

Publicações da
**ESCOLA SUPERIOR
DA AGU**

*Elas Escrevem
sobre Arbitragem*



Coordenadoras

Aristhéa Totti
Márcia Uggeri
Tatiana Mesquita Nunes

Escola Superior
da Advocacia-Geral da União  **AGU**
ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE AGUS

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

ISSN 2525-3298
Ano. 16 n° 01 - Brasília-DF - mar. 2024

Publicações da Escola Superior da AGU

ELAS ESCREVEM SOBRE ARBITRAGEM

Ano 16 - n. 01, Brasília DF, mar.(2024)

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 16	n. 01	p. 1-264	mar(2024)
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	-----------

Publicações da Escola Superior da AGU

Escola Superior 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

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO-GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Secretária-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

EDITOR RESPONSÁVEL

João Carlos Souto

COORDENADORAS

Aristhéa Totti S. Castelo Branco de Alencar	Advogada da União
Márcia Uggeri Maraschin	Advogada da União
Tatiana Mesquita Nunes	Advogada da União

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne / 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 Superior 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.

5

CDD 340 .

CDU 34 (05)

AUTORES

ADRIANA BRAGHETTA

Doutora e mestre pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo-USP. Membro do Advisory Board do International Council for Commercial Arbitration (ICCA), instituição da qual foi Vice-Presidente durante o mandato de 2014-2017 e membro do Governing Board de 2012-2023. Membro do Conselho Consultivo do Comitê Brasileiro de Arbitragem-CBAr. Membro do Conselho Deliberativo do CAM-CCBC e membro do Conselho Temático do CMA CIESP/FIESP, entre outros. Professora do FGV Law.

ADRIANA NOEMI PUCCI

Doutora em Direito Econômico e Financeiro e Mestre em Integração da América Latina pela USP. Advogada em São Paulo. Árbitra. Fundadora do CEAAP (Centro de Estudos da Arbitragem com a Administração Pública).

ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO BRANCO DE ALENCAR

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; Advogada da União, membro do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União.

CRISTINA CHAGAS CALDEIRA

Procuradora do Município de Belo Horizonte. Chefe da Assessoria jurídica da Secretaria Municipal da Saúde do município de Belo Horizonte de 2022 a 2024. Assessora da Presidência do BDMG de 2020 a 2022. Certificação APMG Certificate PPP Professional (CP3P) Foundation Examination pela APMG Internacional, World Bank Group.

ELIANA BARALDI

Advogada e árbitra Mestre em Direito Internacional Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora convidada na Auburn University/Alabama-EUA, Salamanca – Espanha; PUC-COGEAE e Faculdades IBMEC-SP.

ELISA SCHMIDLIN CRUZ

Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC. Integrante do conselho administrativo da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PR. Advogada e Árbitra.

EUGENIA CRISTINA CLETO MAROLLA

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo. Assessora-Chefe da Assessoria Técnica do

Governo do Estado de São Paulo.
Membro do Conselho Fiscal da
Desenvolve SP.

**GIOVANNA MARTINS DE
SANTANA**

Advogada sênior do escritório Eliana Baraldi Advogados. Advogada e assistente de tribunais arbitrais há 10 anos em litígios e arbitragens nacionais e internacionais. Bacharel e mestranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**JÚLIA THIEBAUT
SACRAMENTO**

L.L.M in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California) Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

MARCELA MUNIZ CAMPOS

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

PAULA BUTTI CARDOSO

Mestre (junho/2013) e Doutora (setembro/2023) em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN (desde 2013). Coordenadora do Núcleo

Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (desde 2018).

**RENATA CRISTINA
VASCONCELOS PACHECO**

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

**ROBERTA NEGRÃO COSTA
WACHHOLZ**

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procuradora Federal, Procuradora-Geral Substituta da ANTI.

SUZANA CREMASCO

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada especialista em Solução de Disputas Estratégicas. Vice-Presidente de Relações Institucionais da CAMARB. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação do IBMEC.

TATIANA MESQUITA NUNES

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

SUMÁRIO

NOTA DAS ORGANIZADORAS

Aristhéa Totti S. Castelo Branco de Alencar

Márcia Uggeri Maraschin

Tatiana Mesquita Nunes..... 7

APRESENTAÇÃO

Clarice Costa Calixto..... 9

PREFÁCIO

Ellen Gracie Norfleet 11

ARTIGOS

Contratos Celebrados num Ambiente de Corrupção e a Validade da Cláusula Arbitral

Contracts Concluded in a Corrupted Environment and the Validity of the Arbitration Clause

Adriana Braghetta 15

O Princípio da Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública

The Principle of Publicity in Arbitration with the Public Administration

Adriana Noemi Pucci 27

Arbitragem e Administração Pública: A Anatomia das Cláusulas Compromissórias

Arbitration and Public Administration: The Anatomy of Arbitration Clauses

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar..... 47

A Administração Pública no Processo Arbitral: Contratação Por Inexigibilidade de Serviços Técnicos Especializados de Assistente Técnico

Public Entities in Arbitration Proceedings: Tender Waiver to Hire Specialized Technical Services of Technical Assistants

Cristina Chagas Caldera 69

A Arbitragem e a Administração Pública: Desafios da Transparência

Arbitration and Public Administration: Challenges Concerning Transparency

Eliana Baraldi

Giovanna Martins de Santana 93

Arbitrabilidade Objetiva de Sanções Administrativas em Contratos de PPP e Concessão: Um Estudo de Casos

<i>Objective Arbitrability of Sanctions in Administrative Contracts: A Case Study</i> Elisa Schmidlin Cruz.....	125
Arbitragem e Administração Pública: A Evolução da Atuação do Poder Público nos Procedimentos Arbitrais Envolvendo Entes Públicos <i>Arbitration and Public Administration: The Evolution of the Role of the Public Power in Arbitration Procedures Involving Public Parties</i> Eugenia Cristina Cleto Marolla.....	143
Medidas “Anti-Arbitrais” ou Pró-Arbitragem? Um Novo Olhar Sobre o Princípio Competência-Competência à Luz das Arbitragens Envolvendo Entes Públicos <i>Anti-Arbitration or Pro-Arbitration Injunctions? A New Look at Competence-Competence Principle on the Light of Arbitrations Involving Public Entities</i> Júlia Thiebant Sacramento Tatiana Mesquita Nunes.....	163
A Soberania da Decisão Arbitral no Brasil Como Meio de Manutenção do Instituto <i>The Sovereignty of Arbitral Awards in Brazil as a Means of Maintaining the Institute</i> Marcela Muniz Campos Renata Cristina Vasconcelos Pacheco	187
O Mérito do Ato Administrativo e a Arbitragem com a Administração Pública <i>The Merit of the Administrative Act and Arbitration with Public Entities</i> Paula Butti Cardoso.....	205
As Agências Reguladoras e a Arbitragem: Critérios para a Escolha de Árbitros Por Agências Reguladoras Federais <i>Regulatory Agencies and Arbitration: Criteria for Choosing Arbitrators by the Brazilian Regulatory Agencies</i> Roberta Negrão Costa Wachbolz.....	223
Arbitragem, Precedentes e Administração Pública: Um Olhar para Além da Fundamentação, Observância ou Vinculação <i>Arbitration, Precedents and Public Administration: A Look Beyond Reasoning, Observance or Bindingness</i> Suzana Cremasco.....	243

NOTA DAS ORGANIZADORAS

Desde a promulgação da Lei nº 9.307, em 1996, o instituto da arbitragem no Brasil tem se desenvolvido e irradiado de forma abrangente, alcançando diferentes atores, como é o caso da Administração Pública.

A partir da evolução legislativa que resultou na alteração da Lei de Arbitragem, por meio da Lei nº 13.129/2015, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à viabilidade de a Administração Pública se sujeitar a outros métodos de solução de controvérsias – especialmente a arbitragem – tomaram outro rumo.

Aproveitando o ensejo das comemorações pelo Dia Internacional da Mulher e o papel relevante de todas as profissionais que se dedicam ao estudo da arbitragem, o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA), órgão da Advocacia-Geral da União, composto exclusivamente de mulheres, reuniu 15 (quinze) autoras para explorar os diversos territórios pelos quais transita a arbitragem no Direito Público.

Esta edição conta com a participação de procuradoras públicas das três esferas de poder, professoras de renomadas universidades brasileiras, líderes de bancas de advocacia privada, árbitras independentes e jovens profissionais, dos quatro cantos do Brasil. Os artigos que compõe a obra buscam, a partir de visões múltiplas, realizar um debate construtivo e diverso para enfrentar os temas pujantes para o desenvolvimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Nesta oportunidade, as organizadoras agradecem a todas as profissionais que dedicaram parte de seu tempo para contribuir com a realização desta empreitada e que, incansavelmente, continuam a trilhar um caminho de que busca a participação igualitária de gêneros no cenário atual.

Agradecemos, ainda, à Escola Superior da AGU, na pessoa do Dr. João Carlos Souto, que apoiou incondicionalmente o projeto proposto; ao Advogado-Geral da União, Ministro Jorge Messias; à Clarice Costa Calixto, pela inspiradora apresentação; e, por fim, às colegas do NEA/AGU pela parceria e companheirismo diário na defesa dos interesses da União.

Em arremate, as organizadoras esperam que a revista possa inspirar outras e outros profissionais a se dedicar ao aprimoramento do estudo da arbitragem com a Administração Pública.

Aproveitem!

Brasília, março de 2024.

Aristhéa Totti S. Castelo Branco de Alencar
Advogada da União

Márcia Uggeri Maraschin
Advogada da União

Tatiana Mesquita Nunes
Advogada da União

APRESENTAÇÃO

Elas escrevem sobre arbitragem

É com grande honra que apresentamos esta edição especial da Revista da Advocacia-Geral da União: “Elas escrevem sobre arbitragem”. A obra é uma publicação pioneira que representa importante passo no caminho pela igualdade de gênero no campo da arbitragem, em um contexto em que a advocacia pública brasileira se coloca cada vez mais atenta à diversidade como medida de integridade e de busca por excelência.

Esta edição singular da Revista editada pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União foca inteiramente a expertise das mulheres na esfera arbitral, com todos os artigos sendo produzidos por renomadas autoras especialistas na arbitragem. Cada contribuição revela uma análise sofisticada e aprofundada de aspectos técnicos e jurídicos das práticas arbitrais, demonstrando a profundidade do talento e a diversidade de perspectivas que as mulheres trazem para esse campo altamente especializado.

O lançamento desta edição especial reveste-se de extrema relevância, uma vez que destaca a urgência no avanço da igualdade de gênero nos espaços de poder referentes à arbitragem. Segundo estudo empírico realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr, denominado Pesquisa sobre Diversidade em Tribunais Arbitrais e em Centros e Câmaras de Arbitragem, entre 2016 e 2020, 88% dos tribunais arbitrais brasileiros foram compostos exclusivamente por homens (48%) ou com o dobro de árbitros homens (40%). Os dados dessa Pesquisa, abrangendo 11 instituições arbitrais de renome no Brasil, indicam que a presença feminina nos tribunais arbitrais ainda é discretamente representada, uma realidade que contrasta com a competência e a capacidade demonstradas pelas autoras desta edição.

