderia, em tese, dar ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro nas concessões de infraestrutura de transportes. O Parecer, inicialmente, destaca que os contratos de concessão permitem “discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso.”¹¹

Assim, ainda que reconheça a pandemia como um evento apto a levar ao reequilíbrio nestes contratos administrativos, caracterizando álea extraordinária, salienta que apenas nos contratos de concessão em que há assunção dos riscos pelos eventos extraordinários por parte da Administração Pública será cabível invocar a teoria da imprevisão. Mais

11 Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Item 23.

que isso, os impactos efetivos do evento devem ser identificados no caso concreto:

(...) parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

73. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em *tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.*¹² (g.n.)

Deste modo, a anormalidade do ambiente econômico atual, seja em razão da pandemia, ou das repercussões globais decorrentes do conflito entre Rússia e Ucrânia, não se traduz em uma solução jurídica padronizada no universo dos contratos. As demandas arbitrais imersas neste cenário, conseqüentemente, deverão receber soluções individualizadas, extremamente atentas às características das relações contratuais inicialmente estabelecidas, bem como preocupadas em identificar a materialidade dos eventos atípicos na base dos contratos.

5. CONCLUSÃO

A despeito da notoriedade que a teoria da imprevisão assume no cenário atual – diante da pandemia de COVID-19 e, mais recentemente, da Guerra da Ucrânia – as premissas teóricas nas quais se lastreia se mantêm. E, enquanto o direito atual não traz novas construções específicas à realidade que vem sendo enfrentada, é fundamental que o olhar das partes e julgadores se volte ao caso concreto.

Apesar da expressiva abrangência global dos eventos aludidos, a análise dos impactos da pandemia e da guerra exige um exame sobretudo casuístico. Primeiramente, a alteração nas obrigações assumidas pelas partes somente deverá ter lugar com a identificação de umnexo causal entre a circunstância imprevista e seus impactos no contrato. Para além

¹² Parecer Nº 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Itens 72 e 73.

disso, será crucial o exame da matriz de risco assumida em cada relação contratual, não apenas nas contratações entre particulares, mas também nos contratos com a Administração Pública.

As circunstâncias que efetivamente compreendem a álea econômica devem ser distinguidas daquelas que perpassam pela álea ordinária do negócio; e é preciso identificar com clareza a forma como a alocação de responsabilidades foi prevista entre os contratantes em cada situação, para além da legislação aplicável. Por fim, há também de se questionar quais os impactos efetivos destes eventos na base do negócio.

Ao que nos parece, a base da teoria da imprevisão permanece aplicável, seja diante da guerra ou mesmo da pandemia. Contudo, há de se reconhecer que esta análise assume, na prática, elevado grau de complexidade e tecnicidade; em discussões que, certamente, tomarão espaço e relevância na seara arbitral.¹³

6. REFERÊNCIAS

BERGER, Klaus Peter; BEHN, Daniel. Force majeure and hardship: a historical and comparative study. *McGill Journal of Dispute Resolution*. Vol. 6 (2019-2020), number 4.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992.

BORDAÇAHAR, Julián. The Rule of Law As Created by Arbitrators – *An Update on the Discussions At The Recent IBA Arbitration Day in Buenos Aires*. Kluwer Arbitration Blog, 8 de abril de 2018. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/08/iba-buenos-aires-report/>. Acesso em 19 de agosto de 2022.

BRASIL. *Advocacia Geral da União*. Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concessão-Transportes-Recomposição.pdf>.

CNT (Confederação Nacional de Transportes), *Pesquisa de Impacto no Transporte, COVID-19 6ª rodada*. CNT, 2021. Disponível em: <https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f-0653bfd6b263.pdf>.

¹³ Este texto foi concluído em 20 de agosto de 2022. Contou com a colaboração para pesquisa e revisão das advogadas Ana Carolina do Amaral Gurgel e Paula Pagliari de Braud e do advogado Gustavo Bosoni, a quem, desde já, merecem efusivos agradecimentos e os faço com o sentimento de que terão um largo futuro na pesquisa aplicada em Direito.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DONNINI, Rogério. Pandemia, Caso Fortuito e Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 27, pp 33-43, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Ponte de. *Tratado de Direito Privado*. 4^a ed. São Paulo: RT, 1983. t. XXV.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 227, jan./mar. 2002.

NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ, *Recurso Especial n. 1.450.434 – SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 18/09/2018.

TEPEDINO, Gustavo, Carlos Konder e Paula Bandeira. *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROCESSO DE ESCOLHA DE ÁRBITROS

*ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: THE
SELECTION PROCESS OF ARBITRATORS*

Márcia Uggeri Maraschin

Especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal pela Escola de Administração Fazendária - ESAF. Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidad Complutense de Madrid. Advogada da União atuando no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo de escolha de árbitros. 3. Prática administrativa: a aplicação de critérios legais e de diretrizes inerentes à indicação de árbitros pela Administração Pública Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O presente estudo visa a analisar o processo de escolha de árbitros pela Administração Pública em arbitragem. O Processo Arbitral permite resolver conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da atuação imparcial de terceiros indicados pelas partes em litígio, os árbitros. A natureza jurídica contratual inerente à convenção arbitral não se confunde com a natureza jurídica dos atos que compõem um Processo Arbitral, em especial no que se refere a relação que se estabelece entre os árbitros e as partes. A escolha dos árbitros é precedida pela definição do modelo de arbitragem (institucional ou ad hoc), da eleição da Câmara de Arbitragem, como também da escolha da forma de composição do juízo arbitral. Definidas tais premissas, cabe às partes enfrentarem o processo de escolha dos árbitros, tendo como foco a formação de um juízo independente, com o perfil técnico apropriado ao objeto da demanda. O processo de escolha de árbitros, em âmbito estatal, formaliza-se por um ato administrativo unilateral, quando, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, a autoridade competente decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral válida e eficiente.

ABSTRACT: This study aims to analyze the process of choosing arbitrators by Public Administration in Arbitration Proceedings. Arbitration allows to solve claims related to patrimonial negotiable rights, through the impartial intervention of arbitrators appointed by the parties. The contractual and legal nature of the arbitration agreement can't be confused with the legal nature of the acts that form an arbitration proceeding, with particular emphasis on the relationship established between the arbitrators and the parties. The arbitrator's nomination is preceded by the definition of the arbitration model (institutional or ad hoc), the election of the arbitration chamber, as well as the choice of how the arbitral tribunal will be formed. Once these premises are defined, it is up to the parties to face the process of choosing the arbitrators, focusing on the formation of an independent court, with the appropriate profile to the claim. The process of choosing arbitrators on the public sector is formalized by a unilateral, discretionary and motivated act, based on objective and subjective elements, whereby the public manager decides to nominate a professional who has the necessary expertise and independence to take a valid and efficient arbitration decision.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Processo. Escolha de árbitros. Critérios.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Process. Selection of arbitrators. Standards.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem constitui um instrumento de composição de litígios que se apresenta como alternativa à jurisdição estatal. Nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o Processo Arbitral tem em sua essência um acordo de vontades, onde partes capazes¹ convencionam² - mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral - submeter eventuais demandas a um juízo arbitral, composto de árbitros por elas escolhidos, conforme seu perfil profissional e sua *expertise*.

A escolha pela arbitragem vem como fomento a um sistema de incentivos à execução dos contratos, uma vez que propicia soluções mais céleres às demandas contratuais, por meio de decisões com alto nível de tecnicidade, em razão da especialização dos árbitros.

A arbitragem permite resolver conflitos, relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, por meio da atuação imparcial de terceiros indicados pelas partes em litígio, os árbitros. A composição de um tribunal arbitral se dá por meio da indicação de árbitros pelas partes, os quais, ao mesmo tempo que gozam de sua confiança, possuem a *expertise* necessária para dirimir determinado conflito ao proferir uma sentença arbitral válida e, por conseguinte, irrecurável.

Ao convencionarem a arbitragem, as partes em litígio definem o modelo de procedimento arbitral a ser adotado, que pode ser o modelo *ad hoc* ou o modelo institucional. No modelo institucional a gestão dos procedimentos arbitrais compete às Câmaras Arbitrais. Já o modelo *ad hoc* é marcado pela ausência de órgão arbitral institucional.

Os órgãos arbitrais institucionais oferecem a estrutura processual necessária para apreciação da causa, primando pela qualidade dos

1 Art. 1º, caput, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

2 Art. 3º da Lei nº 9.307, de 1996.

profissionais que venham a atuar como árbitros, exigindo padrões éticos e profissionais que garantam a reputação da instituição arbitral.³

Apesar de as Câmaras Arbitrais não serem civilmente responsáveis pela atuação dos árbitros, zelam por sua credibilidade, situação que conduz a um especial cuidado com relação ao nível dos profissionais a serem indicados a árbitros (CARMONA, 2016).

Tratando-se de demandas envolvendo entes públicos, a Lei de Arbitragem não estabelece o modelo a ser adotado, de forma que a escolha por um ou outro modelo será decidida de maneira discricionária pelo administrador público. Sem embargo, a doutrina tem se mostrado a favor da arbitragem institucional nos litígios envolvendo a Administração Pública.⁴

Há que se considerar que a arbitragem *ad hoc* apresenta riscos derivados da extensão da autonomia da vontade das partes, uma vez que estas devem concordar em todos os aspectos concernentes à estrutura processual básica para que a arbitragem possa fluir, detendo tal modelo um elevado nível de consensualidade, apresentando-se, assim, vulnerável à intervenção do juízo estatal em caso de divergências, fato que pode provocar morosidade na tramitação do processo.

A arbitragem institucional, por seu turno, supre tais riscos, pois se vale da estrutura disponibilizada por um órgão arbitral institucional, que fixa os honorários arbitrais, funciona como órgão administrador para resolver as questões ligadas a suspeições e impedimentos e, ainda, conta com um regulamento específico para estabelecer o procedimento a ser seguido pelas partes (CARMONA, 2016; PEREIRA, TALAMINI e QUINTÃO, 2017).

Não existem, entretanto, óbices para que o Estado se valha da arbitragem *ad hoc*, especialmente se consideramos a redução dos custos processuais envolvidos neste modelo. Contudo, não se pode olvidar que tal opção implica a ausência das vantagens inerentes ao modelo institucional, acima relacionadas.

Com a crescente evolução legislativa, os entes estatais contam com normativos esparsos que assinalam preferência pela arbitragem institucional em processos envolvendo a Administração, como o disciplinado

3 O Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC trata da matéria em seus artigos 3, 4 e 5. No mesmo sentido, a Corte Internacional de Arbitragem – CCI estabelece, no artigo 13 do seu Regulamento de Arbitragem, regras sobre o processo de nomeação e confirmação dos árbitros.

4 Nesse sentido, destaca Felipe Estefam que a arbitragem institucional se adequa ao princípio constitucional da eficiência, “afinal, a relação processual fica presidida por uma instituição especializada, e não pela pessoa natural, que exerce, tipicamente, o papel de julgar, e não o de administrar”. Ademais, “há instituições arbitrais que adotam medidas que reforçam o cumprimento do princípio constitucional da impessoalidade”, valendo-se, em seus regulamentos, de mecanismos de controle das sentenças arbitrais ao cumprimento dos requisitos legais exigidos pela Lei nº 9.307, de 1996.

no Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019, que estabelece que as arbitragens em questões que envolvam setores de infraestrutura devem adotar, preferencialmente, o modelo institucional, sendo admissível a arbitragem ad hoc desde que devidamente justificada⁵.

Frente a estas considerações, infere-se que caberá ao ente estatal, por meio do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral, definir o modelo a ser usado em um Processo Arbitral – arbitragem *ad hoc* ou institucional – e, havendo opção pelo modelo institucional, decidir qual Câmara de Arbitragem será utilizada. Vencidas essas etapas, o passo seguinte será o da formação do juízo arbitral, que poderá ser composto por árbitro único ou por um tribunal arbitral.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022) defende que os casos envolvendo a Administração Pública não devam ser submetidos, em regra, à arbitragem monocrática, sendo recomendável, para tais demandas, um colegiado arbitral, formado por três árbitros, no mínimo. Faz-se evidente que o debate e a reflexão característicos de um colegiado arbitral tem maior potencial para qualificar a decisão a ser proferida, conferindo, conseqüentemente, maior legitimidade à sentença arbitral.

A opção pelo juízo monocrático, por outro lado, poderia justificar-se pelo menor custo e pela maior celeridade processual, tendo vista não se tratar de um juízo colegiado que, em tese, demanda maior tempo quando de sua atuação jurisdicional. Entretanto, a ponderação sobre a relação custo-benefício entre uma ou outra alternativa deverá considerar as características de uma decisão monocrática, desprovida de maior debate, em comparação a uma sentença advinda de Tribunal Arbitral.

A escolha dos árbitros é, pois, precedida das etapas em que as partes definem: modelo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*), eleição da câmara de arbitragem e escolha da forma de composição do juízo arbitral. Superadas tais etapas, cabe às partes enfrentarem o processo de escolha dos árbitros propriamente dito, tendo como foco a formação de um juízo independente, com o perfil técnico apropriado ao objeto da demanda.

Pois bem. O presente artigo tem como objeto o estudo do processo de escolha de árbitro em âmbito estatal, abordando, para tanto, o microssistema jurídico consoante a tal sistemática, como também a dinâmica administrativa adotada, pela Administração Pública Federal, quando da aplicação dos critérios legais e das diretrizes inerentes à indicação de árbitros.

5 Veja-se a disposição do art. 3º, V, do Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019: “V - a Arbitragem em questões envolvendo aqueles setores deve ser, preferencialmente, institucional, sendo admissível a arbitragem ad hoc desde que devidamente justificada”.

2. O PROCESSO DE ESCOLHA DE ÁRBITROS

A arbitragem perfaz-se de um sistema singular, composto por uma engrenagem combinada por uma série de atos que formam um todo particular, o Processo Arbitral. Logo, o Processo Arbitral traduz-se em uma série de atos coordenados e complexos, resultando em uma sentença prolatada por um juízo arbitral, no pleno exercício de sua função jurisdicional.

A Arbitragem tem em sua essência um acordo de vontades, onde as partes convencionam submeter eventuais demandas oriundas de uma relação contratual a um juízo arbitral, com perfil profissional adequado às peculiaridades da lide a ser dirimida.

Contudo, a natureza jurídica contratual inerente à convenção arbitral não se confunde com a natureza jurídica dos atos que compõem um Processo Arbitral, com especial destaque para a relação que se estabelece entre os árbitros e as partes.

Nesse contexto, enfatiza-se o fato de que os árbitros não estão subordinados às partes que os indicaram. Na arbitragem, os árbitros se vinculam, de forma neutra e independente, ao próprio Processo Arbitral, caracterizado por uma pluralidade de relações jurídicas e pelas distintas etapas procedimentais.

Grandjean e Fouchard (2012) afirmam que a diferença fundamental entre a arbitragem e a justiça estatal é a escolha, pelas partes, a quem confiarão a tarefa de julgar sua disputa. Quando os usuários da arbitragem são levados a justificar a razão pela qual optaram por essa chamada “Justiça Privada”, motivam sua escolha, em especial, por deterem a competência de indicar o juízo que será submetida sua demanda. Os autores destacam que, tomada esta decisão, nada importa mais do que escolher um bom tribunal arbitral. A importância da eleição do tribunal arbitral é ainda maior ao se considerar que a decisão dos árbitros será, em princípio, sem recurso.

Assim, a fase da indicação do juízo arbitral reveste-se de extrema importância no Processo Arbitral, uma vez que a *expertise*, a independência e a imparcialidade dos árbitros são essenciais para um julgamento técnico e justo.

A relação entre árbitro e parte se dá em decorrência de mandamento normativo – a Lei de Arbitragem. Faz-se inquestionável a existência de um dever de fazer que recai sobre o árbitro. Tal dever, entretanto, não tem por finalidade produzir um benefício para determinada parte em detrimento da outra. O dever é voltado, isto sim, ao cumprimento da justiça em prol da sociedade e de todas as partes envolvidas na controvérsia instaurada.

O vínculo jurídico que se desenvolve entre partes e árbitros, no nosso entender, decorrem de uma relação de natureza jurisdicional. Tal tese se

reforça pela leitura do art. 17 da Lei nº 9.307, de 1996, o qual determina que os árbitros, no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 31 da Lei Arbitragem equipara a sentença arbitral à sentença judicial, determinando que a decisão em sede arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

Note-se que a Lei de Arbitragem estabelece, em seu art. 18, que o árbitro (ou o tribunal arbitral, conforme o caso) é juiz de fato e de direito. Mais: a sentença proferida em sede arbitral não está sujeita a recurso ou homologação por parte do Poder Judiciário. Dessa maneira, a decisão arbitral, uma vez proferida, será definitiva e vinculará as partes.

Assim, o juízo arbitral atua buscando a concretização dos direitos que assistem às partes litigantes, proferindo, para tanto, uma decisão irrecorrível de efeitos vinculantes. Resta, assim, de vital importância garantir que o árbitro detenha conhecimento técnico compatível com a causa a ser decidida e que preserve, durante todo o exercício de sua função, autonomia e independência necessárias à sua atuação imparcial.

A importância de uma boa escolha, quando se trata da indicação de árbitros, é ressaltada por Selma Lemes (2022) quando, ao discorrer sobre o papel do árbitro no procedimento arbitral, relembra um ensinamento mundialmente conhecido: “a arbitragem vale o que vale o árbitro”. A autora destaca, em reforço, que o árbitro representa a chave da abóbada da arbitragem e ao seu redor gravitam todos os temas e conceitos afeitos à arbitragem.

Para Philippe Fouchard (1996), todos os árbitros devem ser independentes de todas as partes no litígio, por ser esta uma situação objetiva que supõe a ausência de vínculos ou liames com as partes, em especial com aquela que o indicou. Adverte o autor que:

[...] do árbitro se espera imparcialidade, mas como se trata de um estágio psíquico difícil de ser demonstrado e, em decorrência do comportamento parcial do árbitro ser raramente externado, firmou-se o consagrado entendimento que a independência do árbitro é da essência da função jurisdicional e as circunstâncias para contestar essa independência devem caracterizar-se pela existência de vínculos materiais ou intelectuais, uma situação de natureza a afetar o julgamento do árbitro, constituindo um risco certo de prevenção com respeito a uma das partes na arbitragem.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Ahmed El-Kosheri e Karim Youssef (2007) quando defendem que:

[...] os árbitros devem evitar comportamentos que prejudiquem a justiça arbitral. Suas responsabilidades consistem, por conseguinte, essencialmente, em respeitar a norma jurisdicional de independência. Esta responsabilidade se inscreve numa ampla tendência internacional de moralização do direito comercial internacional em geral.

A independência e a imparcialidade do árbitro, assevera Selma Lemes (2022), representam *standards* de comportamento. A independência se refere a critérios objetivos e visa a assegurar a que o árbitro, no cumprimento do seu mister, não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes, isto porque o árbitro deve decidir a controvérsia exclusivamente com base no Direito e nas provas dos autos (ou pela equidade, se assim estiver pactuado pelas partes). Já a imparcialidade se vincula a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (*state of mind*).

Carlos Alberto Carmona (2011), por seu turno, lembra que a independência reside na isenção quanto a qualquer tipo de pressão ou coação que possa intimidar o julgador no exercício de sua função, enquanto a imparcialidade trata da desvinculação do julgador em relação às partes em litígio e aos seus respectivos interesses. Para que o árbitro seja independente, segundo Carmona (2011), é razoável que não esteja sujeito, em razão de sua atuação, a riscos de sofrer um mal, um prejuízo, em sua esfera de interesses.

O mapeamento das situações de risco à independência e à imparcialidade de um árbitro constitui uma dinâmica complexa. Nesse cenário, as partes têm recorrido a códigos de ética e a diretrizes de instituições dedicadas à arbitragem. Com efeito, o Código de Ética do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC; as Recomendações Relativas à Independência e Imparcialidade dos Árbitros – elaborada pelo *Club Español de Arbitraje*; as Diretrizes da *International Bar Association* – IBA, relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional; e os Códigos de Ética das instituições internacionais e nacionais, como o da *American Bar Association* – ABA e da *American Arbitration Association* (AAA) – para os Árbitros em Disputas Comerciais, fornecem regras de caráter não cogente, que servem de norte importante a ser utilizado pelas partes.

As Diretrizes IBA, ou IBA *Guidelines* (2022), constituem um rol não exaustivo, mas largamente utilizado no cenário internacional, e têm

por finalidade relacionar as condutas que possam potencialmente gerar situações de parcialidade em uma decisão arbitral. Estas diretrizes, além das regras gerais, listam diferentes categorias de situações, classificadas com as mesmas cores de um semáforo (vermelha, laranja e verde) que podem configurar o grau de parcialidade de um juízo arbitral. Nesse sentido a lista vermelha (*Red List*) relaciona situações que poderiam resultar em impugnação do árbitro. A lista laranja (*Orange List*) traz questões que devem ser ponderadas pelas partes e árbitros. Já a lista verde (*Green List*) descreve situações pontuais de menor relevância, que não trazem risco de distorção de julgamento.

No entanto, enfatiza-se que as IBA *Guidelines* não são leis, mas assumem o critério de *soft law*, ou seja, são orientações, recomendações, pautadas em experiências internacionais, que servem como ferramenta útil aos aplicadores do direito quando da escolha do juízo arbitral.

No âmbito da ordem jurídica interna, a matéria relativa à nomeação de árbitros, por sua relevância, vem sendo objeto de crescente evolução legislativa. O Capítulo III da Lei de Arbitragem (art. 13 e seguintes da Lei nº 9.307, de 1996) estabelece regras que, por sua especificidade, impõem-se aos demais normativos que prevejam a arbitragem como forma de resolução de conflitos.

Da leitura do art. 13 da Lei de Arbitragem sobressai a informação de que os árbitros podem ser quaisquer pessoas capazes que apresentem, como atributo diferencial, a confiança das partes. Frente a tal dispositivo, os árbitros poderão ser quaisquer pessoas maiores e no domínio de suas faculdades mentais.

Ademais, a Lei de Arbitragem estatui, em seu art. 13, § 6º, que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Segundo a doutrina pátria, o art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem, perfaz o Código de Ética dos Árbitros.

O dever de imparcialidade na ação arbitral também está previsto no parágrafo 2º do art. 21 da mesma Lei, ao estabelecer que os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento serão respeitados no procedimento arbitral.

Na mesma linha, seu art. 14, § 1º, reforça a determinação de imparcialidade e independência do árbitro ao obrigá-lo a revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Pautando-se nas regras gerais acima descritas, o Decreto nº 10.025, de 2019, que dispõe sobre a arbitragem nos setores de infraestrutura, trata especificamente sobre critérios de escolha de árbitros, ao prever,

em seu art. 12, requisitos mínimos a serem observados pelos órgãos pela Administração Pública Federal na área de infraestrutura.⁶

Nesse elenco normativo, faz-se imprescindível citar a Lei nº 14.133, de 2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – que estabelece, em seu artigo 154, que os critérios para a escolha de árbitros deverão ser isonômicos, técnicos e transparentes.

Finalmente, cabe mencionar a recente edição da Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022, que, em cumprimento ao art. 154 da Lei nº 14.133, de 2021, definiu, com a clareza e a sistematização necessárias, os critérios a serem valorados pela União quando da indicação de árbitros em processos arbitrais de que seja parte, inovando ao prever fatores adicionais a serem observados pelo ente público quando da escolha dos candidatos a compor um Tribunal Arbitral.⁷

Não há como negar que a escolha dos árbitros não é uma tarefa fácil. Marçal Justen Filho (2016) sustenta, de forma acertada, que o ato de

6 Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos:

I - estar no gozo de plena capacidade civil;

II - deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e

III - não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105, de 2015- Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

7 Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica:

I - estar no gozo de sua plena capacidade civil;

II - deter a confiança das partes;

III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio;

IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil;

V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e

VI - não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

§ 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios:

I - a formação profissional;

II - a área de especialidade;

III - a nacionalidade; e

IV - o idioma.