“Elas escrevem sobre arbitragem” é mais do que uma revista. É um manifesto por espaço, reconhecimento e igualdade de oportunidades para mulheres na arbitragem, bem como em todas as arenas de decisão e influência. É um chamado à ação para equalizarmos a presença feminina na arbitragem, promovendo um equilíbrio justo e necessário.

Esperamos que, ao virar as páginas desta revista, os leitores não apenas ampliem seus conhecimentos sobre arbitragem, mas também reflitam sobre a importância da diversidade de vozes e o valor inestimável da participação igualitária nos espaços decisórios brasileiros e internacionais.

Que esta edição especial da Revista da Advocacia-Geral da União inspire mais mulheres a ocupar seu espaço na arbitragem e que incentive profissionais do campo a contribuir para a conquista de um cenário arbitral equânime e representativo. Uma excelente leitura!

Brasília, março de 2024

Clarice Costa Calixto
Secretária-Geral de Consultoria
Advogada da União

PREFÁCIO

Em tempos passados, cabia aos Procuradores da República a representação da União em juízo, assim como a cobrança da dívida ativa. Era o início dos anos 70 e como jovem procuradora, recém concursada, solicitei a concentração da cobrança desses haveres, raramente recuperados.

O primeiro embate foi com a escritania da Vara de Falências – que era remunerada com parcela das custas do processo e que, sendo posição permanente, enquanto os juízes titulares meramente transitavam por jurisdição tão enfadonha – tinha controle absoluto sobre a tramitação dos feitos e a nomeação de peritos, síndicos, avaliadores, leiloeiros etc. Tal estado de coisas, aliado à apatia dos juízes titulares da vara, abria ensejo a todo tipo de ocasiões de corrupção. As massas falidas se esvaíam no próprio serviço do processo, havia desvio de bens inventariados e a criação artificial de todo tipo de despesas. Perdiam os credores, dentre os quais, mesmo os privilegiadíssimos detentores de créditos trabalhistas, perdia o concordatário que logo se transformava em falido e perdia, inevitavelmente a União, que, em tese, também era protegida pela legislação especial.

Foi necessário um pedido de providências à Corregedoria e a atuação firme de um magistrado exemplar para sair daquela situação insustentável e para alguns créditos públicos passarem a fluir a favor do erário.

Outra situação interessante, foi a que encontrei no acervo de execuções fiscais em andamento perante a Justiça Federal. Ao proceder ao levantamento geral dos feitos, constatei que um bom número de processos dizia respeito a créditos de valor tão ínfimo que não justificavam o dispêndio de mais recursos públicos no prolongamento de demandas, sem qualquer perspectiva de sucesso, visto que, as mais das vezes, tratava-se de empresas encerradas de fato.

Para dar-lhes uma solução racional, listei esses feitos, com seus valores originários e encaminhei a relação ao Sr. Procurador Geral da República, solicitando autorização para requerer-lhes a extinção e o arquivamento definitivo. À época, não dispúnhamos de alçada para adotar tal providência.

O ofício levou alguns anos para ser respondido e, quando afinal a autorização me alcançou, o expediente, a esta altura bem volumoso, era concluído com um despacho assinado pelo Sr. Presidente da República, o Gen. Ernesto Geisel.

Isso revelava a existência, por parte dos servidores públicos, de um medo pânico de renunciar a qualquer parcela – ainda que meramente ficcional e inatingível – de crédito público. Por isso o expediente recebera tantos pareceres e percorrera um caminho tão tortuoso, até parar na mesa do primeiro mandatário.

Como diz Garcia Marques a vida é o que dela nos lembramos para contar! São os fatos, os encontros e as experiências que nos deram ocasião de melhor compreender o mundo em que vivemos e que nos inspiraram de alguma forma a tentar, mesmo sem chance de sucesso, a superar o que nos parecia injusto, inadequado ou meramente inútil!

E conto essas reminiscências já tão antigas para congratular-me com as autoras desse volume que revela uma outra e nova atitude de maior maturidade e responsabilidade assumida pelos integrantes da Advocacia Geral da União, com respaldo em legislação mais moderna, que lhes permite tomar, dentro das alçadas próprias e com a garantia de plena transparência de seus atos, decisões cruciais para a solução de controvérsias. O poder de transacionar, que abriu as portas da arbitragem aos conflitos contra a administração pública, é um avanço considerável!

Os textos que compõem esse volume bem revelam a intensa e frutífera atividade das integrantes da Advocacia Geral da União e de destacadas arbitralistas que buscam refletir sobre temas cruciais para o desenvolvimento do instituto na seara pública.

Há matérias muito sensíveis como a que é abordada com maestria pela Dra. Suzana Cremasco que nos coloca a indagação sobre a força a ser reconhecida aos precedentes na arbitragem com a administração pública. Afinal, este como outros meios de solução de litígios, deve mirar para além do conflito individual e servir de norte tanto à atuação da administração, quanto ao comportamento dos particulares que com ela contratam. A este tema se vincula a profunda cogitação da Dra. Adriana Pucci, quando cuida da necessária publicidade na arbitragem com a administração pública. Tema que é replicado no trabalho conjunto das Dras. Eliana Baraldi e Giovanna Santana que cuida dos desafios postos pela transparência nesse tipo de arbitragem. Mais adiante é abordado pela Dra. Adriana Braguetta um tema que a todos angustia, a saber, as hipóteses em que pode ocorrer uma intersecção entre arbitragem e corrupção.

Enfim, todos os trabalhos aqui coletados se recomendam ao estudo e aprofundamento, posto que o instituto da arbitragem, já reconhecido e

progressivamente adotado no Brasil, tem recebido do Poder Judiciário, em especial, do Superior Tribunal de Justiça um tratamento que o valoriza e assegura como fórmula adequada de solução de controvérsias complexas. A arbitragem com a administração pública, porém, tem prática ainda recente e deve superar as eventuais desconfianças que são naturais em todos os movimentos inovadores. A absoluta correção dos que a ela se dedicam e a permanente preocupação com sólido embasamento doutrinário de cada uma das decisões tomadas terá como resultado a afirmação deste meio expedito e especializado para o desenlace de grandes pendências que de outra forma se somariam ao chamado Custo Brasil.

Às autoras meu entusiasmado cumprimento pela coerência com que desenvolvem seu trabalho, ao tempo em que sobre ele refletem de maneira crítica. As manifestações que nos trazem representam alento a todos quantos desejam o progresso e a modernização de nosso país.

São Paulo, março de 2024

Ellen Gracie Nortfleet
Ministra aposentada e ex-Presidente do STF

CONTRATOS CELEBRADOS NUM AMBIENTE DE CORRUPÇÃO E A VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL¹

CONTRACTS CONCLUDED IN A CORRUPTED ENVIRONMENT AND THE VALIDITY OF THE ARBITRATION CLAUSE

Adriana Braghetta²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os contratos que nascem neste ambiente poluído. 2. Discussão dos atos de corrupção no procedimento arbitral. Conclusão. Referências

1 Este é o primeiro artigo fruto do curso sobre “Contratos contaminados pela Corrupção e Arbitragem” que a autora lecionou, por duas semanas, no LLM sobre Transnational Arbitration & Dispute Settlement – TADS na Science Po, em Paris, em fevereiro de 2024, convite que recebeu em decorrência de uma parceria entre Science Po e CAM-CCBC. Oportunamente publicará consolidado de todos os temas tratados no curso e suas diversas facetas.

2 Doutora e mestre pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo-USP. Membro do Advisory Board do International Council for Commercial Arbitration (ICCA), instituição da qual foi Vice-Presidente durante o mandato de 2014-2017 e membro do Governing Board de 2012-2023. Membro do Conselho Consultivo do Comitê Brasileiro de Arbitragem-CBAr. Membro do Conselho Deliberativo do CAM-CCBC e membro do Conselho Temático do CMA CIESP/FIESP, entre outros. Professora do FGV Law.

RESUMO: Não obstante o esforço da comunidade internacional no combate à corrupção, ela existe e é corriqueira. Vários contratos são e serão entabulados valendo-se de práticas ilícitas. O artigo discute de quem é a jurisdição para decidir a validade desses contratos quando existe cláusula arbitral. O cerne é a análise se eventual invalidade do contrato principal em razão da constatação de atos de corrupção na sua obtenção também contaminará a validade da cláusula arbitral. O artigo analisa alguns precedentes internacionais importantes, bem como o impacto do princípio da separabilidade constante das diversas leis nacionais e da Lei Modelo UNCITRAL.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Corrupção. Jurisdição. Validade da Cláusula Arbitral. Princípio da separabilidade.

ABSTRACT: Despite the international community's efforts to combat corruption, it exists and is commonplace. Several contracts are and will be entered into using illicit practices. The article discusses whose jurisdiction is to decide the validity of those contracts when there is an arbitration clause. The core is the analysis of whether any invalidity of the main contract due to a positive finding of corruption will also contaminate the validity of the arbitration clause. The article analyzes some important international precedents, as well as the impact of the principle of separability contained in the various national laws and the UNCITRAL Model Law.

KEYWORDS: Arbitration. Corruption. Jurisdiction. Validity of the Arbitration Clause. Principle of separability.

INTRODUÇÃO

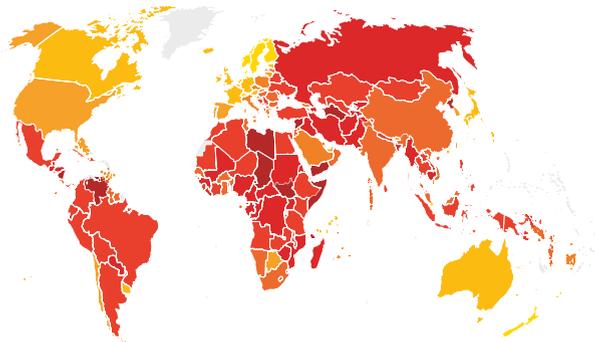
A corrupção é um cancro social. Elimina a livre competição, acaba com o incentivo ao estudo e à meritocracia, ao investimento em desenvolvimento tecnológico, destrói riqueza, privilegia poucos em detrimento da imensa maioria da população e aprofunda as desigualdades sociais. A humanidade carrega este mal desde seus primórdios e ele está longe de ser eliminado.

O Índice de Percepção da Corrupção, divulgado anualmente pela ONG Transparência Internacional, revela que os níveis de corrupção no setor público continuam altíssimos³.

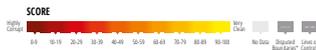


CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2022

The perceived levels of public sector corruption in 180 countries/territories around the world.



SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	COUNTRY/TERRITORY
96	Denmark	52	Grenada	42	Solomon Islands	36	Sri Lanka
97	Finland	51	Malta	42	Timor-Leste	36	Thailand
87	New Zealand	51	Paraguay	42	Trinidad and Tobago	35	Turkey
84	Norway	51	Saudi Arabia	42	Vietnam	34	Bosnia and Herzegovina
88	Singapore	50	Croatia	42	Vietnam	29	Gabon
83	Sweden	50	Mauritius	41	Kenya	28	Mali
82	Switzerland	49	Namibia	40	Guyana	28	Paraguay
88	Netherlands	48	Vanuatu	40	India	28	Russia
79	Germany	47	Portugal	40	Jordan	24	Nepal
77	Ireland	47	Malaysia	40	North Macedonia	27	Kyrgyzstan
72	Luxembourg	46	Romania	40	Suriname	26	Cameroon
70	Hong Kong	45	China	39	Belarus	26	Liberia
75	Australia	45	Cuba	39	Colombia	26	Madagascar
73	Canada	45	Montenegro	39	Moldova	26	Mozambique
74	Estonia	45	Qatar	39	Ukraine	26	Uganda
72	Iceland	45	Czechia	39	Sao Tome and Principe	25	Bangladesh
72	Uruguay	44	Georgia	38	Brazil	25	Guinea
72	Belgium	44	Bahrain	38	Ethiopia	25	Iran
73	Japan	44	Jamaica	38	Morocco	25	Libya
71	United Kingdom	44	Oman	38	Zanzania	24	Afghanistan
72	France	43	Benin	37	Cote d'Ivoire	24	Cambodia
71	Austria	43	Bulgaria	37	Lesotho	24	Central African Republic
70	Seychelles	43	Senegal	37	Ecuador	24	Kenya
69	United States of America	43	South Africa	36	Kazakhstan	24	Niger
63	Bhutan	42	Burkina Faso	36	Panama	24	Bolivia
64	Taiwan	42	Hungary	36	Peru	24	Laos
		42	Kuwait	36	Serbia	24	Mexico
				35	Eswatini	24	Nigeria
						23	Azerbaijan
						23	Honduras
						23	Iraq
						23	Myanmar
						23	Zimbabwe
						22	Eritrea
						22	Sudan
						21	Congo
						21	Guinea Bissau
						20	Democratic Republic of the Congo
						19	Chad
						19	Comoros
						19	Nicaragua
						19	Hurkmenistan
						17	Burundi
						17	Equatorial Guinea
						17	Nauru
						17	Korea, North
						16	Yemen
						14	Venezuela
						13	South Sudan
						13	Syria
						12	Somalia



#cpi2022
www.transparency.org/cpi

This work from Transparency International (2022) is licensed under CC BY-ND 4.0

As cores mais fortes e escuras apontam para um maior índice de corrupção. Dos 180 países levantados, apenas a Dinamarca é tida como

3 TRANSPARENCY INTERNACIONAL. (2023). Acesso em 20/02/2024. Na versão online deste artigo, é possível ver o mapa colorido.

“very clean”, seguida de poucos 7 países em situação semelhante: Finlândia, Nova Zelândia, Noruega, Singapura, Suíça e Holanda.

A corrupção não está restrita aos países de terceiro mundo, afinal há corrompidos e corruptores. A partir de um levantamento das multas aplicadas a empresas americanas no âmbito do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), importante norma americana que pune atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros, o Mintz Group⁴ apurou que, desde 1977, empresas americanas foram multadas por terem corrompido oficiais estrangeiros em 80 países – alguns deles membros da OCDE⁵⁻⁶.

Os esforços empregados para a melhoria no ambiente de negócio são muitos. Vale destacar a Convenção da OCDE para o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, de 1997, que entrou em vigor em 1999. Foi assinada pelos estados membros e Argentina, Brasil, Bulgária, Chile e República Eslovaca.

Na mesma linha, a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, aprovada em 2003 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo entrado em vigor em 14 de dezembro de 2005 e que já conta com a participação de 190 países⁷.

No âmbito das Américas, também foi celebrada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em 1996, aprovada e promulgada no Brasil em 2002.

Além das legislações nacionais em combate à corrupção, no que toca ao tema do ambiente de negócios, vale destacar as regras da Câmara de Comércio Internacional contra Corrupção, cuja primeira edição é de 1977 e a última atualização é de 2023⁸. Apesar de ser um instrumento de softlaw, é de extrema valia para ajudar as empresas a não somente cumprir as regras de compliance e com suas obrigações legais, bem com para resistir a tentativas de extorsão e solicitação de suborno.

1. OS CONTRATOS QUE NASCEM NESTE AMBIENTE POLUÍDO

Muitos são os contratos que, lamentavelmente, são entabulados nesse ambiente pernicioso.

4 Disponível em: <https://mintzgroup.com/>. Acesso em 20/2/2024.

5 Vide: <https://fcpamap.com/>

6 Informação sobre a Convenção da OCDE disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20o%20Combate,com%20o%20A%20r%20internacional%20bem%20como%20adotar>. Acesso em 20/02/2024.

7 Informação disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>. Acesso em 20/02/2024.

8 ICC (2023). Acesso em 20/02/2024.

Há dois tipos básicos que se deve diferenciar: o contrato cujo objeto é a própria propina; e o contrato cujo objeto é lícito, porém foi contaminado em alguma medida por atos de corrupção.

No primeiro tipo, o contrato que escamoteia o pagamento de valores impróprios nada mais é do que um instrumento jurídico simulado, por ambas as partes, para dar uma roupagem jurídica ao deslocamento de dinheiro do corruptor ao corrompido. Vários são os tipos de contrato que podem servir para esse propósito escuso: um contrato de agente, consultor, prestação de serviço etc. Em realidade, apesar do objeto do contrato, nenhum serviço é efetivamente prestado ou nenhum bem é entregue. São tipos contratuais absolutamente legítimos, mas que, naqueles casos, não passam de engodo.

As legislações de diversos países, inclusive a brasileira, regulam que tais contratos são nulos ab initio. O artigo 166 do Código Civil brasileiro regula ser nulo o negócio jurídico quando for ilícito o seu objeto, quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito, ou quando tiver como objetivo fraudar lei imperativa.

Por outro lado, há contratos que, apesar de contaminados, têm, no seu bojo, um objeto real, verdadeiro e muitas das vezes integralmente executado. A corrupção ocorre no processo licitatório, na escolha da parte privada, no preço ou em outras condições de negócio. A maioria das legislações trata este tipo de contrato como anulável.

As consequências da qualificação jurídica merecem um tratamento em outro artigo, muito mais profundo. Da mesma forma, há diversos outros temas imbrincados e que normalmente surgem no contexto de que tratamos, entre eles: (i) o ônus e o standard da prova do ato da corrupção no procedimento arbitral, sobretudo considerando que tais atos são dissimulados e deixam poucos rastros, além dos próprios limites investigatórios do procedimento arbitral; (ii) a lei aplicável ao ônus da prova e a importância das red flags; (iii) a lei aplicável ao mérito; (iv) a influência da ordem pública (inclusive internacional); (v) o controle estatal (minimalista ou maximalista) de uma sentença arbitral que analisa alegação de corrupção, bem com a complexidade do surgimento de novas provas depois de proferido a sentença arbitral; e (vii) a intersecção entre o procedimento arbitral com outros procedimentos, como investigações criminais, ações civis públicas, etc.

O objeto deste artigo, contudo, é a análise do tema da jurisdição do Tribunal Arbitral.

2. DISCUSSÃO DE ATOS DE CORRUPÇÃO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Constatada a corrupção pelo Tribunal Arbitral, o vício contratual se estende também à validade da cláusula de arbitragem?

O leading case de arbitragem internacional no qual o tema da corrupção surgiu é o caso CCI de n.º 1110, decidido por árbitro único, Gunner Lagergren. A arbitragem é de 1963 e a publicação da sentença arbitral excluiu o nome das partes⁹.

O requerente, Sr. X, era engenheiro de nacionalidade argentina e era um empresário ativo em Buenos Aires na época da disputa. A requerida, Empresa A, era uma subsidiária integral da Empresa B, cujas ações eram detidas pela Empresa C.

As partes, X e A, entraram em contato pela primeira vez em 1950, em Buenos Aires. À época, as autoridades argentinas, entre elas a Empresa Argentina D, cogitavam aumentar a produção de energia elétrica numa determinada região do país, e a requerida, que mantinha um escritório em Buenos Aires, interessou-se por este empreendimento como um potencial fornecedor de equipamentos elétricos.

Dado esse cenário, funcionários da empresa requerida solicitaram ao requerente, que tinha influência nos círculos governamentais e industriais, que os ajudasse na obtenção de contrato para venda de equipamentos elétricos pela requerida.

Requerente e requerida celebraram uma série de acordos(notas), pelos quais a requerida pagaria uma comissão ao requerente na hipótese de êxito na contratação com o governo argentino. Em suma, elaboraram de 3 cartas, sendo que em cada uma delas a requerida se obrigava a pagar um percentual de comissão ao requerente. Agregadas as 3 cartas, o percentual chegava ao montante de 10%. Na arbitragem, as partes disputaram o escopo dessas cartas. Também discutiam a extensão de outro contrato celebrado em 1953.

Numa oportunidade de negócio em 1951, a Requerida não logrou obter a contratação com o governo argentino e aquele projeto específico foi adjudicado a um consórcio alemão concorrente.

Mais tarde, um contrato foi adjudicado a uma parceria ad hoc entre a Empresa Britânica E e a Empresa G. A Empresa Britânica E era uma subsidiária integral da Empresa Britânica F, cujas ações são detidas pela Empresa C – a mesma empresa que detém as ações da Empresa B e indiretamente as da Requerida. Portanto, o requerente iniciou a arbitragem pedindo o pagamento da comissão pactuada.

Na audiência de instrução da arbitragem, o Tribunal Arbitral ouviu diversas testemunhas que esclareceram que o principal trunfo do Requerente era o notável grau de influência que exercia junto aos políticos do Governo Peronista, responsáveis por escolher os contratantes.

As testemunhas explicaram que de fato havia contratos para pagamento de comissão ao requerente. Disputava a requerida, porém, que o contrato

9 BERGER (1996). Acesso em 20/02/2024.

que conseguiu com o governo argentino não tinha decorrido dos contratos com o requerente, pelo que o valor não era devido. Dizia a requerida que se obtido o contrato com o governo em decorrência da atuação do requerente nos termos contratados, ela requerida reconheceria e pagar-lhe-ia o valor devido¹⁰.

Numa petição do requerente de abri 28 de abril de 1961, um fato chamou a atenção do árbitro único. Foi alegado que: “(...) quando em julho de 1953, a sua comissão foi fixada em 10 por cento do valor F.O.B., apenas 2 por cento seria para ele e o restante para seus colaboradores”.

Depois de longa análise das provas, o árbitro, analisando ex officio sua jurisdição (já que ambas as partes não negavam os efeitos dos contratos), considerou que, embora as comissões prometidas ao Sr. X não envolvessem exclusivamente subornos, uma parte muito substancial – cerca de 80% – teria tal natureza. Esta circunstância foi interpretada como grave violação dos bons costumes e da ordem pública, que não poderia ser menosprezada: “it is impossible to close one’s eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress”.

O árbitro entendeu que o caso não poderia ser resolvido por arbitragem, com base no Código de Processo Argentino, cujo artigo 768:5 estipulava que todas as questões que afetem os bons costumes (“la moral y buenas costumbres”) estavam excluídas da arbitragem.