§ 2º O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, unidade responsável pela escolha dos árbitros a que se refere esta Portaria Normativa, poderá, sem prejuízo dos incisos dispostos no caput, considerar os seguintes critérios adicionais:

I - a disponibilidade;

II - as experiências pretéritas como árbitro;

III - o número de indicações para árbitro pela União; e

IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

escolha de árbitro é uma declaração de vontade, de natureza unilateral, que desencadeia uma pluralidade de efeitos jurídicos. Se o sujeito escolhido aceitar a indicação, será ele investido na função correspondente – desde que não existam impedimentos, suspeições ou algum outro obstáculo.

Logo, quando da indicação dos árbitros o ente estatal deve amparar-se em uma dinâmica proba que incorpore as particularidades da Administração Pública. Tal dinâmica deve conferir segurança à autoridade competente ao proferir uma decisão administrativa motivada em critérios transparentes e isonômicos, previamente definidos, conforme a especificidade da demanda e os normativos que disciplinam a matéria.

Diante de tal cenário, emerge a importância de a Administração Pública definir, com a clareza necessária, a sistemática a ser aplicada pela Administração Pública na arbitragem que figure como parte, de forma a assegurar o deslinde de um processo arbitral válido e eficaz.

3. PRÁTICA ADMINISTRATIVA: A APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS LEGAIS E DE DIRETRIZES INERENTES À INDICAÇÃO DE ÁRBITROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A arbitragem tem como fundamento a autonomia da vontade das partes, onde aquelas escolhem, de forma independente, os árbitros que entendem ter atributos necessários para dirimir suas controvérsias. Sendo assim, cumpre à Administração Pública definir, com transparência e clareza, os critérios a serem considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam o poder público.

A escolha de árbitros transcende os elementos subjetivos evidenciados na relação de confiança entre partes e árbitros. Assim, em busca de segurança jurídica, a Administração Pública Federal sistematizou o processo a ser observado pelo ente público quando da identificação do árbitro e conseqüente formação do Juízo Arbitral.

Para garantir a validade do processo de escolha de árbitros, faz-se imperioso que o ente público verifique se o candidato a árbitro possui algum impedimento ou suspeição a obstaculizar o exercício de tal função. Contudo, antes da análise de tais requisitos impeditivos, será necessário identificar os profissionais que detenham o perfil adequado a determinada demanda.

Assim, na prática administrativa, antes de o ente público verificar se o candidato a árbitro possui algum impedimento ou suspeição, deverá apurar se detém o perfil adequado para o exercício de tal função.

João Bosco Lee e Maria Cláudia de Assis Procopiack (2008, p. 304) corroboram esse entendimento ao afirmar que, no processo de eleição de

um árbitro, as partes ou seus advogados vão direcionar suas escolhas a alguém com quem se identifiquem e que aquele, ao mesmo tempo, possa identificar-se com a parte, com a causa, ou com tudo o que envolve a arbitragem. Tais aspectos tendem a valorizar pessoas que tenham as mesmas origens, que compreendam as tradições, os costumes e as ideias que estavam presentes no espírito da parte quando o contrato foi elaborado e que continuarão a guiá-las durante o procedimento arbitral.

Registra-se, porém, que a eleição dos árbitros em sede arbitral demanda uma postura estratégica por parte da Administração, espaço este de caráter eminentemente discricionário, intimamente ligado às características de cada caso concreto. Ainda que tal definição constitua uma atuação discricionária por parte do administrador público, a escolha dos candidatos a árbitro deve pautar-se em critérios subjetivos e objetivos isonômicos e transparentes.

Os doutrinadores Grandjean e Fouchard (2020) sustentam que “a personalidade do árbitro, sua formação profissional, suas opiniões doutrinárias – se houver – e as sentenças que ele foi capaz de proferir são elementos a serem levados em consideração no momento da nomeação dos árbitros”. Os citados autores afirmam, ainda, que antes de se questionar a identidade de um árbitro, é necessário definir seu perfil, que varia de acordo com as características de cada processo. Nesse sentido, salientam que a nacionalidade do árbitro e o idioma da arbitragem e do direito aplicável são importantes critérios de seleção. Destacam os autores, ainda, um derradeiro critério a ser verificado, a disponibilidade do árbitro, dado que constitui fator inerente à eficácia da arbitragem.

Pois bem. Considerando que cabe às partes, de forma independente, definir os atributos que entendam ser necessários aos árbitros que virão a dirimir suas controvérsias, cumpre à Administração Pública, neste cenário, estabelecer os critérios a serem considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam o poder público.

À luz deste contexto, a União, pautando-se nos normativos vigentes, elencou por meio da Portaria Normativa nº 42, de 2022, os requisitos a serem observados quando da definição do perfil do árbitro a ser indicado. Assim, de acordo com parágrafo 1º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, de forma a garantir que o árbitro a ser indicado detenha conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio, a União considerará os seguintes critérios ao definir o perfil do árbitro a ser indicado:

1. formação profissional: área do conhecimento desejável, como Direito, Engenharia, Contabilidade, etc.;

2. área de especialidade: direito processual, arbitragem, auditoria, infraestrutura, energia, direito público, direito societário, direito estrangeiro, entre outros; e

3. nacionalidade almejada, considerando, entre outros fatores culturais, o idioma aplicável à arbitragem, quando for o caso.

Anota-se que o perfil desejado para o árbitro será determinado conforme o caso concreto, sendo que o peso ou a preferência de cada critério serão atribuídos de acordo com as exigências de cada demanda, sem estarem condicionados à obediência a qualquer ordem de prioridade.

Vencida a etapa da definição do perfil desejado, a fase seguinte será a de análise curricular e da produção acadêmica do profissional. A título exemplificativo, nesta fase pode-se apurar se o candidato: a) consta da lista de árbitros de câmaras de arbitragem, b) já atuou como coárbitro ou como árbitro presidente; c) é pós-graduado, mestre ou doutor na área do conhecimento desejada e quais foram os temas das respectivas dissertações; e d) sendo profissional da área jurídica, tem experiência predominante acadêmica ou prática.

Na sequência do processo de escolha de árbitros cumpre à União observar o disposto no parágrafo 2º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, o qual elenca outros requisitos, que intitula como critérios adicionais, que podem ser considerados quando da escolha de um árbitro:

1. disponibilidade do profissional, o que se justifica pela desejável celeridade do Processo Arbitral;
2. experiências pretéritas com a atuação do profissional na condição de árbitro, seja no que se refere à condução do procedimento, seja no que se refere à qualidade das sentenças proferidas;
3. número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União, sendo desejável a alternância de profissionais; e
4. perfil do profissional indicado como árbitro pela parte contrária.

A disponibilidade, que pode ser apurada por consulta direta ao candidato, traz consigo a ideia de sua disposição de energia, de estrutura e de tempo necessários à apreciação e julgamento do caso de maneira célere e dedicada.

Anote-se que tal matéria está sendo objeto do Projeto de Lei - PL nº 3.293, de 2021, em curso na Câmara dos Deputados, que visa, entre outras providências, alterar o art. 13 da Lei nº 9.307, de 1996.

A nova redação proposta para o art. 13 da Lei de Arbitragem estabelece que poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, que tenha disponibilidade e a confiança das partes. O legislador prevê no artigo proposto a disponibilidade como requisito à aptidão para ser árbitro, adicionado à capacidade civil e à confiança das partes.

Ademais, o PL nº 3.293, de 2021, propõe um novo parágrafo ao art. 13 da Lei de Arbitragem, estabelecendo que o árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral.⁸

Infere-se da redação proposta que a intenção do legislador é inserir ao art. 13 da Lei de Arbitragem a disponibilidade como requisito obrigatório a ser observado pelas partes quando da indicação de árbitros, vinculando a disponibilidade, a nossa ver de forma equivocada, a contornos estritamente matemáticos.

Registra-se que, até o momento, não se tem conhecimento de estudos conclusivos que avalizem a valoração do critério de disponibilidade com base em um único fator, seja um fator com dados matemáticos como o limite máximo de arbitragens, seja relacionado a uma estrutura jurídica mínima necessária, ou mesmo um fator subjetivo isolado que defina ser um árbitro apto a conduzir de modo diligente um determinado número de arbitragens.

Assim, parece-nos que para apuração de tal requisito as partes devem considerar, adicionadas ao número de arbitragem que atua o candidato a árbitro, o somatório de variáveis individualizadas (subjetivas e objetivas) relativas ao profissional, como por exemplo: atividades que o candidato a árbitro exerce em paralelo a suas funções como árbitro; fatores inerentes ao seu momento de vida; comprometimento pessoal; e posição que o árbitro ocupa nos Tribunais Arbitrais dos quais participa, considerando que, como regra, a função de árbitro-presidente demanda mais tempo e disponibilidade na condução do Processo Arbitral do que o coárbitro.

No que se refere ao requisito inerente à experiência pretérita, pontua-se que a experiência é um relevante fator de confiança.

Os franceses Grandjean e Fouchard (2021) destacam que que com árbitros experientes e reconhecidos, as partes não terão certeza de vencer a arbitragem – nenhum litigante pede essa garantia – mas eles se envolverão no processo – muitas vezes longo e caro – com a convicção de que reduziram o risco judicial e garantiram a esperança de uma sentença

8 Art. 13. Poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz que tenha disponibilidade e a confiança das partes.

[...]

§8º O árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral.

bem fundamentada, após uma arbitragem bem conduzida. Ponderam os autores que a experiência é um fator de confiança igualmente importante. Tal experiência não é mais a experiência do árbitro, mas a experiência que outros praticantes, advogados ou outros árbitros, tiveram em suas relações com o árbitro. Conceituam tal atributo sendo a experiência da experiência.

Na apuração da experiência pretérita é recomendável que o ente público consulte o próprio candidato sobre tais experiências, ademais de buscar informações na própria Administração Pública sobre como foi a atuação daquele profissional no papel de árbitro, assim como pesquisar em fontes abertas e mesmo nas Câmaras de Arbitragem.

No que concerne ao requisito referente ao número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União, enfatiza-se que esta questão é de extrema importância para se resguardar a transparência e a validade de um Processo Arbitral. Com a observância deste requisito, o ente público busca afastar a indicação repetida ou frequente de um mesmo árbitro e, por conseguinte, preservar alternância entre os profissionais a serem indicados pela União.

Registra-se que se faz recomendável adotar certa alternância entre os profissionais indicados para árbitros, como forma de assegurar a preservação da sentença arbitral e a diminuição do risco de incidentes processuais que possam levar a sua invalidação. O tema foi objeto de alerta de Carlos Alberto Carmona (2011) ao lembrar que comportamentos patológicos no Processo Arbitral, como a indicação repetida ou frequente de um mesmo árbitro deve ser reprimida.

Entre os requisitos adicionais disposto no § 2º da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, está o perfil do árbitro indicado pela parte contrária. Este requisito ter por finalidade assegurar a constituição de um Juízo Arbitral harmônico ou complementar, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, considerando, para tanto, os aspectos de formação profissional dos árbitros, como a área de especialidade, nacionalidade e língua dos componentes do Tribunal Arbitral.

Cabe destacar que o elenco acima tratado – intitulado pelo legislador de requisitos adicionais – é meramente exemplificativo, não tendo o legislador, com tal dispositivo, a intenção de exaurir o rol de atributos que devam ser considerados pela União na eleição de árbitros. Tampouco tais requisitos implicam a obrigatoriedade de sua observância, embora constituam relevante subsídio a ser considerado pelo ente público quando do processo de seleção de árbitros.

O viés que guia a análise quando da aplicação dos requisitos adicionais ora tratados é a eficiência, princípio que norteia as ações da Administração Pública. Logo, tais critérios adicionais podem ser ampliados ou suprimidos

em prol da eficiência, conforme se faça necessário frente ao caso concreto. Enfatiza-se, assim, que a análise de cada caso concreto é que determinará os fatores a serem considerados pela Administração Pública no processo de definição dos árbitros, assim como o peso que será conferido a cada critério adicional envolto com a indicação em questão.

Definido o profissional que apresenta o perfil considerado adequado para atuar no caso, caberá à Administração verificar o atendimento dos seguintes critérios legais:

1. estar no gozo de sua plena capacidade civil;
2. deter a confiança das partes;
3. não estar impedido de funcionar como árbitro, considerando as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil; e
4. não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

A capacidade civil (item “1”) e as regras sobre impedimento ou suspeição de juízes (item “3” acima), constituem matérias regulamentadas por lei e devem ser averiguadas com redobrado zelo pelo ente público, pois sua inobservância invalidará o Processo Arbitral.

Dentre os critérios acima elencados, ganha especial destaque o aspecto da confiança que a parte deposita no candidato a árbitro.

Selma Lemes (2022), ao abordar o tema, adverte que a confiança é o critério definidor da atuação do candidato a árbitro, pontuando que é da confiança que deriva o dever de transparência do profissional e a obrigação de revelar quaisquer fatos ou circunstâncias que possam prejudicar a confiança nele depositada. Enfatiza a autora que a missão do árbitro é dar solução ao litígio com justiça e essa missão funda-se na confiança das partes que o nomearam. É em nome dessa confiança que se nomeia um árbitro que goze de independência para julgar com imparcialidade, posto que a independência é um pré-requisito da imparcialidade.

Quanto às Diretrizes IBA e os códigos de ética, reitera-se que tais orientações não são imperativas, pois têm finalidade pedagógica e representam um guia referencial de modo que, a depender do caso concreto, poderá ser oportuno a sua utilização ou, em outras situações, inadequado.

Por fim, o § 2º da Portaria Normativa nº 42, de 2022, estabelece que caberá ao ente público verificar se o candidato a arbitro não é ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

Percebe-se do exposto que a escolha pela arbitragem pelo ente público implica na aceitação de um sistema peculiar que propugna pela celeridade e o tecnicismo. Revela-se, assim, a importância de ter-se clareza sobre em quais fatores – critérios e diretrizes – a Administração Pública irá pautar sua decisão quando da definição de um Juízo Arbitral.

Diante de tais premissas, infere-se do sistema arbitral vigente que o processo de escolha de árbitros em âmbito Estatal formaliza-se por um ato administrativo unilateral, onde a autoridade competente, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral justa, válida e eficiente.

4. CONCLUSÃO

A arbitragem é instrumento heterocompositivo, alternativo ao Poder Judiciário estatal, utilizado para a resolução de litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. No Brasil, o instituto da arbitragem tem natureza convencional, que vem a ser exteriorizada por meio de uma convenção arbitral e estruturada por um Processo Arbitral de elevado grau de complexidade e pluralidade de atos.

A Administração Pública, ao optar pela arbitragem, o faz de forma discricionária e motivada. Ao aderir à arbitragem, o ente público anui a um sistema singular, que propugna pela celeridade e o tecnicismo, cuja lógica deve ser seguida, sob pena de desvirtuamento do instituto e, conseqüentemente, perda das vantagens que caracterizam a essência do Processo Arbitral.

A função jurisdicional na arbitragem acontece por meio da atuação de terceiros imparciais, indicados pelas partes: os árbitros. O juízo arbitral deve gozar da confiança das partes e possuir *expertise* para exercer o poder/dever de dirimir a relação conflituosa mediante a prolação de uma sentença arbitral.

O processo de escolha de árbitros pauta-se pela autonomia da vontade das partes, onde escolhem, de forma autônoma, os árbitros que entendem ter os atributos necessários para dirimir suas controvérsias.

Faz-se, assim, evidente a importância de a Administração Pública ter definido, de forma transparente e isonômica, os critérios a serem

considerados na escolha dos árbitros em processos que envolvam entes públicos, uma vez que a *expertise*, a independência e a imparcialidade dos árbitros são elementos imprescindíveis para um julgamento técnico e justo, decorrente de uma decisão arbitral que detém eficácia vinculante às partes.

Inferre-se, do sistema jurídico inerente à escolha de árbitros, a proeminência de algumas regras imperativas destinadas à escolha dos árbitros pela Administração Federal, vale dizer, os candidatos a árbitros devem: i) estar no gozo de sua plena capacidade civil; ii) deter a confiança das partes; iii) deter conhecimento compatível com a natureza do contrato/litígio; e iv) o processo de escolha de árbitros observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Somam-se, ao elenco acima, critérios impeditivos à indicação de um árbitro: i) não podem ser árbitros aqueles que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil; e ii) não podem ser árbitros aqueles que se encontrem em situações de conflito de interesses, reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

Pautado no microssistema acima, temos a edição da Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, que vem definir os critérios a serem valorados pela União quando da escolha dos árbitros a compor um Tribunal Arbitral.

A Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, elenca critérios que tem como objetivo definir o perfil do árbitro a ser indicado, de acordo com as características de cada processo, de forma a garantir que o árbitro tenha conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio, cabendo à União verificar: i) a formação profissional almejada; ii) a área de especialidade almejada; e iii) a nacionalidade almejada, considerando, entre outros fatores culturais, a língua aplicável à arbitragem, quando for o caso.

Uma vez definido o perfil desejado, conferindo sequência ao processo de escolha de árbitro, a União deverá proceder à análise curricular e a produção acadêmica dos candidatos à arbitro.

Conforme o previsto na Portaria Normativa AGU nº 42, de 2022, há alguns fatores adicionais que podem ser levados em consideração na escolha de um árbitro: i) disponibilidade do profissional; ii) experiências pretéritas com a atuação do profissional na condição de árbitro; iii) número de vezes que o profissional foi indicado como árbitro pela União; e iv) perfil do profissional indicado como árbitro pela parte contrária.

Por fim, no que se refere especificamente à Administração Pública Federal, conforme dispõe o art. 2º, VI, da Portaria Normativa AGU nº 42,

de 2022, caberá verificar se o candidato a árbitro não é ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

Assim, diante de todo o exposto, infere-se que o processo de escolha de árbitros em âmbito Estatal, formaliza-se por um ato administrativo unilateral, quando, de forma motivada e discricionária, pautando-se em elementos objetivos e subjetivos, a autoridade competente decide pela indicação de um profissional que detenha a expertise e a independência necessárias à prolação de uma decisão arbitral justa, válida e eficiente.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem

_____. *Decreto nº 10.025, de 23 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

_____. *Projeto de Lei nº 3.293/2021*. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2300144>>. Acesso em: 10 set. 2022.

_____. *Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022*. Estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte.

CÂMARA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO – Câmara de Comércio Brasil-Canadá. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>>. Acesso em: 20 set. 2022.

CÂMARA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM. *Regulamento de Arbitragem e Mediação*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública*. Revista Brasileira de Arbitragem – Ano XIII, nº 51 – jul-ago-set 2016 – págs. 7-21.

CARMONA, Carlos Alberto. *Em Torno do Árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, São Paulo, v. 8, n. 28, p. 47-63, jan./mar. 2011.

EL-KOSHERI, Ahmed S. e YOUSSEF, Karim Y. *L'indépendance des arbitres internationaux: le point de vue d'un arbitre*. Bulletin de La Cour Internationale d'Arbitrage da CCI, *L'indépendance de l'arbitre, Supplément spécial* 2007.

FOUCHARD, Philippe. *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*. Revue de L'arbitrage, 1996: 325/72.

GRANDJEAN, Jean-Pierre et FOUCHARD, Clément. *Le choix de l'arbitre: de la théorie à la pratique*. Cahiers de Droit de L'Entreprise nº 4 - jul-out 2012. Les Qualités des Arbitres - Dossier 21. Disponível em <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/Jean-PierreetClement.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Diretrizes IBA sobre conflitos de interesses em Arbitragem Internacional*. Disponível em <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>>. Acesso em: 2 set. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros*. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo: RT, v. 1, p. 103-150, 2016.

LEE, João Bosco e ASSIS PROCOPIACK, Maria Cláudia. *A obrigação de revelação do árbitro está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro "standard" universal? In*

LEMES, Selma Ferreira. *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2017/11/06/independencia-imparcialidade-arbitro/>>. Acesso em: 2 set. 2022.

LEMES, Selma Ferreira. *O Papel do Árbitro*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas*. In: Revista do Estado, 285,

2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo, QUINTÃO, Luísa. *Arbitragem e Administração Pública: sentença judicial sobre cláusula compromissória vazia e determina arbitragem institucional*, in: Informativo Migalhas, nº 4.097, 24 de abril de 2017.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo e LEE, João Bosco. *“Estudos de arbitragem”*. Curitiba: Juruá, 2008.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

ARBITRABILIDADE SUBJETIVA: A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

*SUBJECTIVE ARBITRABILITY: THE EVOLUTION AND
CONSOLIDATION OF ARBITRATION INVOLVING THE
BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION*

Mariana Carvalho de Ávila Negri

*Doutoranda em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid. Mestre em Direito,
Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Relações
Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Advogada da União no Núcleo
Especializado em Arbitragem da AGU*

Aristhêa Totti Silva Castelo Branco de Alencar

*Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília -
IESB e em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UNA. Advogada da União no
Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Arbitrabilidade subjetiva e Administração Pública: Regime jurídico de Direito Público e legalidade administrativa. 3. Os Tribunais Superiores e a necessidade de lei autorizativa. 3.1 A súmula 485 do STJ e sua correta interpretação. 4. A evolução jurisprudencial do Tribunal de Contas da União. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa a arbitragem envolvendo a Administração Pública sob o aspecto da arbitrabilidade subjetiva. Esclarece que a questão foi resolvida por força da Lei n. 13.129, de 2015, mas que, quanto ao período anterior à promulgação da norma, o tema é controverso. Assim, o estudo ganha importância no tocante à análise de convenções arbitrais celebradas por ente público antes de 2015. O trabalho ressalta que o regime jurídico administrativo, centrado em princípios como o da legalidade em sentido estrito, diferencia o Estado dos demais sujeitos de direito, o que exige uma avaliação cuidadosa a respeito do que a arbitragem que envolve a Administração Pública se identifica ou se diferencia daquela que abrange apenas particulares. Por fim, o ensaio aborda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito, bem como detalha a evolução do entendimento do Tribunal de Contas da União, concluindo que a autorização legal específica constitui pressuposto de arbitrabilidade para entes de direito público.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Princípio da Legalidade. Autorização Legal Específica.

ABSTRACT: The article analyzes arbitration involving the Public Administration from the point of view of subjective arbitrability. It clarifies that the issue was resolved under the Law n. 13,129, of 2015, but regarding the previous period, the topic is still controversial. Thus, the study reveals its importance in the analysis of arbitration agreements signed by public entities before 2015. The article points out that the legal regime of administrative law, centered on principles such as legality, differentiates the State from other subjects of law. This requires, therefore, a careful assessment of what the arbitration involving the Public Administration identifies with or differs from that which involves only private individuals. Using the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court, of the Brazilian Superior Court of Justice, as well as the evolution of the understanding of the Federal Court of Accounts, the essay concludes that the specific legal authorization represents an arbitrability requirement for the Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Subjective arbitrability. Principle of Legality. Specific Legal Authorization.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem, embora dotada de caráter jurisdicional, consiste em mecanismo privado de solução de conflitos, pelo qual as partes de uma disputa delegam a um terceiro imparcial o poder de solucionar o conflito surgido entre elas (ACCIOLY, 2019, p. 7). Tem, assim, origem contratual, ao mesmo tempo em que sua natureza é, reconhecidamente, jurisdicional. Nesse sentido, pode-se dizer que se trata de meio extrajudicial de solução de conflitos, que nasce do consenso das partes de submeterem seu litígio – seja ele futuro e incerto ou concreto e atual – a um terceiro imparcial com poder de decisão. Em algum momento, portanto, deve haver a manifestação de vontade das partes autorizando a arbitragem, mas, uma vez expressa tal vontade, os litigantes não podem interferir no modo de decisão do julgador privado (WALD, 2009, p. 26).

Ao lado da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já se manifestou, em algumas oportunidades, no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, embora decorra da manifestação da vontade das partes. Tal posicionamento foi exposto, por exemplo¹, no Conflito de Competência n. 111.230/DF, em que foi reconhecida a competência daquele tribunal superior para dirimir conflito positivo de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Em voto-vista, o Ministro Luis Felipe Salomão, que acompanhou o voto vencedor da Ministra Relatora, consignou que “a arbitragem, não obstante se tratar, em sua gênese, de forma convencional de solução de conflitos, ostenta natureza jurídica de ‘jurisdição’, o que se infere de diversos dispositivos da Lei 9.307/1996”. Ressaltou, ainda, que a Lei de Arbitragem já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, enfatizando que, naquela ocasião, “foi consignado que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não enseja interferência alguma no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz

1 Ressalta-se que se optou por mencionar o Conflito de Competência n. 111.230/DF considerando que naquela oportunidade ocorreu a alteração de entendimento da Corte, pela 2ª Seção, quanto à sua competência para decidir conflitos de competência entre juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Porém, antes do referido julgado, o STJ já havia se manifestado pela natureza jurisdicional da arbitragem, como se verifica no Conflito de Competência n. 113.260/SP, julgado em 8 de setembro de 2010. Consta do voto da Ministra Nancy Andrighi que “os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade”, razão pela qual “não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade”. No mesmo sentido, o então Ministro Sidnei Beneti, não obstante votando contrariamente à relatora, e de acordo com a divergência vencedora, consignou que “não se nega que a jurisdição arbitral seja também uma jurisdição, mas uma jurisdição que não é a jurisdição estatal, é a jurisdição convencional” (STJ, 2ª Seção, CC 113.260/SP, julgado em 8/09/2010).

assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Maior² (STJ, 2ª Seção, CC nº 111.230 / DF, julgamento finalizado em 08/05/2013).

Além de promover a aplicação do Direito e buscar a pacificação social, o processo arbitral observa ao princípio da inércia, por meio do qual só pode ser iniciado mediante provocação da parte, e seu resultado se dá em substituição aos litigantes, o que reforça sua natureza jurisdicional. Ademais, os árbitros devem atuar com independência, imparcialidade e em observância ao devido processo legal, sendo que a sentença arbitral faz coisa julgada material, representa título executivo judicial e não está sujeita a homologação ou a recurso perante o Poder Judiciário (arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307, de 1996 e art. 515, VII, da Lei n. 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil).

Tratando-se, assim, de um poder conferido, a partir da vontade das partes, a um terceiro privado, para substituir os litigantes e dizer o Direito no caso concreto, revela-se essencial uma avaliação cuidadosa a respeito das situações em que se permite à Administração Pública afastar a jurisdição estatal e optar por submeter seus conflitos ao juízo arbitral.

Não há como negar que o regime jurídico administrativo, centrado em princípios como o da legalidade em sentido estrito - entre tantos outros que incidem e limitam a atuação do ente público -, diferencia o Estado dos demais sujeitos de direito, o que, por sua vez, possui reflexos na arbitragem envolvendo Administração.

Nesse contexto, o que se busca com o presente ensaio é abordar alguns aspectos importantes que devem incidir no estudo relacionada à arbitrabilidade subjetiva no tocante às pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Pública.

Sabe-se que, atualmente, por força da Lei n. 13.129, de 2015 - que reformou a Lei n. 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem) -, a avaliação a respeito da arbitrabilidade subjetiva relacionada à Administração Pública não suscita mais dúvidas. Todavia, quanto ao período anterior à promulgação da norma, o tema é bastante controvertido e ganha especial importância quando se trata da análise de convenção de arbitragem celebrada por entes públicos antes de 2015.

Importa dizer que o presente ensaio limita seu objeto de estudo às pessoas jurídicas de direito público, uma vez que as diferenças existentes quanto ao regime jurídico que incide sobre as entidades de direito privado integrantes da Administração Pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) demandam avaliação e estudo próprios.

2 O voto-vista proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão foi exarado em 22/08/2012.

2. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Conceito fundamental na arbitragem, a chamada “arbitrabilidade” corresponde à possibilidade jurídica de se submeter determinado conflito de interesses à composição arbitral. A um só tempo, apresenta-se como condição de validade da convenção de arbitragem e fixa os limites da competência dos árbitros (ACCIOLY, 2019, p. 49). De forma bastante sucinta, a arbitrabilidade subjetiva, ou *ratione personae*, está relacionada às partes que podem convencionar uma arbitragem; enquanto a arbitrabilidade objetiva, ou *ratione materiae*, refere-se à matéria que pode ser objeto da arbitragem.

De modo diverso do que ocorre nas arbitragens entre particulares – que, em linhas gerais, sob o aspecto subjetivo, apenas se exige das partes a demonstração de plena capacidade civil –, na seara da Administração Pública, o tema da arbitrabilidade subjetiva sempre suscitou debates. A controvérsia foi definitivamente resolvida pela Lei n. 13.129, de 2015, que inseriu o § 1º no art. 1º da Lei n. 9.307, de 1996, que passou a dispor que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O referido diploma legal estabeleceu uma autorização especial – direcionada à Administração Pública – e, ao mesmo tempo, geral, uma vez que não limitou a previsão a um setor determinado, mas permitiu o uso da arbitragem pelo Estado para dirimir quaisquer litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Antes da mencionada autorização geral, os entes públicos se valiam da arbitragem a partir de autorizações específicas constantes de diplomas legais setoriais, estes que permitiam que a Administração optasse pela via arbitral para a resolução de conflitos em determinadas esferas, sobretudo na área de infraestrutura.

Diante desse cenário, considerando, especialmente, seu impacto sobre a validade das convenções de arbitragem celebradas pelos entes públicos antes da Lei 13.129, de 2015, revela-se necessária uma análise pormenorizada do tema da arbitrabilidade subjetiva à luz do regime jurídico administrativo.

A questão ganha relevo na seara da Administração Pública justamente pelo regime próprio a que se submetem as pessoas jurídicas de direito público. Na linha do que destaca Barroso (2020), não obstante a trajetória percorrida pelo Estado e sua transformação ao longo dos séculos, este continua sendo “protagonista na história da humanidade” e “sua presença em uma relação jurídica exigirá, como regra geral, um regime jurídico específico, identificado como de direito público”. Assim, o autor assinala

que os agentes do Estado não podem agir em nome próprio ou em seu interesse pessoal, sendo certo que “as condutas praticadas no exercício das competências públicas estão sujeitas a regras e princípios específicos [...]” (BARROSO, 2020, p. 86).

Nesse contexto, o princípio da legalidade ocupa um papel central no regime jurídico administrativo, estando expresso pela clássica assertiva de que “a Administração só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2001, p. 37). Tal princípio contempla tanto a ideia de “supremacia da lei” (*Vorrang des Gesetzes*), quanto a de “reserva legal” (*Vorbehalt des Gesetzes*), fortemente ligadas entre si e que, em última análise, visam a conferir legitimidade democrática às ações do Estado (BRANCO; MENDES, 2018, p. 944). Busca-se impedir que o Estado aja de forma contrária à vontade da população – representada pelo legislador. A legalidade pode ser vista, pois, como expressão do Estado Democrático de Direito, característica maior do Estado brasileiro (art. 1º, *caput*, Constituição da República de 1988).

A propósito do princípio da legalidade administrativa, Gasparini (2006) esclarece, muito precisamente, quais são os seus contornos, de modo a integrar o regime jurídico de direito público, destacando que o princípio “significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”. Complementa o autor que “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular” (GASPARINI, 2006, p. 7-8).

Atualmente, é possível observar que o princípio da legalidade tem assumido novos contornos, passando a ser considerado de forma mais ampla, referido como princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente, princípio da juridicidade (BARROSO, 2020, p. 75). Em poucas palavras – sem a pretensão de aprofundar o tema, uma vez que não é este o foco do presente artigo –, o princípio da juridicidade promove um tratamento mais abrangente à legalidade necessária ao ato administrativo praticado de formal geral.

Sobre a evolução do princípio, destaca Binenbojm (2008) que “a vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico)” (BINENBOJM, 2008, p. 142). O autor explica que:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa

que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*); (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 143).

Conclui, assim, que a juridicidade administrativa exprime a ideia de que a atuação da Administração Pública está vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, conforme o sistema de princípios e regras delineado na Constituição. Nesse sentido, segundo esclarece, a juridicidade administrativa poderá: (i) ser decorrência direta “da normativa constitucional; (ii) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei; ou (iii) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos estabelecidos constitucionalmente” (BINENBOJM, 2008, p. 144).

Não se trata, portanto, de exigir que toda e qualquer ação da Administração tenha que estar prevista em lei em sentido formal. Mas, pelo princípio da legalidade – ou da juridicidade – administrativa, impõe-se o cumprimento de uma relação de conformidade e de compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico e, em sendo a lei constitucional, cabe à Administração agir segundo ela determina.

A exigência de ato normativo com força de lei como baliza para a atuação da Administração, por sua vez, vai depender dos parâmetros exigidos pela Constituição. Em regra, para tratar de matérias que envolvam restrições aos particulares ou inovem no ordenamento jurídico, ademais da necessária compatibilidade com o ordenamento como um todo, os agentes públicos dependem de previsão expressa em lei. Já para outros tipos de condutas, como, por exemplo, a expedição de normas de organização interna da Administração Pública ou a prática de atos materiais, revela-se suficiente a compatibilidade com o ordenamento, permitindo-se uma disciplina regulamentar.

Desse modo, o Poder Público não pode atuar sem que exista uma norma que o autorize a fazê-lo. Diversamente do que acontece no campo do direito privado, para a Administração Pública uma ação somente é válida quando fundada na Constituição, em leis ou em atos normativos expedidos pelos próprios entes estatais – estes que, fora das hipóteses previstas no art. 84, VI, Constituição da República de 1988, destinam-se, em regra, a permitir a fiel execução de lei já existente.

Na ordem jurídica brasileira, os decretos e regulamentos expedidos pela Administração não possuem valor normativo primário, de modo que não podem inovar no ordenamento jurídico, possuindo função meramente regulamentar da lei. Nesse sentido, como bem colocam Branco e Mendes (2018), “[e]m todas essas situações [expedição de decretos pela Administração], a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica” (BRANCO; MENDES, 2018, p. 949).

A ação administrativa somente é válida, portanto, se estiver de acordo com as fontes reconhecidas pelo Direito, sendo que “a legalidade [e constitucionalidade] das fontes e o uso da fonte correta são pressupostos formais da legalidade da ação administrativa” (MARRARA, 2014, p. 23).

Os atos normativos expedidos pela Administração Pública, mediante os quais são estabelecidos parâmetros de atuação para os agentes estatais, somente serão exercidos de modo legítimo se atenderem às normas preestabelecidas em fontes superiores expedidas pelo Legislativo, quer em processo constituinte, quer em processo legislativo padrão. Como enfatizado por Carvalho Filho (2012), que celebra o princípio da legalidade como o resultado de séculos de evolução política, trata-se “da diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 16).

Nesse contexto, o espaço de liberdade da atuação administrativa é circunscrito às normas que integram o ordenamento jurídico, na forma de discricionariedade, que, por sua vez, “implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei” (DI PIETRO, 2001, p. 66-67). Assim, conforme assinala Salles (2011), diferentemente do que ocorre com o particular, “esse espaço de liberdade não se estende àquela zona de possibilidades decorrente da falta de regulamentação pelo ordenamento”, concluindo que é “necessário para a Administração a existência de um comando legal específico, consistente em um permissivo para a prática de determinada modalidade de ato ou atividade” (SALLES, 2011, p. 237).

Adentrando ao tema da arbitragem envolvendo a Administração, Salles (2011) afasta a ideia de que bastaria uma autorização genérica para firmar negócios jurídicos, destacando que a submissão de litígios ao juízo arbitral excede ao âmbito da discricionariedade administrativa. O autor diferencia a possibilidade de convencionar a arbitragem de uma “mera decorrência da capacidade de contratar” e destaca que “a renúncia à jurisdição estatal e a adoção da arbitragem para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública não são decisões, a princípio,

inteiramente sujeitas à discricionariedade administrativa, dependendo de lei que as autorize” (SALLES, 2011, p. 237-238).

Na mesma linha, tratando da arbitragem no âmbito das sociedades anônimas, Silva (2015) esclarece que “a arbitragem constitui uma forma legal de renúncia ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal” (SILVA, 2015, p. 428).

Aliás, também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse mesmo sentido, de que a arbitragem consiste em “renúncia ao exercício do direito de ação [judicial] - que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental” (p. 1.002)³. No famoso julgamento do Agravo Regimental em sede da Sentença Estrangeira Contestada n. 5206-7, em que o STF declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, houve interessante debate entre os então Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, em que ambos concordaram que o instituto tratar-se-ia de renúncia à jurisdição estatal (“à ação judicial”), muito embora tenham discordado quanto ao fato de se tratar de uma renúncia em abstrato ou em concreto. O Ministro Nelson Jobim, em voto vencedor, defendeu, nesse ponto, que “[c]ircunscreve-se a renúncia aos litígios que decorrem do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula”. Assim concluiu que “não há que se ler na regra constitucional [...] a proibição das [sic] partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico” (STF, SE 5206 AgR/EP – Espanha, julgamento em 12/12/2001, p. 1064).

Ademais de representar renúncia à jurisdição estatal, acrescenta Salles (2011) que, tendo em vista sua importância e o fato de “não ser isenta de despesas para a administração”, a autorização para a arbitragem envolvendo a Administração Pública não pode ser objeto de autorização por simples ato no âmbito do poder regulamentar do Executivo de “organização e funcionamento da administração”, previsto no artigo 84, VI, “a”, da Constituição da República de 1988 (SALLES, 2011, p. 237).

Sobre isso, o autor esclarece que a legalidade administrativa não pode ser entendida como simples exigência de regulamentação geral, consignando que “nem tudo que está disciplinado em lei e que pode ser utilizado pelo particular aplica-se, também, ao Poder Público”. O princípio

3 Trecho do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence: (...) A constitucionalidade do juízo arbitral – perde-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral (p.1002).

da legalidade administrativa aponta, assim, para a obrigatoriedade de a ação administrativa – em hipóteses como a de convencionar a arbitragem e afastar a jurisdição estatal para resolver seus litígios – estar fundada em comandos normativos específicos que lhe emprestem fundamento. E, na linha defendida por Salles (2011), não se trata de apego exagerado a uma concepção meramente formal do princípio da legalidade, mas da necessidade de se estabelecer a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, de forma, inclusive, a evitar desvios:

Destaque-se que a autorização legislativa, para fins de utilização da arbitragem em conflitos administrativos, não se coloca como necessidade meramente formal, ou apego demasiado a uma concepção estrita da legalidade administrativa. Na verdade, ela remete à necessidade de um marco legal, apto a servir de base à atuação administrativa, de forma a evitar desvios e, ao mesmo tempo, garantir uma inteira adequação da arbitragem aos objetivos e necessidades da Administração Pública (SALLES, 2011, p. 241).

Desse modo, o princípio da legalidade administrativa aliado ao necessário uso da fonte correta permitem concluir que a existência de um permissivo legal específico para que pessoas jurídicas de direito público submetam seus conflitos à arbitragem constitui pressuposto de arbitrabilidade.

No mesmo sentido, Barroso (2003) afirmou que “ter-se-á que, como decorrência direta do princípio da legalidade, a Administração apenas poderá clausular arbitragem em seus ajustes se houver autorização legal”. O autor e atual Ministro do STF manifestou-se no sentido de que a questão central e polêmica na matéria sempre foi a da “existência de lei autorizando a Administração a submeter-se à arbitragem”, não se tendo chegado a sustentar que “a solução arbitral é constitucionalmente incompatível com as disputas que envolvam a Administração Pública” (BARROSO, 2003, p. 427).

Por sua vez, conforme narrado por Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), em seminário realizado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), em dezembro de 2015, Luís Roberto Barroso, referindo-se à Reforma da Lei de Arbitragem, “manifestou-se no sentido de que ‘a lei formalizou a possibilidade de arbitragem para toda a Administração Pública e é autoaplicável, não dependendo de regulamentação’” (FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019, p. 558).

Vale recordar que o antigo Tribunal Federal de Recursos chegou a adotar esse entendimento no Caso SUDECO - CONVAP, decidindo que

“sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral” (Apelação Cível n. 137.279-DF, j. 26.06.89). Em seu voto, o Ministro Relator Bueno de Souza destacou:

E acresce que a disponibilidade de bens da autarquia não significa, de modo algum, que a respectiva alienação possa efetuar-se livremente, ‘ad libitum’ de cada um desses entes públicos, como se, sob este aspecto, pudesse igualar-se às pessoas de direito privado, que exercem o comércio jurídico segundo princípio básico da autonomia da vontade de seus órgãos.

5. Em verdade, a consulta à Lei no 5.365, de 10 de dezembro de 1967, que criou a SUDECO, mostra que esta não foi autorizada a estipular cláusula de compromisso, para invocação do juízo arbitral, convindo, a propósito, frisar que não se oferece razoável o emprego dessa forma de resolução de controvérsias por parte dos entes públicos, certo como é que semelhante ajuste envolve renúncia à prestação jurisdicional do estado (no caso, a bem dizer, pelo próprio estado) [...] (TFR, Apelação Cível n. 137.279-DF, j. 26/06/89).

Nesse sentido, em que pese a existência de posicionamentos contrários⁴, entende-se que, pelas características do regime jurídico administrativo e pelo papel fundamental que o princípio da legalidade administrativa possui na atuação da Administração Pública – fruto de séculos de evolução política e institucional –, a existência de um permissivo legal para o emprego da arbitragem pelo Poder Público impõe-se como pressuposto de arbitrabilidade, este que veio a ser suprido, de forma geral, pela Lei n. 13.129, de 2015.

3. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

No tocante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há como não mencionar o famoso “Caso Lage” (AI n. 52.181/GB - Guanabara, rel. Ministro Bilac Pinto), precedente pioneiro na matéria, em que um ato normativo específico (Decreto-Lei n. 9.521, de 1946) constituiu, expressamente, o juízo arbitral “para o fim especial de julgar, em única

4 Tal análise, como mencionado anteriormente, é objeto de muito debate. Entre quem entende que não era necessária previsão específica para os entes públicos, bastando a autorização para as pessoas capazes de contratar, citamos, a título de exemplo, Paulo Osternack Amaral (Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012) e Fichtner, Mannheimer e Monteiro (Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários”⁵.

Julgado em 1973 – antes, portanto, da Constituição da República de 1988 e da Lei n. 9.307, de 1996 –, o Caso Lage segue sendo considerado um relevante precedente jurisprudencial a respeito da utilização da arbitragem pelo Poder Público, seja porque foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja porque envolveu a União, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração direta.

A alegada inconstitucionalidade do juízo arbitral como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a União foi afastada pelo Plenário do STF, que reconheceu que o Decreto-Lei n. 9.521, de 1946, não era incompatível com a Constituição de 1937, vigente à época da expedição do Decreto, nem com a Constituição de 1967, vigente à época do julgado. O STF, por unanimidade de votos, decidiu que “na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Dl. 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” (STF, AI n. 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, j. 24/11/1973).

O precedente trata de hipótese em que o juízo arbitral foi estabelecido por ato normativo com força de lei, porquanto a Constituição de 1937, vigente ao tempo da expedição do Decreto-Lei n. 9.521, de 1946, estabelecia, em seu art. 180, que “[e]nquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Nesse sentido, note-se que o voto condutor do Ministro Bilac Pinto menciona a existência de autorização legislativa naquele caso concreto:

O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional. É certo que o negócio jurídico pode *exigir (e isso só pode ocorrer, aliás, em se tratando de causa em que seja parte a Fazenda Pública) uma autorização legislativa para a instituição do Juízo Arbitral, e, em tal caso, provindo da lei, como sucede na hipótese,*

5 Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições: [...]

a subtração do litígio às Justiças regulares. Mas, o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta da via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral. (STF, AI n. 52.181/GB, j. 14/11/1973, p. 28-29) (grifo nosso)

Assim, diante da autorização legal específica, a Administração submeteu aquele conflito ao juízo arbitral, o que foi reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante o Caso Lage seja utilizado, muitas vezes, como um precedente no sentido de que pessoas jurídicas de direito público sempre puderam fazer uso da arbitragem independentemente de lei⁶, a partir de uma análise mais cuidadosa, conclui-se que, naquela situação, o requisito do permissivo legal específico para o ente público fora plenamente atendido.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, importa assinalar a decisão proferida em 27 de novembro de 2019, nos autos do Conflito de Competência n. 151.130/SP, em que, referindo-se a entidade da Administração direta, foi considerado que a ausência de lei autorizativa específica teria afetado a observância à arbitrabilidade subjetiva para que se pudesse, então, considerar legítimo o uso da arbitragem pelo Estado, conforme se depreende da ementa do julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE

6 Entre os que defendem a desnecessidade de autorização legal específica para a Administração fazer uso da arbitragem, destaca-se, ainda, o interessante posicionamento exarado por Bruno Megna (2019), em seu excelente livro "Arbitragem e Administração Pública – fundamentos teóricos e soluções práticas". Para o autor, o que se exige nesses casos "é a necessária previsão legal específica para que certo agente público possa fazer as vezes da Administração na pactuação da convenção arbitral" (MEGNA, 2019, p. 116). Megna defende que o Caso Lage "comprova a tese da desnecessidade de previsão legal, cuja única exceção é a previsão de regras de competência" (p. 117). Para MEGNA (2019) "nenhuma dessas previsões era necessária, pois a legislação então vigente já previa o juízo arbitral e não excepcionava nenhum desses elementos – Código Civil de 1906 (art. 1.037, que previa a arbitrabilidade subjetiva de pessoas capazes de contratar) e o Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.031). O decreto-lei (que tinha valor de lei em sentido estrito) era indispensável, portanto, não em razão dos elementos anteriormente citados, mas sim da inexistência de norma prevendo competência para que algum agente público firmasse o compromisso". Como mencionado, considerando, ademais de todo o exposto no presente artigo, os próprios fundamentos da decisão do Relator no AI n. 52.181/GB, entendemos que o Caso Lage não comprova a desnecessidade de autorização legal específica, mas, ao revés, a reforça. Em linhas gerais, quanto ao exposto por Megna sobre a necessidade de previsão legal quanto à competência do agente público para firmar convenção arbitral, entendemos que uma coisa não exclui a outra, mas deixamos essa análise para uma outra oportunidade.

PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”. PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1. No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis no 13.129/2015 e 10.303/2001.

2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).

[...]

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado. (STJ, 2ª Seção, CC 151.130, j. 27.11.2019)

No caso mencionado, o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, deixa claro seu posicionamento quanto à possibilidade de a Administração fazer uso da arbitragem a partir da autorização específica conferida pela Lei n. 13.129, de 2015:

No ponto, assinala-se que, ainda que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme passou a dispor o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015 — questão que sempre perpassa pela distinção do interesse público primário (interesse da coletividade, como tal, indisponível) com o interesse público secundário (interesse da Administração), imbricados, muitas vezes, entre si — sua submissão ao procedimento arbitral exige claro e específico consentimento de sua parte.