Além disso, Lagergren analisou o caso também do ponto de vista do direito francês, concluindo da mesma forma pela violação ordem pública internacional. Mencionou a existência de um “princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas” de que os contratos que violam gravemente os bons costumes ou as políticas públicas internacionais são inválidos ou pelo menos inexecutáveis, e não podem ser sancionados por tribunais ou árbitros.

Depois de apresentar suas razões, o árbitro negou os pedidos da requerente por entender que não tinha jurisdição.

10 “The contracts finally awarded to the ad hoc partnership and [the Respondent] related to a project totally different from that which was in the parties’ mind when the commission notes were written or at the time when the agreement of July 1953 was made. The new project was double the size of the 1953 project and differently planned. Mr. [X] was not even present in Argentine when the new project was first announced in 1956, and while part of this project was awarded to [the Respondent] this result can in no way be attributed to any efforts or activities carried on by the Claimant”. Tradução livre: “Os contratos ao final adjudicados à parceria ad hoc e [ao Requerido] diziam respeito a um projecto totalmente diferente daquele que estava na cabeça das partes quando as notas da comissão foram escritas ou no momento em que o acordo de Julho de 1953 foi celebrado. O novo projeto tinha o dobro do tamanho do projeto de 1953 e foi planejado de forma diferente. O Sr. [X] nem sequer estava presente na Argentina quando o novo projeto foi anunciado pela primeira vez em 1956, e embora parte deste projeto tenha sido concedida ao [Requerido], este resultado não pode de forma alguma ser atribuído a quaisquer esforços ou atividades realizadas pelo Requerente”.

Tratou-se de importantíssimo precedente a demonstrar a firmeza com que tribunais arbitrais deverão tratar a questão, porém, muito se evoluiu em termos de quem é aquele que deve julgar os atos. Vejamos.

Depois do julgamento do caso Lagergren, muitas legislações foram modernizadas, na esteira também da lei modelo UNCITRAL. Uma das características marcantes de todas as novas legislações é o princípio da separabilidade, no sentido de que a invalidade do contrato não necessariamente implica na invalidade da cláusula arbitral. Na nossa legislação, o tema é tratado no artigo 8º: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Na doutrina e nas arbitragens que se seguiram, pode-se ver que houve importante mudança daquela posição do Juiz Lagergren, justamente em razão do princípio da separabilidade. Afinal, a cláusula arbitral deve sobreviver mesmo ante a contaminação do contrato por corrupção.

Nessa linha, vale destacar o caso *Fiona Trust vs Privalov*, decidido em 10 de outubro de 2007¹¹. Neste caso, os autores ingressam com ação judicial nas Cortes Inglesas para pedir a declaração de que várias charters haviam sido validamente rescindidas sob a alegação de que os contratos só foram celebrados em razão de corrupção.

As cortes inglesas se debruçaram sobre o tema da validade da cláusula arbitral nos oito contratos. Nos referidos negócios jurídicos, havia cláusulas arbitrais escolhendo o direito inglês como o direito aplicável, bem como que qualquer parte poderia valer-se de arbitragem em Londres, mediante as regras da London Maritime Association of Arbitrators de 1950.

Neste caso, a primeira conclusão foi no sentido de que não havia dúvidas de que as partes haviam escolhido a arbitragem nos contratos. Destacou a Corte Inglesa o caráter internacional dos acordos, pelo que “they[partes] want a quick and efficient adjudication and do not want to take the risks of delay and, in too many cases, partiality, in proceedings before a national jurisdiction”.

O Tribunal inglês, ainda, entendeu que a invalidade do contrato principal não necessariamente contamina a validade da cláusula arbitral, sobretudo ante o princípio estampado na sessão 7 do Lei de Arbitragem Inglesa de 1996. Pela pertinência da motivação, convém destacar da decisão judicial:

11 Judgments – Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fli Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants), House of Lords, Session 2006-07, [2007] UKHL 40 on appeal from: [2007] EWCA Civ 20. Disponível em: http://archive.onlinedmc.co.uk/fioan_trust_v___privalov_%28hof%29.htm. Acesso em 20/02/2024.

I think that a fresh start is justified by the developments which have occurred in this branch of the law in recent years and in particular by the adoption of the principle of separability by effect to the reasonable commercial expectations of the parties about the questions which they intended to be decided by arbitration. (...) 15. If one adopts this approach, the language of clause 41 of Shelltime 4 contains nothing to exclude disputes about the validity of the contract, whether on the grounds that it was procured by fraud, bribery, misrepresentation on anything else. (...)

16. The next question is whether, in view of the allegation of bribery, the clause is binding upon the owners. They say that if they are right about the bribery, they were entitled to rescind the whole contract, including the arbitration clause. The arbitrator therefore has no jurisdiction and the dispute should be decided by the court.

17. The principle of separability enacted in section 7 means that the invalidity or rescission of the main contract does not necessarily entail the invalidity or rescission of the arbitration agreement. The arbitration agreement must be treated as a 'distinct agreement' and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement. Of course, there may be cases in which the ground upon which the main agreement is invalid is identical with the ground upon which the arbitration is invalid. (...) But the ground of attack is not that the main agreement was invalid. It is that the signature to the arbitration agreement, as a 'distinct agreement', was forged. (...) If the arbitration clause has been agreed, the parties will be presumed to have intended the question of whether there was a concluded main agreement to be decided by the arbitration¹².

12 Tradução livre: "Eu acho que um novo começo é justificado pelas evoluções ocorridas no ramo do direito nos últimos anos e particularmente pela adoção do princípio da separabilidade como decorrência das expectativas comerciais razoáveis das partes sobre as questões que elas pretenderam decidir por arbitragem. (...) 15. Adotada essa linha, a linguagem da cláusula 41 da Shelltime 4 não contém nada que exclua disputas sobre a validade do contrato, quer sob a alegação de que houve fraude, suborno ou deturpações na licitação quer sobre qualquer outra coisa. (...) 16. A próxima questão é se, em razão da alegação de suborno, a cláusula é vinculante sobre os proprietários. Eles dizem que caso estejam certos sobre o suborno, eles teriam direito a rescindir todo o contrato, incluindo a cláusula arbitral. O árbitro assim não teria jurisdição e a disputa deveria ser decidida na corte. 17. O princípio da separabilidade previsto na seção 7 significa que a invalidade ou rescisão do contrato principal não necessariamente enseja a invalidade ou rescisão do acordo de arbitragem. O acordo de arbitragem deve ser tratado como um acordo diferente e pode ser nulo ou anulável somente sob alegações diretamente relacionadas com o acordo de arbitragem. Claro que haverá casos nos quais a alegação pela qual o acordo principal é inválido é idêntica à alegação pela qual a arbitragem é inválida. (...) Mas essa alegação atacada não é a de que o acordo principal era inválido. É que a assinatura do acordo de arbitragem, como um acordo diferente, foi falsificada. (...) Se a cláusula arbitral foi convencionada, presumir-se-á que as partes tiveram a intenção de que a questão sobre se houve um acordo principal concluída seja decidida por arbitragem".

A partir da pertinente análise da separação da cláusula arbitral e do contrato principal, a Corte inglesa concluiu que as disputas sobre a validade do contrato principal não são menos apropriadas de serem decididas por um árbitro do que qualquer outra disputa.

Hoje é praticamente unânime, senão unânime, a posição de que na arbitragem comercial, mesmo naquelas em que se discute vícios contratuais fruto de corrupção, é do árbitro a jurisdição para avaliar a validade do contrato e suas consequências.

No caso da arbitragem de investimento, o tema importa em algumas especificidades, na medida em que o acordo para se submeter à arbitragem não decorre de cláusula contratual, mas de uma oferta de arbitragem via tratado internacional.

No caso *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*¹³, que tramitou pelo CIADI sob o ARB 10/3, ante a constatação pelo Tribunal Arbitral da existência da corrupção, as partes iniciaram extenso debate sobre a redação do Bilateral Investment Agreement (BIT) que conceituava o investimento protegido pelo tratado como “any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made”¹⁴. Entendeu o Tribunal Arbitral que o tratado continha um requisito de legalidade, ou seja, só protegia acordos que seguissem as leis do país. Como as partes teriam desrespeitado a lei nacional ao praticarem atos de corrupção, o tratado não mais poderia ser utilizado como instrumento de proteção ao investimento.

Concluiu o Tribunal Arbitral que: “[o]n the basis of the foregoing analysis, the Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been ‘implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made’ as required by Article 1(1) of the BIT”¹⁵. (...) This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under

13 *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award dated Oct. 4, 2013. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/2272>. Acesso em 20/02/2024.

14 Tradução livre: “qualquer tipo de ativos, implementados de acordo com as leis e regulamentações da parte contratante em cujo território o investimento é feito”.

15 P. 372 da sentença arbitral. Tradução livre: “com base na análise precedente, o Tribunal chegou à conclusão de que a corrupção é estabelecida com extensão suficiente para violar a lei do Uzbequistão, em conexão com a instituição de investimentos do Requerente no Uzbequistão. Como consequência, o investimento não foi ‘implementado de acordo com as leis e regulamentos da parte contratante em cujo território o investimento é feito’”.

the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute”¹⁶.

Nos casos em que se seguiram, tribunais arbitrais mantiveram a posição do caso Metal-Tech de que a conclusão da existência de atos de corrupção implicava na falta de jurisdição nos termos dos tratados de proteção de investimento, e muitos casos agregaram que o requisito de legalidade não precisa estar expresso, era de fato implícito.

CONCLUSÃO

A corrupção deve e será combatida. Essa é posição unânime tanto nas diversas leis nacionais, como na ordem pública internacional. Não há qualquer dúvida que para um ambiente mais saudável de negócios, não só é indispensável que a corrupção seja fortemente atacada como, caso surja no contexto da interpretação de um contrato, o tema merecerá o adequado tratamento em processos adjudicatórios, judiciais ou arbitrais.

Com a continua evolução da arbitragem no Brasil e em outras regiões do mundo, como Ásia e África, além das já tradicionais regiões da Europa e América do Norte, será comum o aumento da discussão do tema da corrupção nos procedimentos arbitrais.

O tema é extremamente complexo e sua compreensão depende da análise uma plêiade de aspectos que não cabem nestas breves notas.

De toda a sorte, já se pode concluir que, nas arbitragens comerciais, a constatação de corrupção não prejudicará a jurisdição do tribunal arbitral em razão do princípio da separabilidade, também firmemente assente na nossa lei e nas decisões pátrias. Caberá ao tribunal arbitral, no caso a caso, avaliar se a prova do vício de vontade atinge só o contrato principal ou também se atinge a validade da cláusula compromissória. Se não atingir, terá o árbitro a plena jurisdição para exercer seu mister e julgar o caso.

É importante destacar as ponderações da corte inglesa de que o árbitro não está menos apto a julgar questões de validade do que quaisquer outras a ele submetidas.