Vale dizer que o referido entendimento foi ainda reforçado nos autos dos Conflitos de Competência n. 177436/DF e n. 177437/DF, em que, em decisão monocrática, a Ministra Nancy Andrighi expressou o seguinte:

Na espécie, observa-se que, também, se adequam ambas as premissas que lastrearam o referido aresto (subjéctiva e objectiva). De fato, sob o aspecto da arbitrabilidade subjéctiva, não há, no conteúdo normativo de referência, autorização para utilização (e extensão) do procedimento arbitral pela União na condição de acionista controladora da Petrobrás.

Merece registro, no particular, que, nos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobrás, a adoção da arbitragem está restrita “às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n. 6.404, de 1976, neste Estatuto Social” (STJ, 2ª Seção, CC n. 177436, j. 18/10/2021).

Percebe-se, assim, que o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros reforça o entendimento de que as especificidades da arbitragem envolvendo entes públicos – subordinados ao regime jurídico de direito público –, fazem com que estes dependam de autorização legal específica para renunciar ao juízo estatal e submeter seus litígios à arbitragem.

3.1. A Súmula 485 do Stj e Sua Correta Interpretação

Ainda no âmbito dos Tribunais Superiores, entende-se que a súmula 485 do STJ merece menção. Isso porque, o referido enunciado estabelece que “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”, o que, algumas vezes, é entendido de forma equivocada.

Muito embora o contexto da elaboração da súmula tenha se dado a partir da análise de relações entre privados, é perfeitamente possível transportar o entendimento para a seara da Administração Pública, desde que realizado da forma correta e de acordo com a finalidade do entendimento expressado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como dito anteriormente, no atual estágio legislativo, a Administração não apenas está autorizada a submeter seus litígios relacionados a direitos patrimoniais e disponíveis à arbitragem, como é reconhecido que o mecanismo é regulado pela Lei n. 9.307, de 1996. O fato é que o entendimento constante da súmula parte da premissa da existência

de uma convenção válida, não tendo o condão de conferir legitimidade a cláusulas compromissórias que tenham sido celebradas em desacordo com o ordenamento jurídico, sem atender, pois, as condições que este exige para a celebração válida da convenção.

Assim, uma vez verificado que a cláusula compromissória celebrada pela Administração tenha ocorrido validamente, é perfeitamente possível que se aplique o entendimento pacificado pelo STJ e expresso no referido enunciado.

Tal entendimento fica ainda mais claro a partir da leitura do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp. 712.566/RJ, um dos julgados que serviu como base para a edição da súmula mencionada. No julgamento, é destacado que uma das maiores inovações da Lei de Arbitragem foi imprimir força cogente à convenção arbitral, sendo que, principalmente quanto à disciplina dos efeitos da convenção, a Lei de Arbitragem tem cunho processual, aplicando-se de forma imediata e abarcando, assim, as cláusulas celebradas anteriormente à sua vigência:

Não obstante seja razoável considerar que algumas regras relativas à arbitragem tem natureza substantiva, é preciso reconhecer que são eminentemente processuais as normas que regem os efeitos da cláusula compromissória.

[...]

Dessa forma, considerando a indiscutível eficácia imediata das normas processuais, para definir a possibilidade de aplicação das inovações inseridas no CPC pela Lei 9.307/96, é preciso verificar, em cada processo, quando foi invocada a convenção de arbitragem.

Na hipótese sob julgamento, a ação foi proposta em 2001, em consequência, quando a recorrida arguiu, em preliminar de contestação, a existência de cláusula arbitral, o regramento processual que estava em vigor determinava a extinção do processo sem julgamento do mérito em razão da existência de convenção de arbitragem (art. 267, VII do CPC). Assim, torna-se imperioso afastar a solução judicial do conflito existente entre as partes para que prevaleça a arbitragem convencionada.

Ainda, para corroborar, relevante transcrever os comentários do professor Carlos Alberto Carmona, em sua obra *Arbitragem e Processo*: “Considerando que a Lei de Arbitragem tem cunho processual

(especialmente quando disciplina os efeitos dos negócios jurídicos processuais, como no caso do compromisso e da cláusula), a nova Lei atinge em cheio convenções arbitrais celebradas anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos”. (STJ, Terceira Turma, REsp 712566/RJ, j. 18.08.2005)

Percebe-se, dessa forma, que o enunciado da súmula não se contrapõe à necessária autorização legal específica para a Administração Pública celebrar convenção arbitral, mas integra e complementa uma aplicação coerente e adequada do instituto na seara pública.

4. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU, sempre prevaleceu o entendimento quanto à necessidade de autorização específica na lei para a celebração de convenção de arbitragem por entes de direito público.

Antes, contudo, de se adentrar à jurisprudência do TCU, é importante destacar que não se está a afirmar que apenas com a Lei n. 13.129, de 2015, a Administração passou a estar autorizada a utilizar a arbitragem. Como já mencionado, antes da reforma da Lei de Arbitragem, vários diplomas legais dispuseram a respeito, autorizando a União a convencionar a arbitragem em determinados setores. Dentre tais diplomas, estão, por exemplo: (i) Lei n. 8.987, de 1995; art. 23-A⁷, inserido pela Lei n. 11.196, de 2005; (ii) Lei n. 9.472, de 1997: art. 93, X; (iii) Lei n. 9.478, de 1997: art. 43, X; (iv) Lei n. 10.233, de 2001: art. 35, inciso XVI; (v) Lei n. 10.438, de 2002: art. 4º, § 5º, V; (vi) Lei n. 10.848, de 2004: art. 4º, §§ 5º e 6º; (vii) Lei n. 11.079, de 2004: art. 11, III; (viii) Lei n. 12.351, de 2010: art. 29, XVIII; (ix) Lei n. 12.462, de 2011 (alterada pela Lei n. 13.190, de 2015): art. 44-A; (x) Lei n. 12.815, de 2013: art. 62, § 1º.

A jurisprudência do TCU acompanhou a alteração do contexto normativo acerca do instituto, o que, naturalmente, redundou na evolução do posicionamento da Corte de Contas no que tange à utilização da arbitragem pelas entidades de direito público.

7 Antes da alteração da Lei n. 8.987, de 1995, que incluiu o art. 23-A, o TCU adotava interpretação favorável ao inciso XV do art. 23, entendendo que a locução “modo amigável de solução de divergências” abrangia também o instituto da arbitragem (Proc. TC 006.0986/93-2).

Em diversas decisões, o Tribunal consignou seu entendimento de que a Administração é regida pelo princípio da legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal.

A primeira importante manifestação sobre o tema foi a Decisão n. 286/1993, pela qual o TCU, em resposta a consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia, afastou a possibilidade de adoção de juízo arbitral para dirimir conflitos advindos de contratos administrativo. Alguns trechos da decisão evidenciam, de forma mais clara, o posicionamento da Corte de Contas:

De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consecutórios de outros citados): a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; d) o do controle administrativo ou tutela; e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

[...]

11. Da mesma forma que na transação, o Administrador, não podendo dispor, ao seu talante, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, *sem a indispensável autorização legal*, de requerer a instauração de juízo arbitral, em que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos, immanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.

Voto: Como bem salientam os pareceres, a *revisão, mediante juízo arbitral, dos contratos firmados pela Administração direta ou indireta não tem guarida em disposição de lei* e, por serem essencialmente contratos administrativos, estão sob a égide do direito público, que não contempla a possibilidade da utilização daquele instituto, conforme pretende o consulente. (grifo nosso)

O referido entendimento foi reforçado por outras decisões proferidas pelo Tribunal de Contas ao longo dos anos, como, por exemplo: (i) Acórdão n. 1.271/2005 - Plenário, em que o relator consignou que o entendimento

predominante do Tribunal “fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação”; (ii) Acórdão 537/2006 - Segunda Câmara, em que ficou registrado que “não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade”; e (iii) Acórdão n. 1.099/2006 - Plenário, que dispôs ser “ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos”.

Observa-se que, no bojo dos mencionados Acórdãos n. 537/2006 - Segunda Câmara e n. 1.099/2006, este último proferido pelo Plenário, o TCU foi enfático ao estabelecer que “a Lei n 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados”.

A partir de uma análise cuidadosa das decisões da Corte de Contas, percebe-se, portanto, que esta manteve o mesmo raciocínio quanto à necessidade de autorização legal específica para o ente submetido ao regime jurídico de direito público. Nesse sentido, podem ser citados ainda: (i) o Acórdão 1.330/2007 - Plenário, que reconheceu a possibilidade de arbitragem nos casos de Parcerias Público Privadas em consideração ao permissivo legal disposto no inciso III do art. 11 da Lei n. 11.079, de 2004; e ii) o Acórdão n. 2.145/2013 - Plenário, já mencionado, que entendeu pela possibilidade de se incluir nos contratos celebrados pela Petrobras cláusulas compromissórias de resolução de conflitos para eventuais litígios, quando se trata de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica [pessoa jurídica de direito privado], mesmo sem autorização legal específica, desde que a escolha seja justificada técnica e economicamente.

A respeito do último Acórdão mencionado - n. 2.145/2013 -, a própria decisão evidencia a exceção ao entendimento do TCU tão somente quanto a pessoas jurídicas de direito privados integrantes da Administração indireta e reforça o posicionamento da Corte de Contas a respeito da invalidade das cláusulas compromissórias constantes em contratos celebrados por entes públicos sem autorização legal específica. O teor do julgado, como se vê abaixo, corrobora o entendimento proferido no Acórdão 1.099/2016 de que a Lei n. 9.307, de 1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que ela seja inserida nos contratos celebrados por entes públicos:

28. Entretanto, de acordo com o princípio da legalidade a que está sujeita a administração pública, não vislumbro motivos para ser afastado os argumentos expendidos no bojo do TC 008.217/1993-9, quando o TCU, em sede de consulta formulada pelo então Ministro das Minas e Energia, manifestou-se no sentido que deve haver previsão legal para a aplicação do instituto da arbitragem em contratos administrativos (Decisão 286/1993-Plenário). Isso porque, consoante o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1099/2006-Plenário, “a Lei n.o 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados”.

29. Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, permitiu, somente em determinadas [sic] hipóteses, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002).

30. Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal.

31. Há de se ver, contudo, a peculiar situação das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, as quais, consoante o disposto no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Foi sob esse novo panorama legislativo que o Plenário proferiu o Acórdão 1.171/2018, em que chegou a mencionar a “morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral”, considerando que, diante da autorização para a arbitragem prevista pela Lei n. 12.815, de 2013, o compromisso arbitral, celebrado em 2016, era válido, mas, decorridos meses desde sua celebração, a Companhia demonstrou lentidão para instaurar efetivamente o processo arbitral.

A preocupação do TCU com a observância do princípio da legalidade enquanto diretriz de atuação da Administração reconhece, pois, as especificidades do regime jurídico de direito público, o que justifica a

exigência de autorização legal específica para que o Estado submeta litígios que o envolvem ao juízo arbitral, afastando a jurisdição estatal. Todavia, uma vez preenchido o requisito relacionado à arbitrabilidade subjetiva, é possível perceber das decisões ora narradas uma postura de incentivo à arbitragem – e sua rápida instauração – para a solução de determinadas controvérsias, quando existente convenção de arbitragem válida e eficaz.

Assim, analisando as decisões do Tribunal de Contas da União, é possível verificar que a Corte passou a reconhecer a legitimidade da opção pela arbitragem para resolver litígios envolvendo pessoas jurídicas de direito público conforme, paulatinamente, ocorria a promulgação dos permissivos legais no ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

Em 2015, a Lei 13.129 modificou a Lei n. 9.307, de 1996, reconhecendo a possibilidade de a Administração Pública, como um todo, adotar a arbitragem para a resolução de litígios patrimoniais e disponíveis.

É visível que, ao longo dos últimos anos, a Administração vem se dedicando a aprimorar sua utilização do instituto, promulgando normativos a respeito, aperfeiçoando sua atuação nas arbitragens e melhorando a redação das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos administrativos. Percebe-se, pois, que, atualmente, a postura da Administração Pública sinaliza no sentido de estimular a opção pelo juízo arbitral em situações em que a arbitragem se apresente o meio mais adequado para a solução de um litígio.

Ainda assim, o regime jurídico de direito administrativo exige um olhar atento à operacionalização da arbitragem envolvendo o Estado, bem como uma necessária cautela quanto à importação, por vezes irrefletida, de toda a lógica e a dinâmica que ditam o curso das arbitragens entre particulares.

O que se pretendeu com o presente artigo foi abordar algumas diferenças a respeito da análise relacionada à arbitrabilidade subjetiva quando se trata de arbitragem envolvendo pessoas jurídicas de direito público, demonstrando que as especificidades próprias do Estado, resultado de séculos de evolução política e institucional, impactam diretamente no estudo desse tipo de arbitragem.

Nesse contexto, a autorização legal específica revela-se um requisito essencial para a validade da convenção arbitral celebrada pelo ente público, raciocínio que é robustecido pelo entendimento expressado no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiros, assim como pelo posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato sem prévia autorização legal. Invalidez. *In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, n. 19 p. 415-439, jan./mar. 2003

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014.

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

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011,

SILVA, Rodrigo Tellechea. *Sociedades anônimas fechadas: direitos individuais dos acionistas e cláusula compromissória estatutária superveniente*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. In *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: RIASP, v. 12, n. 23, p. 22-35, jan./jun. 2009.

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 17/10/2022

COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: COMPATIBILIDADE DOS COMITÊS DE NATUREZA ADJUDICATIVA COM OS CONTRATOS FIRMADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*DISPUTE BOARDS AND PUBLIC CONTRACTS:
COMPATIBILITY OF DISPUTE ADJUDICATION BOARDS AND
PUBLIC CONTRACTS*

Paula Butti Cardoso

Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de São Paulo. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Comitês de Resolução de Disputas (“CRD”) nos contratos administrativos. 3. A regulamentação e a experiência prática da Administração Pública com Comitês de Resolução de Disputas. 4. Comitês de Resolução de Disputas e prerrogativas da administração pública. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O presente estudo tem seu foco no chamado comitê de resolução de disputas (“CRD”) e na análise da compatibilidade da utilização desse mecanismo com os deveres e poderes da Administração Pública, principalmente considerando a possibilidade de ser conferido ao CRD natureza adjudicativa. Considerando o conforto que advém da utilização de um CRD com natureza revisora, pode ser adequado para a Administração Pública a utilização de CRD de natureza híbrida, capaz de atender, ao mesmo tempo, a capacidade que se espera de um CRD de resolver imediatamente as disputas decorrentes da execução do contrato, evitando paralizações indesejadas, e a preocupação da Administração Pública com a eventual renúncia de prerrogativas atribuídas por lei.

ABSTRACT: The present study focuses on dispute boards, its compatibility with the duties and powers of the public administration and the possibility of prevision of a dispute adjudication board in a public contract. Considering the comfort that arises from the use of a dispute review board, it may be appropriate for the public administration the use of a combined dispute board, capable of immediately resolve disputes arising from the execution of the contract, avoiding unwanted stoppages, while preventing the concern of the public administration with an eventual waiver of prerogatives attributed by law.

PALAVRAS-CHAVE: Comitê adjudicativo. Resolução de disputas. Contratos Administrativos. Eficácia. Compatibilidade.

KEYWORDS: Dispute Adjudication Board. Dispute Resolution. Public Contracts. Efficiency. Compatibility.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, trouxe, em seu Capítulo XII, regras para a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias pela Administração Pública. Referida lei traz autorização expressa para que a Administração Pública utilize, nos contratos por ela regidos, “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

O presente estudo terá seu foco no chamado comitê de resolução de disputas (“CRD” - conhecido internacionalmente por “dispute board” ou “DB”) e, mais especificamente, na análise da compatibilidade da utilização desse mecanismo com os deveres e poderes da Administração Pública, principalmente considerando a possibilidade de ser conferido ao CRD natureza adjudicativa, quando as decisões por ele proferidas vinculam as partes de imediato, sem, entretanto, afastar o controle jurisdicional.

A questão se coloca na medida em que a própria Lei n. 14.133, de 2021, em seu art. 104, declara que o regime jurídico dos contratos instituído por ela confere à Administração, em relação a eles, determinadas prerrogativas, como a de modificar e extinguir os contratos, unilateralmente, fiscalizar sua execução, aplicar as sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste e até ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto contratual. Decisões de um CRD que vinculem imediatamente as partes podem parecer, à primeira vista, inconciliáveis com tais prerrogativas e com determinados atributos do ato administrativo, como a imperatividade e a autoexecutoriedade.

Como será demonstrado, à vista da problemática colocada, parece haver uma tendência recente de a Administração Pública dar preferência à utilização de CRD de natureza revisora, que emite tão somente recomendações, o que evitaria qualquer conflito com os poderes-deveres administrativos. O presente trabalho propõe uma reflexão a respeito do assunto, para que não se corra o risco de o CRD de natureza adjudicativa, inegavelmente dotado de maior eficácia para a resolução das disputas relacionadas ao contrato, seja rejeitado pela Administração Pública como meio alternativo de resolução de conflitos.

2. O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (“CRD”) NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme mencionado anteriormente, a Lei n. 14.133, de 2021, apresenta autorização expressa para que a Administração Pública utilize,

nos contratos por ela regidos, “o comitê de resolução de disputas”¹. Ultrapassada, portanto, qualquer discussão a respeito da possibilidade de a Administração Pública valer-se desse meio alternativo de resolução de controvérsias por ausência de autorização legal, em desobediência ao princípio da legalidade².

De acordo com os ensinamentos de Wald (2011), embora originalmente concebidos para os contratos de construção, vem crescendo a utilização de CRD em outros tipos de contratos, como concessões, parcerias público-privadas, contratos de fornecimento e até divergências societárias, ou seja, de modo geral, contratos de longo prazo ou de execução diferida, características das quais são dotados muitos contratos administrativos.

A proposta do CRD é colocar à disposição dos contratantes uma junta técnica que, a par da execução contratual, e diante de disputas surgidas entre as partes, poderá emitir recomendações ou decisões de forma a evitar atrasos na execução do contrato³. O painel que compõe o CRD será formado por uma, três ou mais pessoas, sempre em número ímpar, e poderá abranger profissionais de diferentes áreas, como engenheiros, economistas, advogados e administradores, conforme as necessidades do caso concreto. Para que o CRD possa ser eficiente e cumprir de forma adequada sua função, é necessário que seus membros acompanhem a execução e sejam informados acerca do desenvolvimento do contrato. Conclui Wald (2011) que:

- 1 “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às 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.”
- 2 Mesmo antes da alteração legislativa já se defendia a possibilidade da utilização do instituto pela Administração Pública. Nesse sentido, para Pereira (2015, p. 22) era “perfeitamente possível a utilização da arbitragem ou dos dispute boards em contratos administrativos, mesmo nos casos em que não haja previsão legal expressa para tanto, tendo em vista que a revisão do princípio da legalidade, à luz da ideia de juridicidade, faz com que a Administração Pública deixe de estar amarrada à lei em sentido estrito e passe a se vincular ao ordenamento jurídico como um todo, podendo buscar os meios mais adequados à satisfação dos preceitos constitucionais e à concretização dos direitos fundamentais.” O tema também é abordado por Pitre e Andrade (2016) em artigo intitulado “Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura”.
- 3 Nos termos do enunciado n. 80, da I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal: “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 17.7.2022.

Em suma, podemos dizer que a função de um *dispute board* situa-se entre a perícia e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira, pois o painel profere uma decisão ou recomendação, conforme o caso, e menos do que a segunda, pois tal decisão ou recomendação não tem, necessariamente, caráter vinculante, embora possa tê-lo.

Conforme Polidoro (2022), os comitês de resolução de disputas podem ser de três tipos: os comitês com natureza revisora (os “*dispute review boards*”) são responsáveis por fazer sugestões para a resolução dos impasses, sem impor as suas recomendações; os comitês de natureza adjudicativa (os “*dispute adjudication boards*”) são responsáveis por proferir decisões vinculantes; por fim, os comitês híbridos (os “*combined dispute boards*”), como o próprio nome sugere, combinam as características dos dois anteriores.

Importante destacar que o legislador pátrio não conferiu natureza jurisdicional ao CRD, diferentemente do que ocorre com o instituto da arbitragem⁴. Isso significa que, após proferida a decisão pelo CRD, as partes podem apresentar notificação de descontentamento e, na sequência, recorrer ao órgão jurisdicional competente (poder judiciário ou tribunal arbitral, a depender da estipulação contratual).

Ou seja, no que se refere aos comitês adjudicativos, as decisões proferidas são vinculantes e devem ser cumpridas pelas partes (“*pay now, argue later approach*”), sendo a função precípua do CRD a proteção do andamento das obras e o bom funcionamento do contrato. Mas, tratando-se de uma vinculação de natureza contratual, poderá ser desafiada perante o órgão jurisdicional competente⁵. Assim, para Polidoro (2022), o “descumprimento voluntário de uma decisão proferida por um *dispute*

4 O art. 18 da Lei 9.307, de 1996, a Lei de Arbitragem, dispõe que 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”. O mesmo não acontece com os integrantes do CRD, cujas recomendações ou decisões sempre estarão sujeitas a revisão pela jurisdição competente, caso assim seja da vontade das partes.

5 O Enunciado 131 da II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal estabelece que “as decisões promovidas por Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) que sejam vinculantes têm natureza contratual e refletem a vontade das partes que optaram por essa forma de resolução de conflitos, pelo que devem ser cumpridas obrigatória e imediatamente, sem prejuízo de eventual questionamento fundamentado em ação judicial ou procedimento arbitral”, por meio do que se pretende “formalizar e dar força às decisões produzidas no DB [Dispute Board], especialmente aquelas que tenham natureza vinculante, para que produzam efeitos imediatamente após a sua prolação”. Disponível em Enunciados Justificativas aprovados-VF.pdf. Acesso em 17.7.2022. Da mesma forma já previa o enunciado n. 76, da I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.” Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 17.7.2022.

board tende a ser considerado inadimplemento contratual a ser compensado por perdas e danos”.

Por fim, mas não menos importante, é necessário frisar que a Lei n. 14.133, de 2021, em seu art. 151, admitiu a utilização do CRD nos contratos firmados pela Administração Pública, mas ressaltou, em seu parágrafo único, que a utilização está limitada às 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”.

Dessa forma, um CRD não poderá decidir ou interferir em questões que constituam direitos indisponíveis da Administração Pública.

3. A REGULAMENTAÇÃO E A EXPERIÊNCIA PRÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Conforme já mencionado, a Lei n. 14.133, de 2021, autorizou expressamente a utilização do CRD nas contratações por ela regidas. Não obstante, não há, ainda, no âmbito federal, regulamentação a respeito do assunto.

O cenário é diferente em alguns municípios, como São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre, e no estado do Rio Grande do Sul. As respectivas leis municipais e estaduais serão analisadas a seguir, com o foco que é proposto neste estudo: verificar uma eventual tendência recente de a Administração Pública dar preferência à utilização de CRD de natureza revisora, que emite tão somente recomendações, em detrimento da utilização do CRD de natureza adjudicativa⁶.

No município de São Paulo a Lei Municipal n. 16.873, de 2018, “reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”. Nos termos do art. 2º da referida lei, foi estabelecido que o “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter

6 Como será demonstrado, a exemplo da regulamentação trazida pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), a regulamentação atualmente existente no âmbito de estados e municípios brasileiros classifica o CRD de acordo com a obrigatoriedade imediata (ou não) de suas decisões. As regras da CCI sobre CRD estão disponíveis em <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>. Acesso em 22.7.2022.

natureza revisora, adjudicativa ou híbrida (...) a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado”⁷.

Assim, nos termos do inciso I do art. 2º da Lei Municipal n. 16.873, de 2018, ao comitê por revisão “é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio”; nos termos do inciso II, ao comitê por adjudicação “é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio”; e; nos termos do inciso III, o comitê híbrido “poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa”.