Aliás, fica aqui uma última reflexão. No processo judicial brasileiro, não se pode eliminar a possibilidade de partes de má-fé usarem o próprio procedimento judicial estatal para validar atos fraudulentos. Basta que o autor ingresse com uma ação ordinária com pleito condenatório e o réu, mancomunado, depois de devidamente citado, deixe de apresentar contestação. O Código de Processo Civil determinará a aplicação dos efeitos da revelia,

16 P. 373 da sentença arbitral. Tradução livre: “Isso significa que a disputa não cumpre o requisito de consentimento previsto no Artigo 25 (1) da Convenção do ICSID. Nesse sentido, ausente consentimento pelo Estado sede com base no BIT e na Convenção ICSID, este Tribunal não tem jurisdição sobre a disputa”.

nos termos do seu artigo 345, e os fatos deduzidos pelo autor presumir-se-ão verdadeiros, com as exceções previstas no artigo 346 do mesmo diploma legal. Com uma manobra destas, é possível que o autor consiga uma sentença judicial favorável confirmando um crédito contra o réu, ainda que sem base (nas hipóteses de contratos para pagamento de propinas e em que nenhum serviço foi efetivamente prestado ou produto entregue).

Na arbitragem, não há previsão dos efeitos da revelia da mesma forma que há no processo civil, pelo que o autor ainda poderá ter que provar os fatos constitutivos do direito que pleiteia. A lei de arbitragem dispõe, no parágrafo 3º do artigo 22, que “a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral”. A revelia não poderá ser usada como argumento para que prejudicar o desenrolar do procedimento arbitral, mas não é suficiente para o julgamento em favor do requerente. Ou seja, não só o árbitro tem jurisdição para decidir sobre a validade do contrato principal ainda que a alegação decorra de atos de corrupção, como é razoável supor que não será nada fácil as partes tentarem ludibriá-lo num procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS

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/.

ICC. *ICC Rules on Combating Corruption*. 2003. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-rules-on-combating-corruption/>.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. *Corruption Perceptions Index 2023*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2023>>. ICC Case No. 1110, Award of 1963, YCA 1996.

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN ARBITRATION WITH THE
PUBLIC ADMINISTRATION*

Adriana Noemi Pucci¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Prática dos Entes Federados Quanto À Publicidade da Arbitragem. 2. Arbitragem Institucional no Brasil e o Princípio da Publicidade. 3. Experiências Internacionais. A Transparência nas Arbitragens Investidor-Estado. Conclusão. Referências.

1 Doutora em Direito Económico e Financeiro e Mestre em Integração da América Latina pela USP. Advogada em São Paulo. Árbitra. Fundadora do CEAAP (Centro de Estudos da Arbitragem com a Administração Pública).

RESUMO: O presente artigo visa analisar o sentido e a extensão do princípio da publicidade aplicável às arbitragens com a participação da administração pública brasileira. Constatando que, mesmo após a reforma da Lei de Arbitragem, ainda não se verificam critérios legais uniformes quanto à definição da forma pela qual deverá ser dada publicidade aos atos do procedimento arbitral, ou mesmo quanto à definição de quais atos seriam passíveis de publicação, este capítulo explora as soluções construídas pelos entes federados pátrios e por algumas das principais instituições que administram procedimentos arbitrais no Brasil, cotejando-as com as experiências internacionais relativas à crescente demanda por transparência nas arbitragens entre investidores estrangeiros e Estados soberanos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Publicidade. Arbitragem. Administração Pública.

ABSTRACT: This article aims to analyse the meaning and extent of the principle of publicity applicable to arbitrations when the Brazilian State or its state-owned entities are one of the parties. Noting that, even after the reform of the Brazilian Arbitration Act, there are still no uniform legal criteria regarding the definition of the way in which the acts of the arbitration proceedings should be publicized, or even regarding the definition of which acts would be subject to publication, this article explores the solutions constructed by different branches of the Brazilian State and by some of the main institutions that administer arbitration proceedings in Brazil, comparing them with international experiences regarding the growing demand for transparency in arbitrations between foreign investors and sovereign States.

KEYWORDS: Principle of Publicity. Arbitration. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Desenvolvendo-se intensamente no âmbito das controvérsias empresariais, que envolvem, em sua maioria, direitos e interesses de natureza privada, a arbitragem caminhou por muito tempo junto à noção de que os seus procedimentos seriam abrangidos por um dever de confidencialidade, atributo frequentemente apontado como um dos maiores atrativos da sua escolha pelas partes (Miles; Goh, 2021).

Em sentido genérico, a confidencialidade da arbitragem significa que todas as informações relativas ao procedimento arbitral são reservadas aos seus participantes, proibindo-se a divulgação de aspectos como a própria existência da disputa, o valor da causa, as manifestações das partes, os documentos apresentados ao tribunal arbitral, as provas produzidas e as decisões proferidas pelos árbitros.

Até o final da década de 1980, pouco se questionava sobre a existência de um dever geral de confidencialidade na arbitragem. Até então, a percepção geral era de que a natureza privada da arbitragem imprimia sobre os seus participantes uma obrigação implícita de manter a confidencialidade do procedimento, sem maiores digressões quanto aos fundamentos jurídicos ou ao escopo dessa obrigação (Smeureano, 2011, p. 1).

Tal concepção, entretanto, foi substancialmente desconstruída em meio aos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência e da extensão do dever de confidencialidade na arbitragem.

A partir do julgamento do caso *Esso v. Plowman* (Austrália, 1995), pela Suprema Corte da Austrália, em 1995, ganhou força a compreensão de que a confidencialidade não seria um atributo essencial da arbitragem, devendo-se distinguir dois importantes conceitos: (i) a confidencialidade, que estabelece para os participantes da arbitragem um dever de sigilo quanto às informações obtidas ou conhecidas em virtude do procedimento, podendo incluir a própria existência da disputa; e (ii) a privacidade, que se refere à restrição do acesso de terceiros – que não as partes, o tribunal arbitral, depoentes, testemunhas e aqueles adstritos à administração do procedimento - às audiências arbitrais.

Na visão da Corte da Austrália, que se coaduna com a jurisprudência dos tribunais estadunidenses e suecos (Smeureano, 2011, p. 17), o dever de confidencialidade – dada a sua maior abrangência em relação à privacidade – somente poderia surgir em função de um acordo expresso entre as partes.

Se as partes quisessem assegurar a confidencialidade dos materiais preparados para ou utilizados na arbitragem, bem como das transcrições e das notas de evidência apresentadas, elas poderiam inserir uma provisão para tanto em sua convenção de arbitragem. Importante dizer que tal

provisão somente obrigaria as partes e o árbitro, mas não outros [...] (Austrália, 1995, parágrafo 29, tradução livre).

A doutrina, em complemento, aponta que as partes também podem convencionar a confidencialidade por meio da escolha de regras institucionais de arbitragem que contenham cláusulas expressas nesse sentido. Além disso, compreende-se que caso um determinado contrato principal contenha uma cláusula geral de confidencialidade, essa disposição se estenderia aos procedimentos arbitrais que a ele digam respeito (Smeureano, 2011, p. 9 e 10).

No Brasil, a redação original do diploma normativo que regulamenta a arbitragem (Lei nº 9.307/1996) não trouxe qualquer disposição que estabelecesse deveres de confidencialidade ou de sigilo às partes disputantes. Para os árbitros, entretanto, a Lei de Arbitragem de 1996 positivou o dever de discrição, nos termos do art. 13, § 6^o.

Ao amparo do artigo 21 Lei nº 9.307/1996³, a confidencialidade da arbitragem no Brasil decorre da escolha de regras institucionais de arbitragem que contenham cláusulas expressas nesse sentido. Uma vez que a vasta maioria das instituições que administram procedimentos arbitrais estabelecem a confidencialidade como uma das regras procedimentais aplicáveis à arbitragem conduzida sob os seus auspícios, permite-se às partes que, por convenção expressa em favor de determinada instituição, atraiam para a resolução de suas disputas o atributo da confidencialidade.

No tocante à arbitragem com a Administração Pública, entretanto, com a promulgação da Lei nº 13.129/2015, introduziu-se na Lei de Arbitragem um dispositivo que estabelece, expressamente, a imposição de respeito ao princípio publicidade nas arbitragens em que o Poder Público é parte⁴.

O princípio da publicidade, consagrado pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁵, guarda relação direta com o princípio democrático, estando ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado (Mendes; Branco, 2023, p. 470).

Nesse sentido, o princípio da publicidade exige que os atos do Estado sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que

2 “Art. 13. [...] § 6º. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. (Brasil, 1996).

3 “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento” (Brasil, 1996).

4 “Art. 2º. § 3º. **A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade**” [grifo nosso]. (Brasil, 1996.)

5 “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: [...]” (Brasil, 1988).

se justifique o sigilo. Quanto às finalidades do aludido princípio, discorre Marçal Justen Filho:

A publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas. (Justen Filho, 2023, p. 72).

A nova redação da Lei de Arbitragem, entretanto, não especificou qual seria a amplitude da publicidade no âmbito dos procedimentos arbitrais com a participação do Poder Público. Nem mesmo o advento de novos diplomas normativos, que sedimentaram a compatibilidade da utilização da arbitragem com o regime jurídico administrativo, a exemplo da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, foi capaz de fornecer respostas mais precisas quanto ao sentido e à extensão do dever de publicidade aplicável às arbitragens com o Poder Público (Brasil, 2021).

Por ocasião da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios organizada pelo Conselho da Justiça Federal, incipientemente endereçando-se à lacuna apontada, aprovou-se o Enunciado n. 4, segundo o qual caberia à Administração Pública promover a publicidade na arbitragem observando o disposto na Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI), sem prejuízo à mitigação da publicidade nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro⁶.

Conforme o art. 3º da Lei de Acesso à Informação, que estabelece as diretrizes para a execução dos procedimentos previstos no diploma normativo, é imperioso o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; e o desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

Ademais, o art. 10 da LAI estabelece a possibilidade de que o Poder Público receba pedidos de acesso a informações, regulamentando-o de modo que o pedido deverá conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. A publicidade estabelecida pela LAI, entretanto, é

6 “Enunciado n. 4. Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, observado o disposto na Lei nº 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”. (CJF, 2016).

excepcionada nos termos de seu art. 22, que expressamente prevê a imposição do sigilo legal, do segredo de justiça e dos segredos industriais decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público (Brasil, 2011).

Identificando que as disposições da LAI são insuficientes para a definição compreensiva do sentido e da extensão da publicidade quando é parte a Administração Pública, este artigo se propõe a investigar o escopo do princípio da publicidade nas arbitragens com o Poder Público à luz da realidade praticada nos diversos entes federados brasileiros, cotejando-a com os regulamentos de algumas das principais instituições arbitrais que atuam no País e com experiências internacionais relativas à transparência na arbitragem investidor-Estado.

1. A PRÁTICA DOS ENTES FEDERADOS QUANTO À PUBLICIDADE DA ARBITRAGEM

À falta de uma definição precisa, na Lei de Arbitragem, acerca do escopo do princípio constitucional da publicidade no âmbito das arbitragens com a Administração Pública, coube aos entes federados brasileiros a tarefa de disciplinar, em suas respectivas esferas, a extensão e a forma mediante a qual se disponibilizariam informações sobre os procedimentos em que participam.