Necessário ressaltar ainda o parágrafo único do referido artigo que, na linha do que já afirmado acima a respeito da ausência de caráter jurisdicional das decisões de um CRD, declara que as decisões emitidas pelos comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes.

A lei paulistana foi regulamentada por meio do Decreto n. 60.067, de 2021. Para fins do presente estudo, importa destacar as seguintes regras constantes do referido decreto: (i) no §3º do art. 2º consta que o comitê a que for atribuída natureza revisora poderá emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, “não sendo aplicável qualquer regulamentação em sentido contrário”⁸; (ii) no §4º do art. 2º consta que ao comitê será, em regra, atribuída natureza revisora⁹; no inciso II do parágrafo único do art. 3º, consta que a autoridade competente poderá decidir pela atribuição de natureza adjudicativa ou híbrida ao comitê exclusivamente em situações excepcionais, devidamente justificadas¹⁰; (iii) nos §§1º e 2º do art. 11, consta que não havendo menção, no contrato, à natureza do comitê, esta será considerada revisora e que os contratos que

7 “Art. 2º O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos deste artigo, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:

I - ao Comitê por Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio;

II - ao Comitê por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; e

III - o Comitê Híbrido poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

Parágrafo único. As decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes.”

8 “§ 3º O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas a que for atribuída natureza revisora poderá emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, não sendo aplicável qualquer regulamentação em sentido contrário.”

9 “§ 4º Ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, em regra, serão atribuídos natureza revisora, observado o disposto no inciso II do § único do artigo 3º e no inciso II do artigo 5º deste decreto;”

10 “Art. 3º, Parágrafo único. Em situações excepcionais, devidamente justificadas, a autoridade competente prevista no caput deste artigo poderá, ouvida a Procuradoria Geral do Município, decidir (...) II - pela atribuição de natureza adjudicativa ou híbrida ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas;”

contiverem cláusula prevendo que o comitê terá natureza adjudicativa ou híbrida poderão ser aditados para constar a natureza revisora¹¹.

Não é possível deixar de notar que, a despeito do fato de não ter sido vedado pelo legislador paulistano o uso do comitê com natureza adjudicativa ou híbrida, a utilização destes foi reservada apenas para “situações excepcionais, devidamente justificadas”. As normas paulistanas que regulamentam a utilização do instituto pelo município atribuíram clara preferência ao uso do CRD com natureza revisora, que apenas emite recomendações não vinculantes às partes em litígio, “não sendo aplicável qualquer regulamentação em sentido contrário”, nos termos do no §3º do art. 2º do Decreto n. 60.067, de 2021¹².

O município de Belo Horizonte também possui lei específica a regulamentar o uso do CRD. A Lei Municipal n. 11.241, de 2020, declara que o CRD poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo celebrado. A lei ainda ressalta a ausência de natureza jurisdicional do CRD ao declarar que, no caso do comitê de natureza adjudicativa, é conferido tão somente o poder de emitir “decisões contratualmente vinculantes” às partes em litígio. Declara o legislador, entretanto, que caso nenhuma das partes

11 “Art. 11. As disposições deste decreto aplicam-se aos contratos celebrados antes de sua vigência em que houver sido prevista a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, no que couber. § 1º Na hipótese do “caput” deste artigo, não havendo menção, no contrato, à natureza do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, esta será considerada revisora. § 2º Os contratos que contiverem cláusula prevendo que o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas terá natureza adjudicativa ou híbrida poderão ser aditados para constar a natureza revisora, desde que seja estabelecido acordo entre as partes nesse sentido.”

12 Sobre esse último aspecto, e a ressalva no sentido de que não seria aplicável “qualquer regulamentação e sentido contrário” à regra de que o CRD emite tão somente recomendações não vinculantes às partes em litígio, é possível entender que o município de São Paulo está, desde logo, caso seja feita a opção pela utilização de um CRD institucional, afastando eventuais regras constantes do regulamento escolhido que declarem que as recomendações tornam-se vinculantes caso não haja contestação pelas partes, a exemplo da regra contida no regulamento da Câmara de Comércio Internacional - CCI, que dispõe: “As Partes acordam que, se, nos 30 dias seguintes ao recebimento de uma Recomendação, nenhuma das Partes notificar a outra Parte e o DRB, por escrito, de sua insatisfação com a Recomendação, esta passará a ser final e vinculativa para as Partes”. Disponível em <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>. Acesso em 22.7.2022.

notifique a outra sobre sua insatisfação com a recomendação ou decisão do comitê, ela será vinculativa e final¹³.

Por sua vez, a Lei Municipal n. 12.810, de 2021, de Porto Alegre, também declara a possibilidade de o CRD possuir natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme definição no contrato administrativo celebrado. Assim como as demais, destaca a natureza contratual da decisão do CRD com natureza adjudicativa, que poderá ser submetida à “jurisdição judicial ou arbitral”¹⁴.

Por fim, em termos de legislação estadual, a Lei n. 15.812, de 2022, prevê a “instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em

13 “Art. 2º - O comitê de que trata esta lei poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo celebrado, devendo apresentar sempre os fundamentos de suas recomendações e decisões, sob pena de nulidade.

§ 1º - Ao Comitê de Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio, considerando-se que:

I - qualquer parte que não esteja satisfeita com uma recomendação deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação, hipótese em que o litígio em questão poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial;

II - caso nenhuma das partes notifique a outra sobre sua insatisfação com a recomendação, conforme disposto no inciso I deste parágrafo, essa recomendação passará a ser vinculativa e final para as partes, devendo, então, ser cumprida imediatamente.

§ 2º - Ao Comitê de Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio, considerando-se que:

I - a decisão vincula e é obrigatória para as partes desde o seu recebimento;

II - qualquer parte que não esteja satisfeita com a decisão emitida deverá, nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu recebimento, notificar a outra parte e o comitê sobre sua insatisfação, hipótese em que o litígio poderá ser submetido à jurisdição arbitral ou judicial;

III - caso nenhuma das partes notifique a outra, por escrito, sobre sua insatisfação com a decisão do comitê, conforme disposto no inciso II deste parágrafo, a decisão permanecerá vinculativa e tornar-se-á final.

§ 3º - O Comitê Híbrido poderá tanto emitir recomendação quanto decisão sobre os conflitos, considerando-se que:

I - emitirá uma recomendação ou uma decisão, de acordo com o requerido pela parte e desde que a outra parte não se oponha formalmente, em até 7 (sete) dias de sua notificação;

II - se houver discordância entre as partes quanto à emissão de recomendação ou de decisão, o próprio comitê decidirá pela forma de manifestação;

III - aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo conforme a forma de manifestação do comitê para cada litígio - se de revisão ou de adjudicação.

§ 4º - As recomendações não vinculantes poderão ser objeto de compromisso, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.”

14 “Art. 2º. Os Comitês terão as seguintes naturezas:

I - revisora, denominados Comitês por Revisão, aos quais será conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio;

II - adjudicativa, denominados Comitês por Adjudicação, aos quais será conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; ou

III - híbrida, denominados Comitês Híbridos, que poderão tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

§ 1º A natureza dos Comitês de que tratam os incs. I a III do caput deste artigo será definida pelo contrato administrativo celebrado.

§ 2º As decisões emitidas pelo Comitê por Adjudicação, em caso de inconformidade de uma das partes, poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral.”

contratos administrativos continuados celebrados pelo Rio Grande do Sul”. A lei gaúcha é simular àquelas já apresentadas, ao prever a natureza revisora, adjudicativa ou híbrida do comitê e a possibilidade de revisão da decisão pelo juízo estatal ou arbitral. Concomitantemente à referida lei, foi editado o Decreto Estadual n. 56.423, de 2022, que regulamenta seus dispositivos, mas, diferentemente do decreto paulistano, o decreto gaúcho nada dispõe a respeito de eventual preferência por CRD de natureza revisora, adjudicativa ou híbrida.

Em termos de experiência prática do uso de CRD em contratos firmados pela Administração Pública, o caso clássico, sempre lembrado, é o referente à construção da Linha Amarela do Metrô de São Paulo¹⁵. Para os fins do presente trabalho, importa registrar que, nos termos da cláusula 20 do Contrato Administrativo n. 4107521301, mais especificamente em sua cláusula 20.4, foi prevista a utilização de um CDR de natureza adjudicativa¹⁶. Nos termos do contrato:

Dentro de 84 dias após receber essa comunicação, ou dentro de qualquer outro período proposto pelo Conselho e aprovado por ambas as Partes, o Conselho tomará sua decisão, que deverá ser fundamentada e estabelecer que é tomada de acordo com esta Subcláusula. A decisão será válida para ambas as partes, que deverão prontamente executá-la, a menos até que a mesma seja revisada em um acordo amigável ou sentença arbitral conforme descrito abaixo. A menos que o Contrato já tenha sido abandonado, repudiado ou rescindido, o Empreiteiro deverá continuar com as Obras em conformidade com o Contrato. (grifo nosso)

No âmbito federal, recentemente foi autorizada a utilização de um CRD, na prorrogação do contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO. No referido contrato, o CRD foi estabelecido com natureza revisora, com função recomendatória¹⁷:

13. Prevenção e Resolução de Divergências (*Dispute Board*)

13.1. Como mecanismo de gestão contratual e de mitigação de riscos à regular execução das Obrigações de Investimento, notadamente para a construção de Trecho da Ferrovia de Integração Centro-

15 Um relato mais detalhado desta experiência é fornecido por Jobim, Ricardino e Camargo (2016).

16 Disponível em <https://aplic.metrosp.com.br/as0001/frontendTransparencia/index.php/arquivo/view/id/16418>. Acesso em 17.7.2022.

17 Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359178/d983b3f6-e3cb-0254-b613-356c5cdd60cd>. Acesso em 17.7.2022.

Oeste - FICO, de que trata este Anexo 9, a ANTT, a Concessionária e a Valec constituirão, nos termos do art. 23-A da Lei nº 8.987/1995, Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências para prevenir e solucionar potenciais divergências de natureza eminentemente técnica, incluindo as de repercussão no orçamento do projeto, em até 30 dias da celebração do 3º Termo Aditivo, (...)

13.12. A manifestação fundamentada do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências será emitida no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, podendo ser estendido de comum acordo entre as Partes, a contar da data de apresentação do documento necessário à avaliação da divergência ou da última manifestação, conforme determinação do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências.

13.12.1. A manifestação fundamentada do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências não assumirá natureza de decisão vinculante, tendo caráter recomendatório prévio à decisão administrativa da ANTT.

É possível verificar, portanto, que não há ainda uma posição definitiva da Administração Pública brasileira a respeito da utilização de CRD com natureza revisora, adjudicativa ou híbrida. As leis municipais de São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre e a lei estadual do Rio Grande do Sul admitem, de forma unânime, a utilização do CRD em qualquer dessas formas. Quanto à legislação federal, a Lei 14.133, de 2021, nada dispõe a respeito, se limitando a autorizar expressamente o uso do CRD. Não obstante, chama a atenção o conteúdo do Decreto paulistano n. 60.067, de 2021, e a cláusula estabelecida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, onde a preferência recaiu, de maneira clara, pelo CRD com natureza revisora. As possíveis causas para tanto serão analisadas no próximo tópico.

4. COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como demonstrado acima, o município de São Paulo, por meio do Decreto n. 60.067, de 2021 foi muito claro ao declarar sua preferência pela utilização de CRD com natureza meramente revisora. Essa preferência parece ter sido seguida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, que, no contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, fez constar expressamente que a manifestação do CRD terá caráter recomendatório e “prévio à decisão administrativa da ANTT”.

A Administração Pública parece sentir-se mais confortável com a natureza meramente revisora de um CRD. E não é difícil compreender o motivo.

O art. 104 da Lei n. 14.133, de 2021, declara que o regime jurídico dos contratos instituído pela lei confere à administração, em relação a eles, as prerrogativas de modificá-los ou extingui-los unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público; de fiscalizar sua execução e aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; e de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Em outras palavras, o legislador estabeleceu, para a Administração Pública, em contratos administrativos o direito: (i) à modificação unilateral do contrato; (ii) à extinção unilateral do contrato; (iii) à fiscalização do contrato; (iv) à aplicação de penalidades; (v) à intervenção na execução do contrato; (vi) ao reajuste e revisão das tarifas; (vii) à regulamentação do serviço concedido.

Adicionalmente, a doutrina menciona a existência de atributos dos atos administrativos que os distinguiriam dos atos de direito privado. Para fins deste trabalho, importa mencionar os atributos da executoriedade e a imperatividade¹⁸. A imperatividade é o atributo pelo qual o ato administrativo se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância, enquanto a executoriedade, consiste “em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (Di Pietro, 2021, p. 212).

No caso dos contratos administrativos, a autoexecutoriedade se manifestaria: na possibilidade de retenção de caução; na possibilidade de utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato; na possibilidade de encampação; na possibilidade de imposição de multas ou outras penalidades administrativas em caso de descumprimento do contrato. Em todas as hipóteses, a Administração Pública pode executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário, o que, note-se, não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo (Di Pietro, 2021, p. 213).

O CRD de natureza revisora não gera nenhum impacto no exercício desses poderes-deveres da administração. Tampouco gera impacto na autoexecutoriedade das decisões da Administração Pública, a quem caberá, tão somente, analisar e, a seu juízo, acolher ou não as recomendações proferidas. É por isso que a utilização do CRD de natureza revisora pela Administração Pública não suscita grandes controvérsias. De acordo com Vaz e Nicoli (2013):

18 Sobre os atributos da autoexecutoriedade e imperatividade, Medauar (2020, p. 152) observa: “Tais notas características significam, em síntese, que, enquanto o ato administrativo não for retirado do mundo jurídico ou enquanto seus efeitos não forem sustados, subsiste e vai produzindo seus efeitos”.

A Administração Pública, nesses casos, acata a recomendação do *Dispute Board* tendo em vista os próprios princípios que devem orientar sua atuação. Assim, por exemplo, deverá cumprir a recomendação de um *Dispute Board* que determine o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, vez que se trata de princípio de observância obrigatória pela Administração. A própria Administração, nestes casos, avaliará a juridicidade da recomendação e, caso esta se revele como consentânea ao regime jurídico-administrativo, será acatada. Caso contrário, pode ser a recomendação do *Dispute Board* não acatada e questionada perante o Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral, sem afronta aos parâmetros do Direito Administrativo. Assim, nestes modelos de *Dispute Board*, o cumprimento advirá da própria consistência técnica e jurídica da recomendação, o que também será válido nos contratos administrativos.

Note-se que essa inclinação à utilização do CRD de natureza revisora, materializada no contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, parece ter sido reforçada pela inexistência de regulamentação do CRD no âmbito federal, e da necessidade do gestor público de adotar instituto que se mostre mais conservador e, em certa medida, mais seguro, principalmente tendo em vista entendimentos recentes dos órgãos de controle¹⁹. Como bem sintetizam Jorge Pinheiro Jobim, Roberto Ricardino e Rui Arruda Carmargo (2016):

19 O uso de CRD pela Administração Pública esbarra em questionamentos por parte dos órgãos de controle, como demonstram as recentes decisões do Tribunal de Contas da União (TCU). Exemplo disso são os processos n. 016.936/2020-5 e 018.901/2020-4. Nesses processos, que envolvem a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o TCU determinou a inclusão, “na minuta contratual, a fim de conferir eficácia ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, dispositivo prevendo que o uso do dispute board só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária.” Desse modo, foi estabelecido pelo TCU que somente será aceito o CRD após regulamentação adequada (Acórdão TCU n. 4037/2020 – Plenário. Entidades: ANTT; Empresa de Planejamento e Logística S.A. e Ministério da Infraestrutura. Relator: Benjamim Zymler, julgado em 08 de dezembro de 2020. Acórdão TCU n. 4036/2020 – Plenário. Interessada: ANTT. Relator: Vital do Rêgo, julgado em 08 de dezembro de 2020). À luz dos entendimentos do TCU, Lira (2021) concluiu: “Aparentemente, o modelo que se apresenta mais eficaz é o de emissão de decisões vinculativas já que o seu cumprimento é obrigatório para as partes pactuantes. No entanto, acreditamos que as decisões recomendatórias também possuem o seu enforcement, na medida em que as recomendações são fundamentadas em uma atuação concomitante, técnica e atenta a todas as intercorrências que surjam ao longo da execução contratual, o que induz as partes a acolherem a opinião técnica mesmo recomendatória. Ademais, as informações técnicas produzidas pelo comitê podem influenciar um processo arbitral ou judicial. Assim, filiando-nos a corrente defendida por Gilberto José Vaz e Pedro Augusto Gravatá Nicoli e ao Decreto nº 60.067/2021, o DRB é o modelo mais compatível com o poder regulatório da ANTT, a qual analisará a conformidade das recomendações exaradas pelo DB com a sua competência regulatória e o ordenamento jurídico. Além disso, a qualidade técnica das decisões recomendatórias por vezes é suficiente para o convencimento das partes, que acabam por adotar por vontade própria a solução proposta, a bem da estabilidade e da boa execução do contrato, não deixando a recomendação de constituir poderoso instrumento de persuasão apto a influenciar as partes, as decisões arbitrais ou o Poder Judiciário.”

o principal obstáculo à aceitação e consequente utilização do instrumento deriva da inexistência de legislação federal específica sobre o CRD, colocando em posição desconfortável tanto o gestor da empresa pública como o da iniciativa privada. Ao gestor de órgão público, porque lhe falta respaldo jurídico perante os órgãos de controle, tornando lógica a sua decisão de priorizar o direito de recorrer à arbitragem, pois esta lhe traz o suporte da já citada Lei n. 9.307/1996. Já o gestor de entidade privada, ante a percepção de que é alta a probabilidade do gestor público não aceitar uma Recomendação, tende a enxergar o CRD como um custo adicional.

Assim, aparentemente, se por um lado Administração Pública sente maior conforto ao optar por um CRD com natureza revisora, por outro, parece vislumbrar no modelo adjudicativo, no mínimo, um risco de conflito entre as decisões que serão proferidas pelo CRD com aquelas a serem proferidas pela administração, no exercício do seu poder regulatório e de fiscalização dos contratos. Parecer haver receio no sentido de que, ao optar por um CRD de natureza adjudicativa, a Administração Pública estaria, de alguma forma, renunciando a prerrogativas a ela legalmente atribuídas.

Ilustra bem a questão o conteúdo da Nota Técnica n. 4/2019/STR/SPPI. Tal nota foi elaborada no contexto do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), tendo sido submetida à consulta pública minuta de resolução para definição de cláusula modelo de solução de controvérsias como boa prática regulatória a ser adotada nos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do programa. Dentre as várias boas práticas de gestão, recomendou-se o uso do dispute board nos contratos de concessão. No que se refere ao uso de CRD com natureza revisora ou adjudicativa, a Nota Técnica n. 4/2019/STR/SPPI, declarou²⁰:

Na elaboração da minuta do contrato de parceria, cabe ao gestor buscar a natureza das decisões do Comitê de Prevenção e Resolução de Divergências que melhor convenha, à luz do perfil do potencial litígio decorrente do contrato e da capacidade do órgão público em processar as deliberações do board. O modelo de painel adjudicatório tem como vantagem reduzir o custo decisório, incumbindo à autoridade

²⁰ Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi/centrais-de-conteudo/documentos/notatecnica4.pdf/view>. Acesso em 22.7.2022. Note-se que não obstante a consulta pública a cláusula modelo não chegou a ser aprovada no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).

pública as funções de bem fiscalizar o contrato, formar a opinião técnica do Poder Concedente e providenciar as questões e informações a serem levados ao comitê. No entanto, como desvantagem, retira-se parte do caráter auto executório dos atos administrativos e do poder regulatório, na medida em que se transfere ao comitê a prerrogativa de decisão, exigindo desconstituição por ordem arbitral ou judicial. O modelo de painel recomendatório mantém o poder decisório e auto executório na autoridade gestora do contrato, acrescentando um juízo de acolhimento ou não das recomendações do comitê de prevenção e resolução de divergências. Por outro lado, nesta modalidade, mitiga-se a eficácia do instrumento para decidir as questões contratuais de imediato e com menor margem de contestação.

É fato que a opção por um CRD de natureza revisora pelo gestor público será mais confortável, principalmente quando não há regulamentação a respeito. Entretanto, é preciso que fique claro que a opção pelo CRD de natureza adjudicativa não gera uma renúncia indevida aos poderes-deveres da administração.

Como destacado acima, as decisões proferidas por um CRD de natureza adjudicativa são vinculantes, mas a vinculação tem natureza contratual. Diante de uma decisão do CRD da qual discorde, a Administração Pública poderá analisá-la e contestá-la, o que, em última instância, em não havendo acordo entre as partes, poderá ser levado ao órgão jurisdicional competente para a resolução da questão.

Nesse sentido é a opinião de Wald (2011):

A utilização dos *dispute boards* no Brasil, porém, ainda é rara. Tal situação se deve, em grande parte, ao desconhecimento e à desconfiança, sobretudo entre os profissionais da área jurídica, quanto à sua admissibilidade no direito brasileiro, em sua modalidade obrigatória (os chamados *dispute adjudication boards*). Tal desconfiança, no entanto, se assemelha àquela que existiu em relação à arbitragem até 2001 e, a nosso ver, não se justifica. A decisão proferida pelo *dispute board*, seja ela recomendatória ou obrigatória (conforme o tipo de *dispute board* adotado), tem natureza contratual e estará sempre sujeita a reapreciação em sede arbitral ou judicial (conforme o que esteja previsto na cláusula contratual de resolução de disputas), cumpridos os requisitos pertinentes à espécie de *dispute board* contratualmente escolhida.

No mesmo sentido, Pereira (2015):

(...) entendemos que mesmo as espécies de DBs que emitem decisões de caráter vinculante podem ser aplicadas à Administração Pública, tendo em vista que referida obrigatoriedade é estabelecida dentro dos limites da autonomia negocial conferida mesmo ao poder público quando se trata de interesses disponíveis. Além disso, a execução propriamente dita da medida imposta pelo comitê em caso de descumprimento se caracteriza como ilícito contratual, ficará a cargo da autoridade competente, e não do DB, o que demonstra a preservação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.²¹

Além disso, a atuação do CDR está limitada a questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei n. 14.133, de 2021, ou seja, a questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. Se é assim, ficam totalmente preservados os poder-deveres da Administração Pública quando relacionados a matéria indisponível, que não podem ser objeto de recomendações ou decisões de um CRD.

Sobre a disponibilidade à luz da Lei n. 14.133, de 2021, acompanhada por Marolla (2016), Grotti (2017) e Megna (2019), declara Di Pietro (2021, p. 1.033):

[...] os contratos administrativos contém cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulamentar da Administração Pública [...] [c]orrespondem às chamadas cláusulas exorbitantes ou cláusulas de prerrogativas. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual.

21 Em sentido contrário, Vaz e Nicoli (2013): “Todas as circunstâncias aqui expostas levam a crer que o modelo de DB mais adequado ao regime jurídico-administrativo dos Países de Civil Law, especialmente no contexto latino-americano, seja o de emissão de decisões não vinculativas, o qual aparelhará a Administração Pública com a possibilidade de, ela própria, verificar a juridicidade da manifestação emitida diante das regras jurídicas às quais se encontra agridoada, podendo acatá-la em caso de conformidade com as mesmas ou simplesmente rejeitá-la e submetê-la ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, em caso de desconformidade com o ordenamento jurídico, sem quaisquer afrontas aos parâmetros do direito administrativo. Não fora só isso, ainda é preciso lembrar que a falta de costume e intimidade com esse mecanismo específico de solução de controvérsia trará uma natural desconfiância inicial e, portanto, a adoção de DBs com poderes de mera recomendação, em contratos públicos, será recebida com menor resistência não só pela Administração Pública contratante, como também pelos órgãos de controle do Estado, tais como as Procuradorias, os órgãos do Ministério Público e os Tribunais de Contas dos Estados e da União Federal, fator que, consequentemente, tranquilizará o administrador público, sempre temeroso da responsabilização por danos eventualmente causados ao Erário”.