Nos termos da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União⁷. Para racionalizar o assessoramento jurídico e a representação da administração direta da União em procedimentos arbitrais, o Advogado-Geral da União editou, em 13 de junho de 2019, a Portaria AGU nº 320, que instituiu o NEA - Núcleo Especializado em Arbitragem – (AGU, 2019). Uma das competências do NEA, expressamente prevista no art. 2º do ato normativo acima, é a de “sistematizar e dar publicidade às informações relativas a arbitragens envolvendo a União”.

Em seu portal na rede mundial de computadores⁸, o NEA publica a planilha de Arbitragens da União, documento que contém dados sobre todos os procedimentos arbitrais ativos ou encerrados em que a União é ou foi

7 “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. (Brasil, 1988).

8 O site do NEA pode ser encontrado na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/nea>. Acesso em: 28 jan. 2024.

parte⁹. Na planilha, informa-se o número do procedimento e a câmara de arbitragem em que tramita ou tramitou, o setor da controvérsia – energia, infraestrutura, societário, entre outros -, o valor em discussão, o nome dos árbitros que compõem os tribunais arbitrais, a identificação das partes, a fase processual em que se encontra a respectiva arbitragem, bem como um resumo das principais ocorrências de cada um dos procedimentos. Nesse mesmo portal, também se encontra uma planilha referente às câmaras de arbitragem credenciadas junto à instituição¹⁰.

Além das planilhas, o NEA dá publicidade às estatísticas de sua atuação e a todos os termos de arbitragem, atas de missão, decisões interlocutórias e sentenças arbitrais parciais e finais concernentes aos procedimentos arbitrais da União.

As autarquias e fundações públicas federais, entretanto, são representadas judicial e extrajudicialmente pela Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei nº 10.480/2002¹¹. Nesse sentido, coube à PGF a elaboração de mecanismos para sistematizar a atuação de seus quadros em procedimentos arbitrais, inclusive quanto à efetivação do princípio da publicidade.

Em 14 de março de 2022, o Procurador-Geral Federal editou a Portaria Normativa nº 15/PGF/AGU, instituindo a Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria-Geral Federal – ENARB -, que tem como um de seus objetivos “promover e difundir o conhecimento e boas práticas sobre resolução extrajudicial de disputas no âmbito da Procuradoria-Geral Federal” (PGF/AGU, 2022).

No *website* da ENARB¹², publicam-se informações referentes a todos os casos em andamento com a participação de autarquias e fundações federais, inclusive aqueles em que a ENARB não exerce a representação da entidade federal. Entre elas, encontram-se o número do procedimento e a câmara de arbitragem, a identificação das Partes, o valor em disputa, as atas

9 A Planilha de Arbitragens da União pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20240115-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

10 A Planilha de Câmaras Credenciadas pela AGU pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20230911-planilha-de-camaras-credenciadas.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

11 “Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.” (Brasil, 2002).

12 O *site* da ENARB pode ser encontrado na seguinte URL: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb>. Acesso em: 28 jan. 2024.

de missão, os termos de arbitragem, as decisões cautelares e as sentenças parciais proferidas.

O portal compila, também, todas as sentenças arbitrais definitivas prolatadas em arbitragens com autarquias e fundações públicas federais, também incluindo os casos em que a ENARB não exerceu a representação da entidade.

Ademais, na seção de seu sítio eletrônico intitulada “*dúvidas frequentes*”, a ENARB esclarece que é possível obter acesso a outros documentos das arbitragens citadas no portal, com fundamento no princípio da publicidade expresso no artigo 2º, § 3º da Lei de Arbitragem, mediante solicitação que deve ser feita à autarquia ou fundação pública federal envolvida no procedimento em questão. Informações e documentos considerados sensíveis e abrangidos por algum tipo de sigilo legal, entretanto, não poderão ser compartilhados, conforme a ressalva feita pelo art. 22 da Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação¹³.

No âmbito dos Estados, verifica-se que muitos já possuem atos normativos próprios disciplinando a utilização da arbitragem em suas respectivas esferas, comumente sob a forma de Decretos editados pelo chefe do poder executivo em questão, no exercício de suas atribuições de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração pública estadual.

Quanto à publicidade na arbitragem com o Poder Público, nota-se que os atos normativos publicados por algumas unidades federativas optaram somente por fazer referência à sistemática constante da Lei nº 9.307/1996, com as alterações da Lei nº 13.129/2015, e por estabelecer que a arbitragem deverá respeitar os princípios que regem a Administração Pública, sem maiores considerações quanto à aplicação prática da publicidade¹⁴.

Estados como Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Goiás, por outro lado, possuem normas específicas quanto à amplitude do princípio da publicidade aplicado aos procedimentos arbitrais em que participam seus órgãos e/ou entidades da administração indireta.

O Estado do Rio de Janeiro, publicou em 19 de fevereiro de 2018, o Decreto nº 46.245, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir conflitos que envolvam o Estado ou suas entidades (Rio de Janeiro (Estado), 2018). O art. 13 do Decreto, integralmente dedicado à temática da publicidade, estabelece que os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial

13 “Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses 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”. (Brasil, 2011).

14 A título de exemplo, mencionam-se as seguintes: Lei nº 19.477/2011 (MG); Lei nº 15.627/2015 (PE); e Lei nº 10.885/2018 (ES).

decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

Adiante, no parágrafo 1º do artigo acima, especifica-se que para fins de atendimento ao dever de publicidade, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza.

Não por coincidência, a audiência arbitral não constou no rol de atos do processo arbitral para fins de publicidade. Conforme o parágrafo 2º do art. 13, a audiência arbitral deve respeitar o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, aos secretários do tribunal arbitral, às partes, aos respectivos procuradores, às testemunhas, aos assistentes técnicos, aos peritos, aos funcionários da instituição de arbitragem e às demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.

Quanto à forma de publicação dos atos do procedimento arbitral, interessante apontar que, nos termos do Decreto nº 46.245/2018, os atos do procedimento arbitral só serão disponibilizados mediante requerimento de eventual interessado à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ).

Além disso, o Decreto fluminense estabelece que 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 na controvérsia. Ainda nos termos do Decreto nº 46.245/2018, compete ao tribunal arbitral a decisão de pedidos formulados por quaisquer das partes quanto ao sigilo de documentos ou de informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Em São Paulo, também dispendo sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a participa a administração pública estadual – direta e autárquica –, publicou-se em 31 de julho de 2019 o Decreto nº 64.356, que reserva uma seção para tratar do dever de publicidade (São Paulo (Estado), 2019).

Em seus termos, os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. Como atos do procedimento arbitral, para fins de publicação, consideram-se as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros.

Novamente, destaca-se o fato de que as audiências arbitrais não constam entre os atos passíveis de divulgação em respeito ao princípio da publicidade. Conforme o art. 12, § 3º do Decreto paulistano, embora não haja menção à aplicabilidade do princípio da privacidade, tem-se que as

audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, aos secretários do Tribunal Arbitral, às partes, aos respectivos procuradores, às testemunhas, aos assistentes técnicos, aos peritos, aos funcionários da câmara arbitral e às pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

A principal diferença entre as normas estabelecidas pelo Palácio dos Bandeirantes e aquelas constantes do Decreto nº 46.245/2018 (RJ) diz respeito à forma de publicação dos atos do procedimento arbitral: enquanto no Rio de Janeiro a publicação depende de requerimento de eventual interessado, o ato normativo paulista estabelece que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores¹⁵, independentemente de qualquer requerimento.

Por meio da publicação dos Decretos nº 9.929/2021 (Goiás, 2021) e nº 2.241/2022 (Santa Catarina, 2022), as administrações estaduais de Goiás e de Santa Catarina resolveram adotar a posição do Estado de São Paulo quanto à publicidade nas arbitragens com a participação de seus órgãos ou entidades, definindo que a divulgação das informações não depende de requerimento de eventual interessado.

Conforme o Decreto nº 9.292/2021 do Estado de Goiás, compete às câmaras arbitrais assegurar a publicidade dos atos do procedimento arbitral, sob pena de descredenciamento, enquanto o Decreto nº 2.241/2022 do Estado de Santa Catarina estabelece que a Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na internet.

Ademais, ambos os atos normativos estabelecem que as audiências poderão ser reservadas e que são atos do procedimento arbitral passíveis de publicação as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros.

2. ARBITRAGEM INSTITUCIONAL NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Ante a imposição legal de respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública, as câmaras de arbitragem que atuam no País tiveram que adaptar-se ao novo paradigma, adotando normas e procedimentos próprios para conferir transparência e publicidade aos procedimentos com a participação do Poder Público.

De acordo com levantamento realizado pela Prof^a. Selma Lemes, referente ao ano de 2022 (Lemes, 2023), as três instituições que administravam o maior número de procedimentos arbitrais em andamento no Brasil eram, respectivamente, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio

15 A publicação dos atos pode ser encontrada na seguinte URL. https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/. Acesso em: 25 jan. 2024.

Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e a Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo-CIESP/FIESP (Câmara CIESP/FIESP).

Importa analisar, portanto, o regramento dado por essas instituições ao princípio da publicidade aplicável aos procedimentos com a participação do Poder Público e de suas entidades.

No âmbito do CAM-CCBC, a publicidade em procedimentos que envolvem a Administração Pública direta é disciplinada pela Resolução Administrativa nº 15/2016 (CAM-CCBC, 2016). Em suas disposições, a norma estabelece que as partes, no termo de arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados, bem como sobre a forma de divulgação, devendo-se respeitar o sigilo protegido por lei e relativo a segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Quanto às audiências do procedimento arbitral, observado o disposto pelas partes no termo de arbitragem, a Resolução do CAM-CCBC estabelece que essas serão reservadas às partes e procuradores.

Ademais, a RA/2016 atribui ao tribunal arbitral a competência para decidir sobre os pedidos formulados por qualquer das partes quanto ao sigilo de documentos ou informações protegidas por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Não obstante, a Resolução Administrativa do CAM-CCBC institui que o Centro poderá informar terceiros sobre a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no *site* da instituição. Documentos e demais informações a respeito dos procedimentos, entretanto, não serão fornecidos pela instituição arbitral, que expressamente atribui à parte que integra a Administração Pública direta a responsabilidade de fornecer – consoante a legislação que lhe é aplicável - informações complementares e documentos relativos à arbitragem, observados os limites legais e as disposições do termo de arbitragem.

A Câmara CIESP/FIESP, por sua vez, regulamenta o princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública através de sua Resolução nº 9/2021 (Câmara Ciesp/Fiesp, 2021). Conforme o diploma normativo, a Secretaria da Câmara divulgará as seguintes informações em seu *sítio eletrônico*: a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de instauração da arbitragem, o nome das partes e o número do procedimento¹⁶.

16 A publicação dessas informações pode ser encontrada na seguinte URL: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/arbitragens-administracao-publica.html>. Acesso em: 24 jan. 2024.

Informações adicionais, nos termos da Resolução nº 9/2021, somente serão prestadas a terceiros interessados mediante consulta às partes e ao tribunal arbitral, observando os ditames legais. Além disso, o documento estabelece que a Câmara CIESP/FIESP fica autorizada pelas partes e pelos árbitros a divulgar a sentença arbitral em seu *site*, em suas publicações e em seus materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

Na hipótese de haver um requerimento de acesso a atos e conteúdo de procedimento arbitral que envolva a Administração Pública num momento em que o processo já tenha sido encerrado ou que ainda não tenha sido instalado o tribunal arbitral, a decisão caberá ao Presidente da Câmara CIESP/FIESP.