[...] Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas previstas no artigo 58 da Lei n. 8666 e no artigo 104 da nova Lei de Licitações (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público [...].

No que se refere aos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade, importante notar que a própria doutrina ressalta que são atributos que sequer estão presentes em todos os atos administrativo (Di Pietro, 2021, p. 212-213). Assim, ainda que tais atributos possam estar presentes em determinados atos administrativos, não parece razoável que isso possa ser considerado um impeditivo para adoção de um CRD de natureza adjudicativa pela Administração Pública.

O CRD de natureza adjudicativa é um instrumento que, em relação ao CRD de natureza revisora, possui maior eficácia para a resolução das disputas relacionadas ao contrato, já que tais disputas passam a ser resolvidas de imediato, característica responsável pelas vantagens do instituto no que se refere à sua capacidade de evitar atrasos na execução contratual. Assim, ao optar por um CRD com natureza adjudicativa a Administração Pública preza pelo atendimento do princípio da eficiência, previsto de maneira expressa do art. 37 da Constituição Federal.

Diante das vantagens do uso de um CRD com natureza adjudicativa, certo é que a Administração Pública não pode, sob o equivocado entendimento de risco à defesa do interesse público, deixar de lado o instituto. Nesse contexto, o enunciado n. 137 da II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal parece tentar solucionar a questão, sugerindo a utilização, pela Administração Pública, do CRD de natureza híbrida²².

Como bem destaca a justificativa do enunciado aprovado, para “que seja emitida decisão pelo comitê na modalidade combinada, deverá haver provocação por uma das partes nesse sentido, sem que haja objeção pela outra”. Talvez essa dinâmica possa atender, ao mesmo tempo, a capacidade que se espera de um CRD de resolver imediatamente as disputas decorrentes da execução do contrato, evitando paralizações indesejadas, e a preocupação da Administração Pública com a eventual renúncia de prerrogativas atribuídas por lei.

²² Enunciado n. 137: “Na utilização do comitê de resolução de disputas (Dispute Board) como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (artigo 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões”, por se entender que a “modalidade combinada atende com plenitude ao interesse público envolvido na solução de controvérsias”. Disponível em Enunciados Justificativas aprovados-VF.pdf. Acesso em 17.7.2022.

5. CONCLUSÃO

O CRD é meio de resolução de controvérsias que tem por objetivo colocar à disposição dos contratantes uma junta técnica que, a par da execução contratual, e diante de disputas surgidas entre as partes, poderá emitir recomendações ou decisões de forma a evitar atrasos na execução do contrato. Pode assumir: (i) natureza revisora, quando fará sugestões para a resolução dos impasses, sem impor as suas recomendações; (ii) natureza adjudicativa quando poderá proferir decisões vinculantes; (iii) ou ser híbrido, combinando as características dos dois anteriores.

O legislador pátrio não conferiu natureza jurisdicional ao CRD. Isso significa que, após proferida a decisão pelo CRD, as partes podem apresentar notificação de descontentamento e, na sequência, recorrer ao órgão jurisdicional competente (poder judiciário ou tribunal arbitral, a depender da estipulação contratual).

Nos termos do art. 151 da Lei n. 14.133, de 2021, que admitiu a utilização do CRD nos contratos firmados pela Administração Pública, sua utilização está limitada às 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”. Não obstante, não há, ainda, regulamentação no âmbito federal a respeito do assunto.

O cenário é diferente em alguns municípios, como São Paulo, Belo Horizonte e Porto Alegre, e no estado do Rio Grande do Sul. Tais entes federativos regulamentaram a utilização do CRD em contratos com a Administração Pública. De maneira geral, os normativos estabelecem que o CRD poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida. A despeito disso, foi clara a opção do município de São Paulo ao editar o Decreto n. 60.067, de 2021 e priorizar a utilização do CRD com natureza revisora.

Em termos de experiência prática do uso de CRD em contratos firmados pela Administração Pública, o caso clássico, sempre lembrado, é o referente à construção da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, no qual, por meio do Contrato Administrativo n. 4107521301, foi prevista a utilização de um CDR de natureza adjudicativa. Mas no âmbito federal, na prorrogação do contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, foi estabelecido CRD com natureza revisora, com função recomendatória.

Chama atenção o conteúdo do Decreto paulistano n. 60.067, de 2021 e a cláusula estabelecida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no contrato de concessão da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO, onde a preferência recaiu, de maneira clara, pelo CRD

com natureza revisora. A Administração Pública parece sentir-se mais confortável com a natureza meramente revisora de um CRD.

O legislador estabeleceu, para a Administração Pública, em contratos administrativos o direito: (i) à modificação unilateral do contrato; (ii) à extinção unilateral do contrato; (iii) à fiscalização do contrato; (iv) à aplicação de penalidades; (v) à intervenção na execução do contrato; (vi) ao reajuste e revisão das tarifas; (vii) à regulamentação do serviço concedido. Adicionalmente, a doutrina menciona a existência de atributos dos atos administrativos que os distinguiriam dos atos de direito privado, como a executoriedade e a imperatividade.

O CRD de natureza revisora não gera nenhum impacto no exercício desses poderes-deveres da administração. Tampouco gera impacto na autoexecutoriedade das decisões da Administração Pública, a quem caberá, tão somente, analisar e, a seu juízo, acolher ou não as recomendações proferidas.

Aparentemente, se por um lado Administração Pública sente maior conforto ao optar por um CRD com natureza revisora, por outro, parece vislumbrar no modelo adjudicativo, no mínimo, um risco de conflito entre as decisões que serão proferidas pelo CRD com aquelas a serem proferidas pela administração, no exercício do seu poder regulatório e de fiscalização dos contratos.

Mas é preciso que fique claro que a opção pelo CRD de natureza adjudicativa não gera uma renúncia indevida aos poderes-deveres da administração.

Como destacado acima, as decisões proferidas por um CRD de natureza adjudicativa são vinculantes, mas a vinculação tem natureza contratual. Diante de uma decisão do CRD da qual discorde, a Administração Pública poderá analisá-la e contestá-la, o que, em última instância, em não havendo acordo entre as partes, poderá ser levado ao órgão jurisdicional competente para a resolução da questão.

Além disso, a atuação do CDR está limitada a questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei n. 14.133, de 2021. Se é assim, ficam totalmente preservados os poder-deveres da Administração Pública quando relacionados a matéria indisponível, que não podem ser objeto de recomendações ou decisões de um CRD.

No que se refere aos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade, importante notar que a própria doutrina ressalta que são atributos que sequer estão presentes em todos os atos administrativo. O CRD de natureza adjudicativa é um instrumento que, em relação ao CRD de natureza revisora, possui maior eficácia para a resolução das disputas relacionadas ao contrato, já que tais disputas passam a ser resolvidas de imediato. Assim, ao optar por um CRD com natureza adjudicativa a

Administração Pública preza pelo atendimento do princípio da eficiência, previsto de maneira expressa do art. 37 da Constituição Federal.

Não havendo, dessa forma, qualquer óbice para a que a Administração Pública utilize um CRD com natureza adjudicativa, mas considerando o conforto que advém da utilização de um CRD com natureza revisora, pode ser adequado para a Administração Pública a utilização de CRD de natureza híbrida. Um CRD de natureza híbrida pode ser capaz de atender, ao mesmo tempo, a capacidade que se espera de um CRD de resolver imediatamente as disputas decorrentes da execução do contrato, evitando paralizações indesejadas, e a preocupação da Administração Pública com a eventual renúncia de prerrogativas atribuídas por lei.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem.

_____. *Lei n. 14.133*, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

_____. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios: Enunciados Aprovados*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 17 jul. 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. *II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios: Enunciados Aprovados*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 17 jul. 2022.

_____. *Nota Técnica nº 4/2019/STR/SPPI*. Consulta pública sobre minuta de resolução do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos que aprova cláusula modelo de solução de controvérsias. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/orgaos/seppi/centrais-de-conteudo/documentos/notatecnica4.pdf/view>. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão EFVM - Anexos. *Acordo de obrigações de investimento firmado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359178/d983b3f6-e3cb-0254-b613-356c5cdd60cd>. Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão TCU n. 4036/2020* - Plenário. Interessada: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A. e Ministério da Infraestrutura. Relator: Vital do Rêgo, julgado em 08 de dezembro de 2020. Disponível em: Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br) Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão TCU n. 4037/2020* - Plenário. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A. e Ministério da Infraestrutura. Relator: Benjamim Zymler, julgado em 08 de dezembro de 2020. Disponível em: Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 22 jul. 2022.

BELO HORIZONTE (MUNICÍPIO). *Lei n. 11.241*, de 19 de junho de 2020. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Disponível em <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230063>. Acesso em: 22 jul. 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). *Regulamento sobre dispute boards*. Disponível em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>. Acesso em 22 jul. 2022.

COMPANHIA METROPOLITANA DE SÃO PAULO - METRÔ. *Contrato Administrativo n. 4107521301*. Disponível em <https://aplic.metrosp.com.br/as0001/frontendTransparencia/index.php/arquivo/view/id/16418>. Acesso em 17.7.2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública*. In: PONTESFILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 79-98.

JOBIM, Jorge Pinheiro; RICARDINO, Roberto; CAMARGO, Rui Arruda. *A Experiência Brasileira em CRD: O Caso do Metrô de São Paulo*. In: TRINDADE, Bernardo Ramos (Coord). *CRD – Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura: Dispute Resolution Board*. São Paulo: Editora PINI, 2016.

LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. *A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações*. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (I Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Pública da Escola da Advocacia-Geral da União) – Escola da Advocacia-Geral da União, Brasília, 2021.

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

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 161.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis. *Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, p. 9-28, Fev. 2015.

PITRE, Paloma Gerzeli; ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura*. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 151-184, jul./dez. 2016.

POLIODORO, Maúra Guerra. *Análise da natureza jurídica dos dispute boards e a presunção de legitimidade de suas decisões*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 72, p. 125-145, jan./mar. 2022.

PORTO ALEGRE (MUNICÍPIO). *Lei n. 12.810, de 3 de março de 2021*. Prevê a instituição de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Dispute Boards) nos contratos administrativos celebrados pelo Município de Porto Alegre. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2021/1281/12810/lei-ordinaria-n-12810-2021-preve-a-instituicao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-boards-nos-contratos-administrativos-celebrados-pelo-municipio-de-porto-alegre> . Acesso em: 22 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). *Lei n. 15.812, de 17 de março de 2022*. Prevê a instituição de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Disponível em <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15812-2022-rio-grande-do-sul-preve-a-instituicao-de-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pelo-estado-do-rio-grande-do-sul> . Acesso em 22 jul. 2022.

SÃO PAULO (MUNICÍPIO). *Lei nº 16.873*, de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf> . Acesso em: 22 jul. 2022.

_____. *Decreto nº 60.067*, de 10 de fevereiro de 2021. Regulamenta a Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a adoção dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos de obras públicas e de execução continuada celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta do Município de São Paulo. Disponível em: DECRETO Nº 60.067 DE 10 DE FEVEREIRO DE 2021 « Catálogo de Legislação Municipal (prefeitura.sp.gov.br). Acesso em: 17 jul. 2022.

VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?* Revista de arbitragem e mediação, v. 10, n. 38, p. 131-147, Jul. 2013.

WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards: evolução recente*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 30, p. 139-151 jul./set. 2011.

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO: O QUE OS ÁRBITROS PODEM (E DEVEM) FAZER?

*ARBITRATION AND CORRUPTION: WHAT CAN (AND
SHOULD) ARBITRATORS DO?*

Cesar Pereira C.Arb FCI Arb

Sócio em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Visiting Scholar na Columbia University, University of Nottingham e George Washington University.

Leonardo F. Souza

Especialista em Resolução de Disputas no Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. LLM in Comparative and Alternative Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Chevening Scholar e QMUL Comparative and International Dispute Resolution Prize em 2020.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Objeto. 3. Definição e Tratamento de Corrupção. 3.1 Arbitragem e Corrupção no Brasil. 3.2. Arbitragem e Corrupção Internacional; 4. Jurisdição e Admissibilidade de questões envolvendo corrupção. 4.1. Requisito de legalidade nas arbitragens de investimento. 4.2. Efeitos da corrupção no contrato principal sobre a convenção de arbitragem. 4.3. Caso Lagergren em 1963: posição antiga sobre inarbitrabilidade de matérias que ofendam a ordem pública. 4.4. Caso Westinghouse em 1988: posição

sobre autonomia da cláusula compromissória. 4.5. Tratamento Moderno da Arbitrabilidade. 5. Tratando normas de caráter criminal como *lois de police*. 5.1. Lei Imperativa e *Ordre Publique*. 5.2. *Lois de Police*. 5.3. Caso *Mitsubishi v. Chrysler* em 1985: poder dos árbitros para decidir sobre *Lois de Police*. 5.4. Consenso sobre o poder do Tribunal de decidir sobre Leis Imperativas e argumentos baseados em *Lois de Police*. 5.5. O poder dos árbitros para considerar Lei Criminal. 6. Questões probatórias e corrupção; 6.1. Prova de corrupção e ECREE. 6.2. Inversão do ônus da Prova. 6.3. Suspeita de corrupção. 6.4. Cenários de suspeita: *red flags*. 6.5. Poder Autônomo dos árbitros de investigar, ainda que em contraposição às Partes. 6.6. Limitações ao poder de investigação do Tribunal. 6.7. *Iura Novit Curia*. 6.8. Ofensa à Ordem Pública pela omissão dos árbitros em investigar. 7. Efeitos Civis da corrupção. 8. Corrupção enquanto argumento de defesa da Administração Pública. 8.1. Administração como vítima da corrupção no direito penal. 8.2. Arbitragem e efeitos patrimoniais: análise mais minuciosa da participação da administração. 8.3. Doutrina de *clean hands* para lidas com defesas da administração pública. 9. Dever de reportar o ato ilícito. 9.1. Dever de reportar o ato ilícito. 9.1. Existência do dever de reportar pelo art. 40 do CPP. 9.2. Confidencialidade do Procedimento e Dever de Reportar. 9.3. Dever de Reportar em Procedimentos com a Administração Pública. 9.5. Dever de Reportar e a disciplina dos arts. 25 e 26 do Estatuto da Advocacia. 10. Denegação à homologação da sentença arbitral sobre corrupção por ofensa à Ordem Pública: Caso *Alstom* (França). 11. Conclusão. 12. Referências.

RESUMO: Este artigo explora as causas e consequências de alegações de corrupção ou outros atos criminais nos fatos subjacentes a arbitragens que envolvam à administração pública brasileira, especialmente quanto aos poderes e deveres que os árbitros possuem para resolver tais situações. A experiência internacional traz diferentes saídas sobre procedimentos envolvendo corrupção desde 1962, no caso *Lagrergen*, até casos mais recentes em arbitragens de investimento. Aqui, explora-se se o árbitro deve assumir jurisdição sobre as disputas, se elas são

admissíveis, se deve investigar a ocorrência de corrupção e quais as consequências procedimentais e civis caso constate-se sua existência.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Corrupção. Administração Pública. Ordem Pública. Legalidade.

ABSTRACT: This article explores the causes and consequences of allegations of corruption or other criminal acts on the facts underlying arbitration proceedings involving Brazilian State Entities, especially regarding the powers and duties that arbitrators have in order to resolve such situations. International experience brings different outputs on procedures involving corruption since 1962, in the Lagrergen case, to more recent cases in investment arbitration. Here, we explore whether the Arbitral Tribunal should assume jurisdiction over disputes, whether they are admissible, whether to investigate the occurrence of corruption and what the procedural and civil consequences should be if corruption is proven to have happened.

KEYWORDS: Arbitration. Corruption. State Entities. Public order. Legality.

INTRODUÇÃO

All governments suffer a recurring problem: power attracts pathological personalities. It is not that power corrupts but that it is magnetic to the corruptible. *Missionaria Protectiva*, Text QIV (decto) (HERBERT, 1985, p. 99)

Arbitrators facing corrupt transactions should pay heed to the call of poetry—they should pay heed to poetry precisely because when they enter the treacherous territory of bribery and illicit agreements, they fall squarely within a form of poetic paradox, a paradox where they must face seemingly irreconcilable loyalties. Corruption, like few other scourges of society, challenges the arbitrator's loyalties, corruption puts the arbitrator at the crossroads of his allegiance to the parties, to party consent and the arbitration agreement and his allegiance to the international legal order, to his role as guardian of good morals in international trade. Yves Fortier, *When power corrupts, poetry cleanses* (FORTIER, 2015)

No quarto 704 do resort Luzeiros em São Luiz do Maranhão, a Polícia Federal fez uma prisão histórica enquanto o sol se punha na praia atlântica em frente. Alberto, um cambista de origem pobre que trabalhava

comprando bens no Paraguai para revender no Brasil (NASCIMENTO, 2014), foi preso por envolvimento com o tráfico internacional de drogas. Para amenizar a pena, revelou informações que levaram à prisão mais de 150 pessoas. Entre elas, governadores, deputados federais, executivos das maiores empresas do Brasil e presidentes de ao menos 4 (quatro) países (CNN BRASIL, 2021; MPF, 2019a; c,b; 2021; POVO, 2021). Em alguns casos mais de um presidente por país. No exterior, o esquema envolvendo Alberto foi descrito como “o maior escândalo de corrupção da história” (WATTS, 2017), que “abalou a elite” (JACOBS, [s.d.]) e “devastou a economia brasileira” (MIROFF, 2018), lançando desconfiância sobre as instituições.

A prisão de Alberto Youssef em 2014 levou a um grande processo de combate à corrupção, por meio da investigação criminal intitulada Operação Lava Jato e suas múltiplas derivações. O ambiente criado implicou vasta experiência na aplicação, atualização e crítica aos sistemas de prevenção e repressão à corrupção no Brasil (PEREIRA, C. A. G.; LUCIO, HENRY-; MARTIM, 2016). Em 2012, a Lei 12.683 alterara a Lei de Lavagem de Dinheiro. Em 2013, a Lei Anticorrupção fora aprovada – mais tarde, foi regulamentada pelos Decretos 8.420 em 2015 e pelo Decreto 11.129 em 2022. Em 2021, o Congresso Nacional aprovou a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133), com ampliação de sanções administrativas e criminais – embora na mesma época tenha promovido uma reforma da Lei de Improbidade Administrativa com caráter de coartar excessos repressivos da legislação anterior. O Ministério Público Federal e dos Estados, a Controladoria-Geral da União e seus congêneres estaduais e os Tribunais de Contas, para dar alguns exemplos, viram-se obrigados a aplicar ou desenvolver mecanismos antes inexistentes ou incomuns como acordos de colaboração, acordos de leniência e procedimentos de reabilitação. O período após 2014 produziu uma revolução na prática de prevenção e combate à corrupção no Brasil em todos os níveis.

Isso se reflete também na arbitragem. A consideração, nas arbitragens, de temas ligados a corrupção deixou de ser mero exercício teórico e se tornou uma necessidade prática. Muitas das relações jurídicas atingidas por práticas corruptas desaguavam em arbitragens. A questão passou a fazer parte da matéria a ser decidida em muitos procedimentos.

Essa contingência prática não foi acompanhada por nenhuma evolução normativa específica na arbitragem. Em 2015, no meio desse ambiente de iniciativas anticorrupção, a Reforma da Lei de Arbitragem não criou regras de proteção contra corrupção, nem esmiuçou o que árbitros

devem fazer ao se depararem com matéria de fundo que envolve atos de corrupção. Houve referência à participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, mas com poucos pré-requisitos. Procedimentos arbitrais sobre fatos que envolvem corrupção seguiram sem regulação em legislação específica. Tribunais arbitrais continuam tendo ampla liberdade em como enfrentar os temas ligados à corrupção. E parece haver boas razões para isso.

Este artigo propõe que os árbitros já dispõem de mecanismos para enfrentar casos que envolvam a malversação de recursos públicos, corrupção de agentes públicos ou outros crimes correlatos. Lei específica não é necessária. O estudo examina alguns desses mecanismos e como árbitros podem utilizá-los na condução de procedimentos que envolvam a Administração Pública. Como a Lei 9.307 regula tanto arbitragens domésticas quanto internacionais, o tratamento dado à corrupção dependerá da natureza do procedimento, lei aplicável e nacionalidade das partes. Quando relevante, o estudo faz essa diferenciação.

2. OBJETO

Só há uma forma de seguir as regras do jogo, mas várias de trapacear. A literatura internacional sobre corrupção e arbitragem trata de (i) atos de corrupção na condução do procedimento como, por exemplo, o suborno de peritos ou árbitros; de (ii) corrupção por meio da arbitragem, como a lavagem de dinheiro a partir de procedimentos simulados; mas também de (iii) corrupção nos fatos subjacentes à disputa. O artigo lida exclusivamente com a corrupção envolvendo agentes públicos na matriz fática da disputa. Ou seja, tanto contratos que têm por objeto atos de corrupção quanto contratos obtidos por meio da corrupção de agentes públicos.

Como o artigo foca na experiência brasileira, há apenas breves apontamentos em relação à corrupção privada que, apesar de regulada em países de direito consuetudinário, não é tratada como corrupção no Brasil, mas como estelionato ou fraude.

3. DEFINIÇÃO E TRATAMENTO DE CORRUPÇÃO

3.1 Arbitragem e Corrupção no Brasil

Tratando-se de arbitragem entre partes brasileiras, com formação e execução do contrato no Brasil e lei aplicável brasileira, dificilmente será necessário recorrer a diplomas internacionais. Também é improvável

que os árbitros enfrentem questões de lei imperativa (lois de police, tema explorado mais à frente). Por isso, definir corrupção é simples. Do ponto de vista criminal, corrupção strictu sensu é regulada no Código Penal, artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), proibindo que funcionários públicos recebam oferta, solicitem, ou obtenham vantagem indevida de particular.

O termo “corrupção” alcançou mais amplitude após a publicação da Lei 12.846, a Lei Anticorrupção. A lei não lida apenas com a responsabilização de pessoas jurídicas pelos atos dos artigos 317 e 333 do Código Penal. Vai além e trata de vários atos contra a Administração Pública como fraude à licitação, manipulação do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos e obstrução de investigações. Ou seja, atos criminosos contra a Administração Pública que envolvam desvio de finalidade em prol de ganhos particulares serão normalmente vistos como corrupção (BANCO MUNDIAL, 2021; RUIVO, 2015).

3.2 Arbitragem e Corrupção internacional.

Não há uma definição internacional de corrupção. A transparência internacional define o termo como o “uso indevido do poder concedido para benefício privado” (VÉRAS, 2020), o que parece similar à definição nacional no Brasil.

Vários tratados internacionais tratam do tema, como a Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA, 1997), a Convenção da OECD sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 1997), a *Civil Law Convention on Corruption* (CLCC, 1999) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU, 2003). Mas nenhum define especificamente como tratar a corrupção. Aliás, todos os tratados deixam que as legislações nacionais regulem, tratem e coíbam a corrupção de acordo com seus próprios costumes.

Isso se torna um problema quando o Tribunal Arbitral se depara com atos corruptos não investigados nem punidos pelo país estrangeiro. Foi o caso do procedimento *World Duty Free v Kenya* (ICSID, 2006), em que, apesar de o Quênia ter recebido extensas provas documentando o recebimento de propina por um ex-presidente, nada fez. Ou do famoso *Wena Hotels v Egypt* (ICSID, 1999), em que as autoridades egípcias foram notificadas sobre o contrato corrupto, mas decidiram não punir os envolvidos. O Tribunal deve, em nome da moral transnacional, ser assertivo com questões de corrupção quando o próprio país ou entidade governamental prejudicados são lenientes?

4. JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DE QUESTÕES ENVOLVENDO CORRUPÇÃO

4.1 Requisito de legalidade nas arbitragens de investimento

Se os árbitros perceberem que o contrato objeto da disputa foi realizado mediante corrupção ou para operacionalizar corrupção, os efeitos sobre o procedimento dependerão da natureza da arbitragem. Tratando-se de arbitragens de investimento cuja convenção é baseada em tratado internacional, o investidor ficará normalmente impedido de pleitear perante um tribunal arbitral. Vários tratados internacionais de investimento exigem que, para caracterização de investimento, a atividade do investidor seja realizada legalmente no país do investimento (POLKINGHORNE, 2017). Caso se verifique, pela lei nacional do país, que a atividade do investidor é ilegal, o investimento não estará mais protegido pelos parâmetros do tratado internacional de investimento em questão (HEPBURN, 2014). Nesses casos, o tribunal arbitral interpreta não ter jurisdição *ratione materiae*, isto é, que a matéria carece de arbitrabilidade objetiva ou é alheia ao âmbito material da convenção de arbitragem, uma vez que o aporte não será considerado um investimento (KRIEBAUM, 2010) de acordo com os termos do tratado que fundamenta a arbitragem.

4.2 Efeitos da corrupção no contrato principal sobre a convenção de arbitragem

Em arbitragens comerciais, se o tribunal perceber que o contrato administrativo foi celebrado mediante corrupção, ou, de outro modo, para viabilizar a corrupção de agentes públicos, isso não necessariamente terá efeitos sobre a validade da convenção de arbitragem. Por conta dos princípios da competência-competência, que estabelece que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre sua própria competência, e da autonomia da cláusula compromissória, segundo a qual a convenção de arbitragem é contrato autônomo em relação ao contrato principal em que está inserido, a corrupção verificada no acordo principal não necessariamente macula a convenção de arbitragem. Permanece nas mãos dos árbitros o poder de, a depender dos fatos específicos de cada caso, entender pela validade ou não da cláusula de arbitragem. De todo modo, os árbitros são os primeiros competentes a exarar uma decisão em qualquer sentido, resolvendo o litígio como entenderem correto.

4.3 Caso Lagergren em 1963: posição antiga sobre inarbitrabilidade de matérias que ofendam a ordem pública

Em arbitragens comerciais, se o tribunal perceber que o contrato administrativo foi celebrado mediante corrupção, ou, de outro modo, para viabilizar a corrupção de agentes públicos, isso não necessariamente terá efeitos sobre a validade da convenção de arbitragem. Por conta dos princípios da competência-competência, que estabelece que o tribunal arbitral tem competência para decidir sobre sua própria competência, e da autonomia da cláusula compromissória, segundo a qual a convenção de arbitragem é contrato autônomo em relação ao contrato principal em que está inserido, a corrupção verificada no acordo principal não necessariamente macula a convenção de arbitragem. Permanece nas mãos dos árbitros o poder de, a depender dos fatos específicos de cada caso, entender pela validade ou não da cláusula de arbitragem. De todo modo, os árbitros são os primeiros competentes a exarar uma decisão em qualquer sentido, resolvendo o litígio como entenderem correto.

O árbitro único levantou, de ofício, a inarbitrabilidade do contrato. Segundo Lagergren, o contrato ofenderia a ordem pública francesa, sede da arbitragem, e permitiria atos “*condenáveis pela decência pública e moralidade*”(BERGER, 1996). Seguindo os artigos 1108, 1131 e 1133 do Código Civil Francês, anotou que nenhum efeito pode ser conferido a contratos proibidos por lei ou contrários à boa moral e política pública. Aplicando também o Código de Processo Civil argentino, decidiu que questões que afetem a moral e bons costumes não podem ser decididas por arbitragem¹. Finalizou afirmando que existe um princípio geral do direito, reconhecido pelas nações civilizadas, de que atos que violem a boa moral não podem ser sancionados por cortes ou tribunais arbitrais. O árbitro declinou sua jurisdição para decidir a disputa.

1 No original “After weighing, all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes” (BERGER, 1996)

4.4 Caso Westinghouse em 1988: posição sobre autonomia da cláusula compromissória

Um caso muito parecido aconteceu vinte anos após a decisão de Lagergren. O caso Westinghouse (arbitragem CCI n. 6401(WESTINGHOUSE V. PHILIPPINES AND NPC, 2022)) tratava da contratação, pelo estado das Filipinas, de empresa para construção da primeira usina nuclear do país. A empresa ganhadora do certame tinha contratado os serviços de um representante comercial que, convenientemente, era amigo de infância do presidente Ferdinando Marcos e primo da primeira-dama. A construção da usina terminou em 1985, mas o presidente Ferdinando Marcos foi destituído pela Revolução de Edsa poucos meses depois. O novo presidente decidiu não completar os pagamentos à Westinghouse e assim a arbitragem começou.

Primeiro, o tribunal decidiu, por conta da doutrina da *Kompetenz-Kompetenz*, ter o poder para determinar sua própria competência, independentemente das alegações de corrupção nos fatos do caso. Ao analisar o tópico de autonomia da cláusula compromissória e se a corrupção do contrato principal a afetaria, contudo, o tribunal encontrou divergência entre as partes. Enquanto a empresa afirmava que a corrupção nunca afetaria a cláusula compromissória, a Administração defendeu que, se o contrato tiver sido contraído por corrupção, daí tanto ele quanto a cláusula de arbitragem seriam nulas. Por mais que o Tribunal tenha concordado com a argumentação da Administração, admitindo que a cláusula de arbitragem provavelmente seria nula caso o contrato principal tivesse sido contraído mediante corrupção, não levou o raciocínio adiante por ausência de provas do suborno de agentes públicos das Filipinas.

4.5 Tratamento moderno da arbitrabilidade

Apesar da discussão inicial, questões de corrupção se tornaram amplamente aceitas como arbitráveis. Michael Hwang adverte que “a decisão em sentido contrário na sentença arbitral do Juiz Lagergren no caso ICC 1110 de 1963, e outros precedentes idiossincráticos, não são seguidos”(HWANG; LIM, 2012). A literatura sugere que, no lugar de lavar as mãos, os árbitros, enquanto juízes de fato e direito limitados apenas pela lei, devem considerar qualquer ilegalidade ao exararem uma decisão de mérito sobre a disputa(MARCENARO, 2015). Concordamos com este ponto. Se o árbitro se depara com situação de corrupção ou

outro ato ilícito, não deve inferir daí a ausência de arbitrabilidade da questão.

Pelo contrário, está dentro do múnus do árbitro lidar e efetivamente aplicar as consequências jurídicas ao mérito da disputa nestes casos. Levando o princípio de competência-competência a sério, o resultado será aceitar a jurisdição sobre esse tipo de demanda (ZIADÉ, 2016). O tribunal deve, como diz Gaillard, “manter sua competência e constatar a nulidade ou ineficácia do acordo por contrariar a ordem pública nacional”². Defende-se até mesmo que o tribunal arbitral não estaria limitado às conclusões oriundas do eventual processo penal correspondente, posição que depende do direito aplicável e das particularidades do caso (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019).

Desse modo, não se poderia cogitar de eventual aplicação do art. V(2)(a) da CNY – objeção de inarbitrabilidade – a uma sentença arbitral estrangeira que houvesse decidido temas ligados a corrupção. Desde que abrangidos os fatos no escopo da convenção de arbitragem, por consistirem, por exemplo, em temas oriundos ou relacionados com a relação contratual em questão, trata-se de matéria arbitrável.

5. TRATANDO NORMAS DE CARÁTER CRIMINAL COMO *LOIS DE POLICE*

5.1 Lei Imperativa e *Ordre Publique*

Para o árbitro, uma regra de natureza criminal deve ser interpretada como lei imperativa, dentro da doutrina de *lois de police*. Autores e tribunais vêm discutindo como lidar com questões de ordem pública e direito nacional na arbitragem. Muitas jurisdições têm exceções ao acordo de escolha de lei quando há uma lei imperativa ou de ordem pública (ou ‘ordre publique’ como o termo francês ficou conhecido na arbitragem internacional) aplicável ao caso (BORN, 2020, p. 296). No entanto, a prática era complicada. Determinar o conteúdo de tal expressão era um problema, sendo considerada por um Tribunal dos Estados Unidos em 1824 como “um cavalo muito indisciplinado, e quando você monta nele, nunca sabe para onde ele o levará” (US COMMON PLEAS, 1823).

² Do original: “le premier, sur lequel une parfaite unanimité existe aujourd’hui, tant dans la jurisprudence étatique que dans la jurisprudence arbitral, est que l’arbitre qui constate que le contrat couvre une activité de corruption ne doit pas en déduire la non-arbitrabilité de la matière et sa propre incompétence, mais retenir sa compétence et constater la nullité ou la non-efficacité de la convention pour contrariété à l’ordre public international » (GAILLARD, 2017)

5.2 *Lois de Police*

Muita coisa mudou em duzentos anos. A doutrina de *lois de police* na arbitragem internacional, também conhecida como *Lois de Police*, é aceita (WAINCYMER, 2009). Segundo Mayer, *lois de police* são dispositivos de lei que devem ser aplicados independentemente da lei ou foro que rege a disputa (MAYER, 1986). O artigo 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma permite a aplicação de leis imperativas, mesmo estrangeiras, se “nos termos da lei deste último país, essas regras devem ser aplicadas qualquer que seja a lei aplicável ao contrato”. A Seção 187(2) do Restatement (Second) on Conflict of Laws nos EUA prevê uma solução semelhante.

5.3 Caso *Mitsubishi v. Chrysler* em 1985: poder dos árbitros para decidir sobre *Lois de Police*

Quando se trata do poder dos árbitros de decidir disputas sobre leis imperativas ou matérias que toquem a ordem pública, o caso *Mitsubishi v. Chrysler* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1985 tornou-se o principal caso internacional. Nele, empresas suíças, japonesas e porto-riquenhas concordaram em produzir e distribuir automóveis nos Estados Unidos. Havia uma cláusula de arbitragem que previa a arbitragem no Japão. Uma vez iniciada a disputa, os Requerentes peticionaram no Tribunal Distrital Federal dos EUA para obrigar o início da arbitragem. A Ré, no entanto, rebateu argumentando que a matéria da controvérsia estava sujeita à Lei Sherman, que regulamenta a concorrência, e, por ser imbricada com a ordem pública, não poderia ser analisada pelos árbitros.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o tribunal arbitral poderia decidir toda a disputa, incluindo os pleitos “surgidos da aplicação da lei antitruste americana, o tribunal, portanto, deveria ser obrigado a decidir essa disputa de acordo com a lei nacional que deu origem à reivindicação” (US SUPREME COURT, 1985). O caso Mars-Labiral na França tem aspectos semelhantes (COUR D’APPEL DE PARIS, 1993).

5.4 Consenso sobre o poder do tribunal de decidir sobre Leis Imperativas e argumentos baseados em *Lois de Police*

Naon reflete sobre a atual aceitação internacional da doutrina de *lois de police*:

quando são necessárias questões vitais que afetem os interesses públicos ou sociais dos Estados, certas controvérsias internacionais

podem ser regidas exclusivamente por regras substantivas obrigatórias de origem nacional, avançando unilateralmente sua aplicação necessária principalmente com base em suas políticas e objetivos ou propósitos subjacentes, independentemente do contrário vontade das partes e de quaisquer outras regras obrigatórias conflitantes de outros fóruns também competindo para aplicação (GRIGERA NAON, 2020).

A doutrina também tratou de como os tribunais podem lidar com regras obrigatórias (MELO, 2008). Basta dizer que, embora existam preocupações legítimas sobre como a lei nacional será tratada, os árbitros estão tão vinculados às normas públicas e regras obrigatórias quanto os juízes estatais. O Artigo V (2) da Convenção de Nova York, aplicável à maioria das jurisdições, determina que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados se a matéria não puder ser resolvida por arbitragem ou se a sentença for contrária à ordem pública daquele país. A sentença arbitral que desrespeita a ordem pública pode ser inexecutável.

5.5 O poder dos árbitros para considerar lei criminal

O tribunal arbitral deve pensar na lei penal como lei imperativa inserida no contexto de *lois de police*. Assim como feito no caso Mitsubishi, o tribunal arbitral tem o dever de levar em consideração qualquer comando legal de natureza pública que toque a disputa em questão. Leis de natureza criminal promovem a ordem pública ou, como explica Alexis Mourre, “a política que promovem é considerada tão importante para o fórum que sua violação é punida criminalmente” (MOURRE, 2006). Ainda que o tribunal não possa considerar questões criminais como um juiz criminal o faria, deve fazê-lo dentro das limitações do caso em questão.

6. QUESTÕES PROBATÓRIAS E CORRUPÇÃO

6.1 Prova de corrupção e ECREE

Árbitros devem definir qual o nível de prova necessário para questões relacionadas a corrupção. Aqui, vale o Standard de Sagan: Postulações Extraordinárias Exigem Provas Extraordinárias – ECREE (do original “*extraordinary claims require extraordinary evidence*”). A depender do caso concreto, pode ser necessário demonstrar que ambas as partes do contrato tinham a intenção de corromper ou cometer

fraudes. Em outros, como nos casos de contratação de representantes comerciais, bastaria provar a intenção do representante de participar da corrupção.

A suspeita de corrupção baseada em indícios normalmente não bastará. Esse foi o posicionamento tomado pelo tribunal do caso Westinghouse (arbitragem CCI n. 6401) em que, após instrução extensa, não se encontraram provas sólidas de corrupção durante a obtenção de um contrato público. No Caso CCI n. TCA 2000, o Tribunal decidiu que “uma constatação de ilegalidade ou outra nulidade não deve ser feita de forma leviana, mas deve ser apoiada por provas claras e convincentes”. Como defendem Alexis Mourre e Gary Born³, a saída é justa. O árbitro não é juiz criminal, se as Partes não fornecerem provas bastantes de corrupção, o tribunal não a deve reconhecer nem aplicar os seus efeitos sobre o contrato.

6.2 Inversão do ônus da Prova

Segundo Marina Vidal, em casos em que se alega corrupção, é de interesse de todos que o tribunal tenha acesso a provas a partir de quem tiver a melhor capacidade de produzi-las⁴. Nem sempre a corrupção estará documentada. Comumente as provas de corrupção estão mascaradas, obscuras, alteradas ou simplesmente destruídas, sobretudo em se tratando de crime organizado e sofisticado. Pode ser que prova dela venha somente com depoimento de testemunhas ou envolva a oitiva de funcionários públicos. Por conta dessa dificuldade, há quem defenda a inversão do ônus da prova: “se a alegação fosse a falta de licitação e a licitação de fato tivesse sido realizada, seria uma questão simples para a parte licitante apresentar seus documentos de proposta e aviso oficial de adjudicação para refutar a alegação”⁵.

3 No original: “For example, allegations of wrongdoing, particularly serious wrongdoing such as criminal acts, fraud, corruption and the like, require more convincing evidence than other facts. (...) This approach is sensible, both in evidentiary terms and in discouraging baseless allegations of misconduct” (BORN, 2020, p. 2315)

4 “É de interesse de todos que o tribunal arbitral possua os elementos necessários para proferir uma decisão correta e completa, de maneira que a parte que tem melhor capacidade de produzir determinadas provas deve produzi-las, mesmo que para desconstruir argumentos fáticos deduzidos pela parte contrária, mas não comprovados por ela de forma satisfatória. Se não fosse assim, a parte que aduz os fatos, mas não tem à disposição os elementos de prova, seria impedida pela parte contrária de arguir seu próprio caso” (VIDAL, 2021)

5 Do original: “where the allegation is failure to tender, had tender in fact been held it would be a simple matter for the tendering party to produce its tender documents and official notice of award to disprove the allegation” (MILLS, 2003)

Contudo, não é o caso sempre. Em muitas situações, se provar a propina é difícil, provar sua ausência será mais ainda. Além disso, pode-se criar a situação em que uma parte se aproveita da má-reputação de seu adversário para acusá-lo de corrupção e anular o contrato. Nesses casos, a inversão do ônus da prova apenas beneficiaria a parte que age de má-fé (GOLDENBAUM, 2015).

6.3 Suspeita de corrupção

Contudo, isto não quer dizer que a suspeita de corrupção não tenha consequências. O Tribunal pode se deparar com situação em que haja poucas provas da execução do contrato. Ou que, em audiência, as partes façam insinuações sobre obrigações obscuras oriundas do acordo. Ou, ainda, que funcionários públicos tenham obtido vantagens indevidas através da celebração ou da execução do contrato. Em todos esses casos e muitos outros, os árbitros devem, por cautela, manter-se atentos ao que não está sendo dito. Em contrato cujo objeto seja relacionado à corrupção, não raramente as partes tentarão litigar a controvérsia e garantir a execução do acordo sem que o tribunal perceba estar sendo usado como meio para operacionalizar o ilícito.

6.4 Cenários de suspeita: *red flags*

Se (i) alegações forem feitas no procedimento de que a matéria subjacente está maculada por corrupção ou (ii) houver indício fundados de corrupção, o árbitro não pode ignorar os fatos. Ele tem o poder de investigar, colecionar argumentos, produzir provas para corroborar ou rejeitar suas suspeitas, ainda que em contraponto à vontade declarada das partes (ZIADÉ, 2016, p. 444). Analisando sentenças da ICC, Bizeau e Hayes levantaram os quatro cenários mais comuns de corrupção que podem levar os árbitros a exercer o poder de investigar (BAIZEAU; HAYES, 2017):

1. Contrato comercial entre um agente comercial e seu cliente pelo pagamento de comissões, onde o agente comercial é suspeito de obter o contrato por meio de suborno ou tráfico de influência, sobretudo em contratos internacionais;
2. Disputa comercial entre um contratante internacional e uma entidade pública, onde o contrato possa ter sido obtido por meio de corrupção;
3. Disputa de investimento em que há suspeita de o investimento ter sido executado a partir de corrupção;

4. Disputa de investimento onde o investidor alega tratamento diferencial por ter recusado o pagamento de suborno.

6.5 Poder autônomo dos árbitros de investigar, ainda que em contraposição às Partes.

Os árbitros, sabendo de indícios de corrupção, têm amplos poderes para investigar de ofício, devendo apenas respeitar preceitos processuais básicos como o devido processo e o contraditório (GAILLARD, 2017). O árbitro tem o dever de aplicar regras imperativas internacionais e esse dever transcende a substância da disputa, atingindo o procedimento. Portanto, os árbitros, ao se depararem com situação de provável corrupção, não estão restritos aos fatos e documentos postos pelas partes, mas devem examinar o caso amplamente (KLAUSNER; PETSCHKE, 2012).

Os árbitros podem se deparar ainda com situação em que uma das partes se omitiu em alegar ou produzir provas da corrupção que alega. Enquanto, de um lado, nesse caso uma investigação ex officio provavelmente beneficiaria a parte omissa, de outro, a corrupção afeta interesses públicos transnacionais que extravasam o simples interesse privado das partes. Não pode ser colocada no mesmo patamar de outros argumentos comuns (BAIZEAU; HAYES, 2017). Afirma-se até mesmo que a omissão dos árbitros em promover tais investigações poderia acarretar consequências negativas tanto para os árbitros, a quem se poderia imputar, em tese e de acordo com o direito interno aplicável, conduta destinada a ocultar ou impedir a apuração dos atos ilícitos envolvidos (BETZ, 2017, p. 289), como também para o resultado do procedimento arbitral (MARCENARO, 2015, p. 145). Mas a gravidade das imputações e de suas consequências exige cautela dos árbitros (MARCENARO, 2015, p. 144).

6.6 Limitações ao poder de investigação do Tribunal

O tribunal não investiga corrupção para punir criminalmente a parte. Na verdade, investiga-a para determinar as consequências cíveis da constatação ou não do ilícito nos fatos da demanda (BAIZEAU; HAYES, 2017, p. 248). Ou seja, sua investigação naturalmente será menos profunda e com foco diferente do que aquela em outros tipos de procedimento (JIMENEZ-BLANCO, 2016, p. 199).

Tribunais arbitrais devem ser cautelosos ao investigar. Primeiro, para não agirem fora de seus poderes, o que pode levar à anulação da sentença por decisão *ultra petita*. Mas também para não beneficiar indevidamente uma

parte nem desrespeitar o direito das partes de serem ouvidas(BAIZEAU; HAYES, 2017, p. 248).

6.7. *Iura novit curia*

Os árbitros sempre devem submeter a matéria para que as Partes discutam. Tanto para decidir quanto para comunicar os fatos à autoridade competente, os árbitros observarão um nível de convicção elevado. Salvo situações extraordinárias, os árbitros deverão, antes da sentença final, debater extensamente a questão com as Partes. Em arbitragens domésticas, presume-se que o árbitro sabe o direito, inclusive em relação a atos ilícitos, e o aplica independentemente das alegações das partes(PEREIRA, C., 2019). No entanto, para proteger a sentença, requer-se cautela e o exaurimento do contraditório.

6.8. Ofensa à Ordem Pública pela omissão dos árbitros em investigar

A corrupção não só é arbitrável como a omissão em investigá-la, havendo provocação das partes ou não, pode configurar ofensa à ordem pública transnacional. Segundo Bernardo Cremades, o maior erro que um tribunal pode cometer ao se deparar com uma questão de corrupção é ignorá-la(CREMADES; CAIRNS, 2003, p. 85). O árbitro tem um dever claro de endereçar a corrupção em seu caso. Há manifestações doutrinárias no sentido de que a ausência de cumprimento do dever de investigar alegações ou suspeitas fundadas de corrupção implica ofensa à ordem pública (BAIZEAU; HAYES, 2017; BETZ, 2017; MARCENARO, 2015).

A ordem pública internacional das nações civilizadas impõe o combate à corrupção, assim como reprova condutas fraudulentas com esta relacionadas. A recusa dos árbitros em examinar ou investigar o tema pode comprometer a validade da sentença arbitral e impedir sua homologação (BETZ, 2017).

7. EFEITOS CIVIS DA CORRUPÇÃO

O reconhecimento da corrupção pode implicar a nulidade da relação jurídica de fundo, embora não necessariamente, como no caso de contratos com objeto lícito, mas obtidos mediante corrupção(FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2015). Pode também acarretar consequências de natureza patrimonial, como ressarcimento, indenizações ou o abatimento do preço contratado(FERNÁNDEZ-ARMESTO, 2015, p. 169–172).

No Brasil, o regime jurídico do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666, reproduzido no art. 148 da Lei 14.133, assegura, no mínimo, o ressarcimento de custos ao contratado, uma vez que nem mesmo a verificação da conduta reprovável pode levar ao confisco patrimonial do particular ou ao enriquecimento sem causa da Administração⁶. As sanções eventualmente cabíveis devem ser aplicadas e as demais consequências da origem ilícita da contratação devem ser observadas, mas nada suprime o dever de observar as garantias do contratado (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1143).

8. CORRUPÇÃO ENQUANTO ARGUMENTO DE DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

8.1. Administração como vítima da corrupção no direito penal

A Administração Pública geralmente invoca corrupção na matéria de fundo como defesa, pondo-se na posição de vítima dos atos de corrupção. Na corrupção ativa e passiva, ambas previstas no título XI do Código Penal “Crimes contra a Administração Pública”, o bem jurídico-penal protegido é o regular funcionamento da administração pública⁷. Na corrupção ativa, o particular oferece vantagem indevida a funcionário público e comete crime contra a Administração Pública; na corrupção passiva, o funcionário público solicita ou recebe a vantagem e, por isso, também comete crime contra a Administração Pública. Do ponto de vista criminal, a Administração Pública é por definição a vítima da corrupção, inclusive se praticada por agentes seus.