Por fim, a Resolução nº 9/2021 estabelece que a sua vigência é imediata, ressalvando-se as peculiaridades convencionadas pelas partes no caso concreto.

A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) instalou-se no Brasil no ano de 2017. Com vistas à adequação de seus procedimentos ao ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange ao princípio da publicidade das arbitragens com a participação do Poder Público, a CCI publicou em 13 de novembro de 2023 a Nota Sobre o Funcionamento do Escritório Brasileiro do Secretariado da Corte¹⁷ (CCI, 2023), cujo capítulo VIII estabelece as condições em que se exercerá o dever de publicidade no âmbito da instituição.

Consoante a Nota, a CCI poderá publicar conteúdos acerca da resolução de disputas com a participação dos entes federativos brasileiros e de suas entidades, nos seguintes termos. Somente serão publicados os casos que, cumulativamente, envolvam a Administração Pública brasileira e sejam administrados pelo Escritório da Secretaria da Corte da CCI em São Paulo (SCIAB), desde o seu estabelecimento em 18 de outubro de 2017.

Adiante, a Nota estabelece que a publicidade abrangerá somente as submissões principais das partes – sem incluir os anexos –, os termos de arbitragem, as ordens processuais e as sentenças arbitrais referentes aos procedimentos com a participação do Poder Público. Não serão divulgados quaisquer atos, submissões e documentos que sejam sigilosos por lei ou por determinação do tribunal arbitral.

Fazendo referência ao art. 8º do Apêndice I do Regulamento de Arbitragem da CCI, a Nota esclarece que são confidenciais os documentos submetidos à Corte e aqueles elaborados por ela ou pela Secretaria, de modo que não serão publicados. A Secretaria reservou-se também o direito de, discricionariamente, anonimizar dados pessoais incluídos nos documentos

17 Tradução livre do original, em inglês: *Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court. (CCI. Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court, de 13 de novembro de 2023).*

que serão alvo de publicação até o ponto em que se faça necessário para cumprir com as normas de proteção de dados aplicáveis.

Por fim, a Nota estabelece que, em todos os casos, as audiências arbitrais serão privadas, conduzidas somente com a presença das partes e de seus representantes, dos árbitros, das testemunhas, dos peritos e assistentes técnicos, de tradutores, empregados da Secretaria, do Centro de Audiências, ou quaisquer pessoas autorizadas pelo tribunal arbitral.

A publicação dos documentos pela CCI é feita por meio de sua Biblioteca de Resolução de Disputas, publicada na rede mundial de computadores em parceria com o *website* Jus Mundi¹⁸.

3. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS: A TRANSPARÊNCIA NAS ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO

Analizadas as normas e práticas que determinam o sentido e a extensão do princípio da publicidade no contexto da arbitragem com a Administração Pública no Brasil, interessa cotejá-las com algumas experiências internacionais concernentes à crescente demanda por transparência na arbitragem público-privada.

Diante do flagrante interesse público envolvido em suas controvérsias, a questão da transparência foi alvo de intenso debate no âmbito das arbitragens de investimentos, que contrapõem investidores estrangeiros e Estados soberanos, receptores do investimento.

Nas arbitragens de investimentos, muitos são os casos em que a disputa entre o particular e o Estado envolve matérias sensíveis à coletividade, como a saúde pública, o meio ambiente, a ocorrência de crises econômicas, de alegações de corrupção contra gestores públicos, ou até mesmo a própria prestação e a continuidade de serviços públicos ou de utilidade pública, que podem ser mantidos por investimentos estrangeiros (Foden; Repousis, 2019). Não obstante, na adversa eventualidade de uma condenação, a simples participação do Estado na arbitragem pode representar vultosas contingências sobre o erário.

Nesse sentido, diversas críticas foram direcionadas à legitimidade da arbitragem de investimentos, especialmente por se considerar que a falta de transparência seria incompatível com o regime jurídico de direito público e com os princípios democráticos.

Ante à escalada dos debates, o dever de transparência passou a figurar entre as prioridades das instituições responsáveis pela administração das arbitragens de investimentos, bem como de organizações intergovernamentais

18 A *ICC Dispute Resolution Library* é publicada na seguinte URL: <https://jusmundi.com/en/icc-dispute-resolution-library>. Acesso em: 25 jan. 2024.

e dos próprios Estados. Esse movimento, em 2014, levou à criação das Regras da UNCITRAL sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado (UNCITRAL, 2014), que estabelecem uma presunção de abertura sobre as arbitragens de investimentos e procuram equilibrar o interesse público em favor da publicidade com o postulado da eficiência do procedimento arbitral (Miles; Goh, 2021).

Conforme as Regras da UNCITRAL, deve ser dada publicidade a documentos e informações como o requerimento de arbitragem, o nome das partes disputantes, o setor econômico da disputa, o tratado do qual originou-se a controvérsia e as submissões escritas. Ressalvou-se, entretanto, a discricionariedade do tribunal arbitral para estabelecer situações excepcionais à transparência, como a proteção de segredos comerciais e de interesses estratégicos dos Estados. Além disso, o diploma estende a publicidade até mesmo às audiências arbitrais, que serão realizadas em privacidade quando se impuser a proteção de informações sigilosas ou da integridade do procedimento (UNCITRAL, 2014).

Ainda em 2014, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado, também conhecida como a Convenção das Maurícias, que teve como objetivo a ampliação do escopo de incidência das Regras da UNCITRAL – inicialmente aplicáveis somente para tratados de investimento anteriores a 1º de abril de 2014 – para abranger também os tratados concluídos anteriormente a essa data, suplementando-os quanto ao dever de transparência aplicável à resolução de disputas por arbitragem (Nações Unidas, 2017).

Relevantes lições acerca do sentido e da extensão aplicáveis ao dever de transparência que surgia no âmbito das arbitragens de investimentos podem ser encontradas, também, por meio da análise de decisões paradigmáticas proferidas sob a égide do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos, o ICSID¹⁹.

No caso *Bivater v. Tanzania* (ICSID, 2006), o tribunal arbitral foi instado a se pronunciar quanto ao aparente conflito entre o dever de transparência e a necessidade de proteger a integridade procedimental da arbitragem. Em sua decisão, prolatada em setembro de 2006, constou que nenhuma das partes pode ser impedida de promover discussões públicas sobre as questões de interesse público discutidas na arbitragem, desde que a publicidade se atenha à divulgação de informações pertinentes e não seja utilizada como um instrumento para escalar o antagonismo entre as partes, exacerbando as suas diferenças ou pressionando injustamente uma em detrimento da outra.

Em janeiro de 2010, também decidindo sobre a extensão da transparência em arbitragem investidor-Estado, o tribunal arbitral formado

19 Sigla em inglês para “*International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, tradução livre.

para conhecer do caso *Abaclat v. Argentina* (ICSID, 2010) reafirmou a conclusão obtida no caso *Bivater v. Tanzânia* quanto à ampla possibilidade de discussões públicas sobre as controvérsias submetidas à arbitragem. Ademais, não se verificaram quaisquer empecilhos para a divulgação da futura sentença arbitral e dos demais atos do tribunal arbitral dotados de conteúdo decisório, considerando-se que esses documentos fariam uma análise neutra da disputa e que levariam em consideração as alegações e posições de ambas as partes.

Quanto às audiências arbitrais, entretanto, o tribunal arbitral considerou que a publicação de minutas ou gravações de seu teor, especialmente se parciais ou descontextualizadas, poderiam levar a um grande risco de danificar ainda mais a relação entre as partes, sujeitando-as ao escrutínio público de maneira a pressioná-las indevidamente ou até mesmo de influenciar a atitude dos sujeitos processuais, comprometendo a integridade da arbitragem e a própria eficiência das audiências. Nesses termos, em consonância com o princípio da privacidade, decidiu-se que gravações ou minutas das audiências arbitrais não poderiam ser divulgadas, salvo com o consentimento das partes ou sob determinação do tribunal arbitral.

Para além dos precedentes de seus tribunais arbitrais, em 2022, o próprio ICSID resolveu consagrar a presunção de transparência nas arbitragens de investimentos por meio da reformulação de suas Regras de Arbitragem (ICSID, 2022).

Na nova versão do regulamento, incluiu-se um novo capítulo, integralmente dedicado à disciplina da publicidade, segundo o qual o ICSID poderá, com o consentimento das partes, publicar todas as sentenças arbitrais, decisões integrativas das sentenças, retificações, interpretações e revisões de sentenças arbitrais, bem como decisões sobre a sua anulação²⁰. Esse consentimento, entretanto, é pressuposto pelas novas regras do ICSID, só podendo ser elidido por manifestação escrita em até 60 (sessenta) dias após a prolação da decisão²¹. Ainda que uma das partes expresse sua falta de consentimento, entretanto, o ICSID, após ouvir as partes, divulgará fragmentos das sentenças arbitrais prolatadas sob os seus auspícios²².

Quanto aos documentos juntados ao procedimento, as novas regras do ICSID estabelecem que, com o consentimento das partes, o Centro publicará todas as submissões escritas e os anexos apresentados pelas partes, exceto os trechos apontados pelas partes e conjuntamente notificados ao Secretário-Geral da instituição²³.

20 Art. 62(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

21 Art. 62(3). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

22 Art. 62(4). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

23 Art. 64(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

As audiências, por sua vez, foram disciplinadas de modo que o tribunal arbitral poderá permitir que pessoas alheias às partes, às testemunhas, aos peritos e aos assistentes do tribunal estejam presentes na ocasião, exceto se alguma das partes apresentar objeção²⁴.

CONCLUSÃO

Passados quase nove anos desde a promulgação da Lei nº 13.129/2015, diploma que positivou a imposição de respeito ao princípio da publicidade no âmbito da arbitragem com a Administração Pública, ainda não se verificam normas ou práticas uniformes quanto à amplitude do aludido princípio. No silêncio da Lei de Arbitragem, coube aos entes federados e às instituições arbitrais a criação de normas próprias para a divulgação dos atos do procedimento arbitral, aplicáveis em suas respectivas esferas.

Não obstante, é possível identificar o surgimento de algumas tendências no que tange à publicidade dos procedimentos arbitrais com a participação do Poder Público e de suas entidades. Nesse sentido, destacam-se (i) a ampla divulgação dos atos do procedimento arbitral, assim compreendidos as petições, os laudos periciais, os termos de arbitragem ou instrumentos congêneres e as decisões dos árbitros, inclusive a sentença arbitral; e (ii) a aplicação do princípio da privacidade às audiências arbitrais, reservando-as somente às partes, aos seus procuradores, aos árbitros e demais pessoas essenciais à administração do procedimento.

Demonstra-se louvável a iniciativa da União Federal e de alguns Estados no sentido de dar publicidade aos atos do procedimento arbitral independentemente de requerimento por parte de interessado, fazendo-o espontaneamente através de portais eletrônicos administrados por seus órgãos da advocacia pública.