8.2. Arbitragem e efeitos patrimoniais: análise mais minuciosa da participação da Administração

Contudo, ao julgar os efeitos patrimoniais e contratuais da corrupção, os árbitros não estão limitados à definição conceitual da legislação penal, devendo analisar a participação do ente público nos atos de corrupção com mais sofisticação (e ceticismo).

Embora possa ser acolhida em circunstâncias específicas, a postulação de a Administração ser exclusivamente a vítima da corrupção deve ser rejeitada em situações nas quais a Administração tem conhecimento dos

6 Como nos casos STJ. REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2a T., j. 15/05/2012, DJe 24/05/2012 e STJ. REsp 1.188.289/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2a T., j. 14/08/2012, DJe 13/12/2013

7 Apesar de existirem outras teorias sobre o bem jurídico tutelado, todos são relacionados à aparência, funcionamento, dignidade e higidez da administração pública. Ver (RUIVO, 2015)

atos de corrupção ou é indiretamente beneficiada pelo ato de corrupção.⁸ Também seria inadequado atribuir à Administração a condição exclusiva de vítima do ato de corrupção quando a corrupção é sistêmica, integrada ao modo de funcionamento da Administração, ou tolerada pelos órgãos que deveriam combatê-la.⁹

8.3. Doutrina de *clean hands* para lidar com defesas da Administração Pública

Árbitros podem invocar a doutrina de *clean hands* para lidar com defesas sobre corrupção. Ela prevê que o Tribunal Arbitral não beneficiará a parte se o fundamento de seus pedidos for ato ilegal. A doutrina tem raízes tanto na tradição romano-germânica, por meio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (MOLOO, 2010) (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza) quanto no direito consuetudinário, baseado na equidade (“he who comes into equity must come with clean hands”) (ANENSON, 2017), podendo ser utilizada tanto em arbitragens conduzidas por direito brasileiro, quanto estrangeiro, realizadas no Brasil ou no exterior. A doutrina foi usada inclusive em Direito Internacional Público em arbitragens de investimento e é igualmente aplicável a arbitragens comerciais (ANENSON, 2017; SEIFI; JAVADI, 2018; SRINIVASAN et al., 2014).

9. DEVER DE REPORTAR O ATO ILÍCITO

9.1. Existência do dever de reportar pelo art. 40 do CPP

Se o tribunal arbitral constatar que houve corrupção, deve reportar às autoridades competentes? Sim, conforme já afirmado anteriormente por um dos autores (PEREIRA, C., 2019). Esse é o posicionamento mais adotado e que parece ser o mais eficaz para proteger a arbitragem enquanto instituto (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019). O artigo 40 do Código de Processo Penal exige que juízes, cientes de crime de ação pública, remetam os autos ao Ministério Público para oferecimento de

8 A contrario, (FERNÁNDEZ-ARRESTO, 2015) (“*The corrupted party is not to be blamed: it is unaware of the existence of corruption and does not benefit from it*”).

9 Juan Fernández-Arresto separa a responsabilidade da entidade estatal daquela dos seus agentes, assim como afirma que a existência de corrupção generalizada não reduz a responsabilidade do corruptor. No entanto, ressalva que “*there may be situations where the corrupted party knew (or must have known) of the existence of corruption, and did not take any action, incurring in culpa in vigilando when supervising its officers and related persons. In such cases, tribunals will have to balance the misconduct of both parties*” (FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan. p. 170).

denúncia. Cumula-se isso com o artigo 17 da Lei de Arbitragem, que equipara os árbitros a funcionários públicos para efeitos de legislação penal.

9.2. Confidencialidade do procedimento e dever de reportar

Contudo, muitos procedimentos arbitrais são confidenciais. O tribunal arbitral, então, se vê entre duas obrigações: a de reportar e a de manter a confidencialidade do procedimento. O combate à atividade criminosa, sobretudo quando há corrupção, se sobrepõe à previsão contratual de confidencialidade e permite a aplicação do artigo 40 do CPP. Os árbitros devem, nesse momento, focar em manter uma eventual sentença arbitral válida, afastando qualquer aparência de conivência ou omissão em relação aos atos de corrupção.

9.3. Dever de reportar em procedimentos com a Administração Pública

Na maior parte dos casos, o tribunal arbitral não enfrentará essa colisão de princípios. O artigo 2º da Lei de Arbitragem exige que a arbitragem com a Administração Pública respeite o princípio da publicidade.

No caso de arbitragens submetidas ao princípio da publicidade, a realização dos valores fundamentais do combate à corrupção e à atividade criminosa e a proteção da própria legitimidade e dignidade da arbitragem prevalecem em relação à confidencialidade e permitem a aplicação do art. 40 do CPP, observados os limites reconhecidos para tal dispositivo no âmbito do processo penal e a equiparação prevista no art. 17 da Lei nº 9.307. Tal como as exigências relativas à apuração, provocada ou de ofício, dos fatos relativos à conduta corrupta, a observância do dever de comunicação favorece a arbitragem na medida em que evita que esta se transforme em um instrumento para a ocultação de práticas ilícitas.

Evidentemente, os árbitros devem submeter a matéria à discussão das partes, se suscitada de ofício, e observar uma elevada exigência de convicção para a adoção de tal medida. Ressalvadas situações extraordinárias ou urgentes, o momento típico para tal eventual comunicação pelos árbitros será o da sentença arbitral, quando haverá certeza jurídica dos árbitros acerca dos fatos e o exercício efetivo da sua função pública (arts. 17 e 18 da Lei nº 9.307), não o de fase intermediária anterior, em que o ponto ainda poderia ser objeto de mera suspeita.

9.4. Dever de reportar e a disciplina dos arts. 25 e 26 do Estatuto da Advocacia

Daniel F. Jacob Nogueira lembra que árbitros inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil estão sujeitos aos seus deveres ético-profissionais como advogados, o que envolve o dever de sigilo.¹⁰ O advogado brasileiro não poderia dispor, sem autorização, das informações que detivesse em função de seu ofício. O advogado, quando no exercício da função de árbitro, deveria guardar sigilo quanto aos fatos de que tome conhecimento em decorrência do procedimento. O artigo 25 do Estatuto da OAB especifica que o advogado só pode abrir mão unilateralmente do sigilo profissional quando enfrentar “grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo”. O artigo 26, por sua vez, impõe que o advogado deve guardar sigilo ainda que em depoimento judicial sobre “o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar”. De outro lado, o Provimento n. 196/2020 do Conselho Federal da OAB estabelece que “constitui atividade advocatícia, para todos os fins, a atuação de advogados como (...) árbitros”. Sendo a atuação como árbitro uma atividade advocatícia, incidiria o sigilo profissional e ficariam os árbitros inscritos na OAB impedidos de reportar a ocorrência de crime.

Contudo, Daniel F. Jacob Nogueira ressalva que, por três circunstâncias diferentes, o dever de revelação superaria eventuais impedimentos ético-profissionais. Primeiro, para dar cumprimento à legítima expectativa conjunta das partes decorrente, direta ou indiretamente, da convenção de arbitragem, seria circunstância excepcional constitutiva de justa causa para o afastamento do dever de sigilo do advogado árbitro; tais legítimas expectativas incluiriam a proteção do procedimento contra atos ilegais praticados por atores procedimentais (partes, testemunhas, advogados, peritos, representantes institucionais etc.) no curso da arbitragem. Segundo, quando necessário para descaracterizar sua anterior ciência de participação em ilegalidade sub-reptícia à causa de pedir, o afastamento do dever de sigilo poderia ser justificado pela necessidade de defesa da honra do árbitro advogado. Por último, em função dos princípios que regem a formação de negócios jurídicos com a Administração Pública, seria lícito presumir que a legítima expectativa dos signatários da convenção de arbitragem incluiria a proteção da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da

10 Em várias palestras proferidas entre 2017 e 2022. Segundo o autor, há manuscrito aguardando publicação: NOGUEIRA, Daniel F. Jacob. Crimes e Arbitragem: a deontologia profissional do advogado atuando como árbitro. Manuscrito. 2022.

proibidade administrativa; portanto, o fato de a Administração Pública direta ou indireta ser parte do procedimento arbitral seria justa causa suficiente a legitimar a comunicação de qualquer ilícito constatado no curso do procedimento pelo árbitro advogado sem risco de responsabilização ético-disciplinar.

10. DENEGAÇÃO À HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL SOBRE CORRUPÇÃO POR OFENSA À ORDEM PÚBLICA: CASO ALSTOM (FRANÇA)

É possível que os árbitros investiguem e concluem pela inexistência de corrupção, ou mesmo que reconheçam a existência de corrupção, mas não lhes deem o tratamento jurídico pretendido pela parte interessada.

Esta discussão veio à tona no caso Alstom, decidido pela Corte de Apelações de Paris e, posteriormente, pela Suprema Corte Francesa (STEFANI, 2021). Nele, a requerida, Alstom Transport S.A. havia firmado contratos de consultoria com a requerente, ABL, para assistir a Alstom na obtenção de três contratos com o governo chinês. Depois de obtidos os contratos, a Alstom se recusou a pagar parte dos honorários da ABL sob a alegação de que poderiam ser usados para subornar servidores públicos chineses. O Tribunal Arbitral entendeu que não houve corrupção envolvida nos contratos e ordenou que Alstom pagasse o valor remanescente.

Durante o processo de execução da sentença arbitral perante as cortes francesas, a Corte de Apelação de Paris decidiu que teria o poder de examinar de modo pleno (“*de novo review*”), tanto em relação ao direito quanto aos fatos, se a execução de uma sentença arbitral ofenderia a ordem pública francesa. Na decisão, reanalisando os fatos do caso, a Corte de Apelação decidiu haver prova indiciária bastante de corrupção para motivar a recusa à homologação da sentença.

A Corte de Cassação francesa, contudo, reverteu a decisão. Não por conta dos princípios legais estabelecidos na Corte de Apelação quanto à amplitude da revisão judicial, mas por considerar que, nos fatos, o Tribunal inferior tinha analisado incorretamente os depoimentos de algumas testemunhas durante a arbitragem (SEBASTIAN, 2021).

O posicionamento do Judiciário francês impõe reflexão acerca dos limites do juízo formulado pelas cortes encarregadas da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, com base em convenções internacionais como a Convenção de Nova York e outras similares. No Brasil, a jurisprudência anterior do STF e a atual do STJ sempre reafirmaram que a revisão judicial existente no juízo de homologação é de mera delibação, de verificação dos contornos extrínsecos da decisão. Assim, o que configuraria ofensa à ordem

pública e autorizaria a recusa da homologação seria a efetiva omissão dos árbitros em proferir decisão acerca da realização de investigações e, se for o caso, de seu resultado, em face de alegações ou suspeitas fundadas de corrupção (MARCENARO, 2015). A análise dos fatos e das provas seria exclusiva do tribunal arbitral, cuja decisão mereceria a deferência do Judiciário em relação ao seu conteúdo – no caso em exame, a conclusão final sobre a existência ou não de corrupção. Na visão adotada pelo Judiciário francês, sendo o tema da corrupção relacionado com a ordem pública, o art. V(2) (b) da Convenção de Nova York e regras similares internas ou de outros tratados autorizaria a sua revisão ilimitada (“de novo”) pelo Judiciário na fase de homologação da sentença arbitral estrangeira.

Trata-se de tema ainda em aberto no Brasil, não analisado pelo STJ de modo específico em processos de homologação de sentença arbitral estrangeira. O próprio reconhecimento da ofensa à ordem pública pela sentença arbitral, na forma do art. V(2)(b) da CNY, é excepcional (APRIGLIANO, 2011; PAIVA MUNIZ; BASÍLIO, 2016). Em nenhum dos casos examinados pelos tribunais competentes brasileiros (STF ou STJ) envolvendo contratos administrativos se reconheceu a sua ocorrência¹¹. A visão consolidada acerca dos limites do juízo de delibação leva à conclusão de que somente a efetiva e deliberada omissão dos árbitros na apuração ou decisão sobre a corrupção implicaria violação da ordem pública nesse campo. Mas essa solução pode não enfrentar diretamente o ponto levantado pelas decisões do Judiciário francês: a ofensa à ordem pública não estaria limitada ao aspecto processual de se e como o tema é tratado pela sentença arbitral, mas em aferir se o efeito concreto da sentença arbitral é contrário às diretrizes de ordem pública de combate à corrupção.

11. CONCLUSÃO

O tratamento de corrupção não é assunto novo na arbitragem internacional. Pelo menos desde o caso Lagergren nos anos 60, a comunidade arbitral vem discutindo e se sofisticando em como lidar com questões de grave interesse público, como o combate à corrupção. Tanto que, enquanto o Juiz Lagergren se recusou a decidir em um caso pois o contrato tinha objeto ilícito, hoje a comunidade, a despeito da reverência pela pessoa do juiz, rejeita a saída então adotada. Pelo contrário, tribunais arbitrais são incentivados a enfrentar alegações ou suspeitas de corrupção,

11 (PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, 2019) Em um deles, de 1994, houve o reconhecimento de uma ofensa processual à ordem pública pelo fato de a sentença não ser fundamentada. A ausência de homologação foi logo suprida pela edição de lei autorizando o pagamento daquela e outras sentenças similares.

a aproveitarem os amplos poderes instrutórios que tem e se tornarem parte do mecanismo anticorrupção.

A natureza privada da arbitragem não a torna incompatível com as diretrizes públicas de combate a corrupção. Entre os deveres do árbitro está o de aplicar leis imperativas, nacionais ou estrangeiras, que incidam sobre o caso.

Nesse contexto específico, os árbitros podem estar bem equipados para combater a corrupção. Por não estarem restritos a um sistema judicial fechado e a suas leis, árbitros internacionais (e em algum grau também os nacionais) podem dar mais atenção a leis imperativas estrangeiras e à moral transnacional. Inclusive em relação a questões de proibidade e combate à corrupção.

12. REFERÊNCIAS

ANENSON, T. L. *Announcing the Clean Hands Doctrine*. UCDC Rev., [s.l.], v. 51, p. 1827, 2017.

APRIGLIANO, R. de C. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: [s.n.], 2011.

BAIZEAU, D.; HAYES, T. *The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte*. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, [s.l.], v. 19, p. 225–265, 2017.

BANCO MUNDIAL. *Pesquisa sobre Ética e Corrupção no Serviço Público*. World Bank. 2021. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brazil-integrity-governance-public-sector-research>>. Acesso em: 07/jul./22.

BERGER, K. P. *ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: Arb.Int'l 1994, at 282 et seq.)*. 1996. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-/>. Acesso em: 22/ago./22.

BETZ, K. *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*. [s.l.]: Cambridge University Press, 2017. ISBN: 1-108-41784-1.

BORN, G. B. *International commercial arbitration*. [s.l.]: Kluwer Law International BV, 2020. ISBN: 94-035-2644-0.

BRASIL. D3678. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 24/ago./22.

CLCC. *Civil Law Convention on Corruption*. 1999. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=174>>. Acesso em: 24/ago./22.

CNN BRASIL. *Lava Jato deixa de existir no Paraná e passa a integrar Gaeco, diz MPF*. CNN Brasil. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/lava-jato-deixa-de-existir-no-parana-e-passa-a-integrar-gaeco-diz-mpf/>>. Acesso em: 07/jul./22.

CREMADES, B. M.; CAIRNS, D. J. *Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Arbitration-Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC Publication, [s.l.], no 651, p. 65, 2003.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. *The effects of a positive finding of corruption. Addressing issues of corruption in commercial and investment arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, [s.l.], v. 13, 2015.

FORTIER, L. Y. *Arbitrators, corruption, and the poetic experience: 'When power corrupts, poetry cleanses'*. *Arbitration International*, [s.l.], v. 31, no 3, p. 367-380, 2015. ISSN: 0957-0411, 1875-8398, DOI: 10.1093/arbint/aiv029.

GAILLARD, E. *La corruption saisie par les arbitres du commerce international*. *Revue de l'arbitrage*, [s.l.], v. 2017, no 3, 2017.

GOLDENBAUM, D. *Arbitre International Face a la Corruption*. *McGill J. Disp. Resol.*, [s.l.], v. 2, p. 82, 2015.

GRIGERA NAON, H. A. *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*. [s.l.], 2020. ISSN: 9783161583650, DOI: 10.1628/978-3-16-158365-0.

HEPBURN, J. *In accordance with which host state laws? Restoring the 'Defence' of investor illegality in investment arbitration*. *Journal of International Dispute Settlement*, [s.l.], v. 5, no 3, p. 531-559, 2014. ISSN: 2040-3585.

HERBERT, F., . *Chapterhouse: Dune*. [s.l.]: [s.n.], 1985. ISBN: 0-399-13027-6.

HWANG, M.; LIM, K. *Corruption in Arbitration—Law and Reality*. Asian Int'l Arb. J., [s.l.], v. 8, p. 1, 2012.

ICSID. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 | italaw. 1999. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/1162>>. Acesso em: 26/ago./22.

_____. *World Duty Free Company v Republic of Kenya, Award* | italaw. 2006. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/3281>>. Acesso em: 26/ago./22.

JACOBS, A. *At the Birthplace of a Graft Scandal, Brazil's Crisis Is on Full Display - The New York Times*. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/06/11/world/americas/brazil-corruption-dilma-rousseff-operation-car-wash.html>>. Acesso em: 18/ago./22.

JIMENEZ-BLANCO, G. *Arbitraje y corrupción*. [s.l.], 2016.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, [s.l.], 2021.

KLAUSNER, A.; PETSCHKE, A. *Crime and Arbitration: Arbitration and Corruption*. Austrian Yearbook on International Arbitration. [s.l.]: [s.n.], 2012.

KRIEBAUM, U. *Chapter V: Investment Arbitration. Illegal Investments*. Austrian arbitration yearbook, [s.l.], 2010.

MARCENARO, E. *Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption*. BAIZEAU, Domitille, KREINDLER, Richard H. Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, [s.l.], v. 13, 2015.

MAYER, P. *Mandatory rules of law in international arbitration*. Arbitration International, [s.l.], v. 2, no 4, p. 274–293, 1986. ISSN: 0957-0411, 1875-8398, DOI: 10.1093/arbitration/2.4.274.

MELO, J. S. *De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público*. El contrato de Arbitraje. Colombia: Legis, 2008.

MILLS, K. *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration relating Thereto*. [s.l.]: [s.n.], 2003.

MIROFF, N. *A corruption scandal wrecked Brazil's economy. Now, workers face the consequences.* - *The Washington Post*. 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/a-corruption-scandal-wrecked-brazils-economy-now-workers-face-the-consequences/2017/06/16/a2be0faa-505b-11e7-b74e-0d2785d3083d_story.html>. Acesso em: 18/ago./22.

MOLOO, R. *A comment on the Clean Hands doctrine in international law.* Inter Alia, [s.l.], p. 39, 2010.

MOURRE, A. *Arbitration and criminal law: reflections on the duties of the arbitrator.* Arbitration International, [s.l.], v. 22, no 1, p. 95–118, 2006. ISSN: 1875-8398.

MPF. *Efeitos no Exterior — Caso Lava Jato.* 2019a. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/efeitos-no-exterior>>. Acesso em: 08/jul./22.

_____. *Entenda o caso — Caso Lava Jato.* 2019b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 07/jul./22.

_____. *Resultados — Caso Lava Jato.* 2019c. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 07/jul./22.

_____. *Apoio a operações, incluindo ao caso Lava Jato, marca atuação do Gaeco no Paraná.* MPF. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/apoio-a-operacoes-incluindo-ao-caso-lava-jato-marca-atuacao-do-gaeco-no-parana>>. Acesso em: 07/jul./22.

NASCIMENTO, A. *Quem é Alberto Youssef, o doleiro suspeito no governo e na Petrobras* | GZH. 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/04/quem-e-alberto-youssef-o-doleiro-suspeito-no-governo-e-na-petrobras-4485137.html>>. Acesso em: 26/ago./22.

OEА. *Convenção Interamericana contra a Corrupção.* 1997. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em: 24/ago./22.

ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.* 2003. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 24/ago./22.

PAIVA MUNIZ, J.; BASÍLIO, A. T. P. *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure.* USA: Juris Publishing, 2016.

PEREIRA, C. *Corrupção e arbitragem: os árbitros diante da alegação ou constatação de práticas ilícitas pelas partes*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, [s.l.], 2019.

PEREIRA, C. A. G.; LUCIO, J. HENRY-; MARTIM, L. P. *Brazil's Anti-Corruption Laws, the FCPA and the UK Bribery Act: A Comparative View*. Brazil Infrastructure Law. [s.l.]: [s.n.], 2016.

PEREIRA, C. A. G.; QUINTÃO, L. *Sentenças arbitrais estrangeiras e Administração Pública: um paralelo entre a homologação de sentenças anuladas e o tratamento das objeções de ordem pública*. Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque. 1 ed. São Paulo: [s.n.], 2019.

POLKINGHORNE, M. *The Legality Requirement in Investment Arbitration*. Journal of International Arbitration, [s.l.], v. 34, no 2, 2017.

POVO, T. C., especial para a Gazeta do. *Lava Jato: quanto dinheiro foi recuperado e para ele onde foi*. Gazeta do Povo. 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/lava-jato-dinheiro-recuperado-destino/>>. Acesso em: 07/jul./22.

RUIVO, M. A. *O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, [s.l.], v. 25, p. 263–283, 2015.

SEBASTIAN, P. *French bribery ruling overturned in Alstom case* - Global Arbitration Review. 2021. Disponível em: <<https://globalarbitrationreview.com/french-bribery-ruling-overturned-in-alstom-case>>. Acesso em: 31/ago./22.

SEIFI, J.; JAVADI, K. *The Consequences of the “Clean Hands” Concept in International Investment Arbitration*. Asian Yearbook of International Law, Volume 19 (2013). [s.l.]: Brill Nijhoff, 2018. p. 122–170.

SRINIVASAN, D. et al. *Effect of bribery in international commercial arbitration*. International Journal of Public Law and Policy 3, [s.l.], v. 4, no 2, p. 131–146, 2014. ISSN: 2044-7663.

STEFANI, L. *New Developments in France on the Alstom Saga: The French Supreme Court Overrules the Paris Court of Appeal's Decision to Deny Enforcement of the Arbitral Award on the Grounds of Corruption*. Kluwer Arbitration Blog. 2021. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/12/18/new-developments-in-france-on-the-alstom-saga-the-french-supreme-court-overrules-the-paris>>

court-of-appeals-decision-to-deny-enforcement-of-the-arbitral-award-on-the-grounds-of-corruption/>. Acesso em: 31/ago./22.

VÉRAS, F. S. C. *Arbitragem e corrupção: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro*. [s.l.], 2020.

VIDAL, M. C. R. *A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção*. [s.l.]: Grupo Almedina, 2021. ISBN: 6556272981.

WAINCYMER, J. *International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law*. Asian Int'l Arb. J., [s.l.], v. 5, p. 1, 2009.

WESTINGHOUSE V. PHILIPPINES AND NPC. *Westinghouse v. Philippines and NPC*. Investment Arbitration Reporter. 2022. Disponível em: <<https://www.iareporter.com/arbitration-cases/westinghouse-v-philippines-and-npc/>>. Acesso em: 26/ago./22.

ZIADÉ, N. G. *Accountability for Corruption in Investment Arbitration: Equitable Remedies for Findings of Illegality*. BCDR International Arbitration Review, [s.l.], v. 3, no 2, 2016.