Quanto às restrições à publicidade das audiências, observadas a aceção do princípio da privacidade no contexto da arbitragem e as lições construídas pelos tribunais arbitrais do ICSID, percebe-se que as normas elaboradas pelos entes públicos pátrios estão em consonância com as melhores práticas observadas pela arbitragem internacional no sentido de sopesar-se o dever de transparência que deve incidir sobre a arbitragem com a necessidade de proteção da integridade dos procedimentos.

A privacidade das audiências não subverte o princípio da publicidade aplicável às arbitragens com a Administração Pública, tratando-se de importante atributo que garante a higidez do procedimento e a independência das partes, sem prejuízo à possibilidade de que o Estado e suas entidades

24 Art. 65(1). Regras de Arbitragem do ICSID, 2022.

promovam discussões públicas quanto ao mérito da controvérsia, utilizando-se, por exemplo, de consultas ou audiências públicas para tanto, em momento anterior ou posterior às audiências arbitrais.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Portaria nº 320, de 13 de junho de 2019*. Institui o Núcleo Especializado em Arbitragem. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/190613_portaria_agu_320_de_13_de_junho_de_2019_-_institui_o_nucleo_especializado_em_arbitragem_-_edi.pdf. Acesso em: 28 jan. 2024.

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *Esso Australia Resources Ltd. and others v. The Honourable Sidney James Plowman, The Minister for Energy and Minerals and others*. 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110480.htm#:~:text=LEI%20No%2010.480%2C%20DE%20%20DE%20JULHO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Quadro%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

CÂMARA CIESP/FIESP. *Resolução nº 9/2021*, de 04 de outubro de 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ/CBC. *Resolução Administrativa 15/2016*, de 20 de janeiro de 2016.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Note on the Functioning of the Brazilian Office of the Secretariat of the Court*, de 13 de novembro de 2023.

CINSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 2016.

FODEN, Timothy Foden; REPOUSIS, Odysseas G. *Giving away home field advantage: the misguided attack on confidentiality in international commercial arbitration*. in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press, Vol. 35, Issue 4, 2019. Volume 35 Issue 4), p.401-418.

GOIÁS. Decreto nº 9.929, de 24 de agosto de 2021. Dispõe sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a administração pública estadual seja parte. Goiânia, GO, 2021. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/104268/pdf#:~:text=Art.,23%20de%20setembro%20de%201996>. Acesso em: 28 jan. 2024.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Procedural Order Nº 3. ICSID Case No. ARB/05/22*. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania. 2006.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Procedural Order No. 3. (Confidentiality Order). ICSID Case No. ARB/07/5*. Abaclat and Others v. The Argentine Republic. 2010.

INTERNACIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Regras de Arbitragem do ICSID*. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LEMES, Selma (Coord.). *Arbitragem em Números: Pesquisa 2021/2022*. São Paulo: Canal Arbitragem, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MILES, Wendy; GOH, Nelson. *Transparency v Confidentiality: A Fork in the Road for Arbitration?* in Gourab Banerji, Promod Nair, et al. (eds), *International Arbitration and the Rule of Law: Essays in Honour of Fali Nariman*, Permanent Court of Arbitration. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre Transparência na Arbitragem Estado-Investidor Baseada em Tratado*, em vigor desde 18 de outubro de 2017.

PGF/AGU. *Portaria Normativa nº 15/PGF/AGU, de 14 de março de 2022*. Institui a Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria Geral Federal. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-n-15/pgf/agu-de-14-de-marco-de-2022-386621140>. Acesso em: 28 jan. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245/2018*. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro, RJ, 2018. Disponível em: https://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/mostra_edicao.php?session=VG5wQmVVNTZhekZSYTFGMFQwVmFSbEZwTURCT2VtTjZURlJuTIJGRjZUbWM5UFE9PQ==. Acesso em: 28 jan 2024.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. *Arbitragem e a Fazenda Pública*. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14545>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SANTA CATARINA. *Decreto nº 2.241, de 31 de outubro de 2022*. Regulamenta os arts. 21 e 22 da Lei nº 18.302, de 2021, a fim de dispor sobre a convenção de arbitragem e a previsão de cláusula de mediação. Florianópolis, SC. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2022/002241-005-0-2022-002.htm#:~:text=1%C2%BA%20Este%20Decreto%20disp%C3%B5e%20sobre,pelos%20%C3%B3rg%C3%A3os%20e%20pelas%20entidades>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SÃO PAULO (Estado). *Decreto nº 64.356/2019*. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo, SP, 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,e%20suas%20autarquias%20sejam%20parte>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SMEUREANO, Illeana M. *Chapter 1: Distinguishing Confidentiality from Privacy: A Possible Definition, in Confidentiality in International Commercial Arbitration*. International Arbitration Law Library, Vol. 22, Kluwer Law International, 2011.

UNCITRAL. *Regras da UNCITRAL sobre Transparência na Arbitragem Investidor-Estado Baseada em Tratado*. 2014.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A ANATOMIA DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS

ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: THE ANATOMY OF ARBITRATION CLAUSES

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral. 2. Momento de elaboração da cláusula compromissória. 3. Dissecando a cláusula compromissória. 3.1. A arbitrabilidade. 3.2. Critério de julgamento e direito aplicável. 3.3. A forma de instituição da arbitragem e a escolha da instituição arbitral. 3.4. Local da prolação da sentença arbitral. 3.5. Idioma da arbitragem. 3.6. Escolha dos árbitros. 3.7. Observância ao princípio da publicidade. 3.8. Alocação de custas e honorários. 3.9. Sentença arbitral e pagamento por precatório. Conclusão. Referências.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; Advogada da União, membro do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União.

RESUMO: A arbitragem experimentou importantes inovações nos últimos anos. A previsão do instituto na Lei 14.133/2021, mesmo que de forma facultativa, desafia os entes públicos e os advogados públicos. O presente artigo visa apontar, os itens vitais de uma cláusula compromissória, de forma a nortear a atuação dos entes públicos quando da eleição da jurisdição privada como meio adequado para resolução de conflitos. Optou-se por uma metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de cláusulas compromissórias adotadas por entes públicos, de diplomas legais e infralegais bem como de doutrina estrangeira. Por fim, conclui-se que, para o bom andamento de futura arbitragem e para adequação do instituto ao regime jurídico público, é fundamental o aperfeiçoamento da redação das cláusulas compromissórias.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Convenção de Arbitragem. Contratos Administrativos. Estruturação.

ABSTRACT: Arbitration has experienced important innovations in recent years. The institute's provision in Act 14,133/2021, even if optional, challenges public entities and public lawyers. This article aims to point out the vital items of an arbitration clause, in order to guide the actions of public entities when choosing private jurisdiction for resolving conflicts. A bibliographical research methodology was chosen, through the study of arbitration clauses adopted by public entities, legal and infra-legal diplomas as well as foreign doctrine. Finally, it is concluded that, for the smooth running of future arbitration and to adapt the institute to the public legal regime, it is essential to improve the wording of arbitration clauses.

KEYWORDS: Arbitration. Public administration. Arbitration Agreement. Administrative Contracts. Structure.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma realidade já amadurecida no cenário da resolução de controvérsias. Trata-se de um meio heterocompositivo de solução de litígios em que o árbitro, exercendo a jurisdição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida entre as partes, sem a intervenção estatal, decide o conflito de forma autônoma e definitiva, assumindo a mesma eficácia da sentença judicial (Carmona, 2009, p. 15).

O instituto foi regulamentado a partir da publicação da Lei 9.307/1996, que inovou na ordem jurídica interna, reconhecendo a eficácia da cláusula compromissória e dispensando de homologação estatal as sentenças arbitrais para obtenção da eficácia de título executivo. Posteriormente, a Lei de Arbitragem foi alterada, com a edição da Lei 13.129/2015, trazendo a autorização legal específica de admissibilidade do instituto nos conflitos com a Administração Pública direta e indireta. A ausência de expressa previsão legal inibiu, por muitos anos, a utilização da arbitragem como meio de resolução de controvérsias com o Poder Público, sobretudo nos contratos celebrados com base da Lei 8.666/1993².

No campo infralegal, foram editados normativos visando a regulamentação do uso da arbitragem para dirimir conflito relativos a direitos patrimoniais que envolvam a Administração Pública. Dentre os principais normativos, destacam-se o Decreto 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto 64.356/2019, do Estado de São Paulo, o Decreto Federal 10.025/2019, o Decreto 59.963/2020, do Município de São Paulo, o Decreto 9.929/2021, do Estado de Goiás, o Decreto 55.996/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 10.086/2022, do Estado do Paraná bem como o Decreto 2241/2022, do Estado de Santa Catarina.

Por sua vez, a recente Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) reafirma a tendência de se disponibilizar ao ente público um cardápio de meios variados de resolução de controvérsias (o sistema multiportas), aos quais se incluem a mediação, conciliação e, sobretudo, a arbitragem (art. 151) (Fortini; Stroppa, 2022, p. 457). A previsão em comento supre a ausência do comando legal genérico que permite a Administração Pública lançar mão da arbitragem inexistente na Lei 8.666/1993.

A faculdade da adoção da jurisdição privada aos contratos administrativos regidos pela Lei 14.133/2021 desafia os entes públicos e os advogados públicos. É certo que não serão todos os ajustes celebrados pela

2 Diversos diplomas legais setoriais previam expressamente a possibilidade da adoção do instituto em diversos setores estratégicos: art. 93, inciso XV da Lei 9.472/1997; art. 43, inciso X da Lei 9.478/1997; art. 35, inciso XVI e 39, inciso XI da Lei 10.233/2001; art. 4º, §§ 5º a 7º da Lei 10.848/2004; art. 11, inciso III da Lei 11.079/2004; art. 23-A da Lei 11.196/2005; e art. 44-A da Lei 12.462/2011.

Administração Pública vocacionados para arbitragem. Contudo, para aqueles que o sejam, é imprescindível que o ente público conheça minimamente a estrutura e o funcionamento da arbitragem e, sobretudo, a anatomia das cláusulas compromissórias.

É este o objeto do presente artigo: dissecar uma cláusula arbitral, apontando suas partes mais relevantes, de forma a nortear a atuação dos entes públicos quando da eleição da jurisdição privada como meio adequado para resolução de conflitos futuros.

1. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

O art. 3º da Lei 9.307/1996 faculta às partes interessadas “submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Convenção de arbitragem é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal (Guerrero, 2009). O princípio da autonomia das partes investe a um terceiro o exercício de uma jurisdição, a mesma jurisdição do juiz estatal, com a diferença que sua autoridade jurisdicional lhe é atribuída diretamente pelas partes envolvidas no conflito.

Ao celebrar a convenção de arbitragem, as partes obrigam-se mutuamente a submeter à solução pelo juízo arbitral determinados litígios presentes ou futuros, afastando a competência do juízo estatal para desses conhecer. Assim, a convenção arbitral é a base para o exercício da jurisdição (Estefam, 2017, p. 56).

No sistema brasileiro, a convenção de arbitragem, como se extrai do art. 3º da Lei 9.307/1996, é biparte, isto é, tem duas espécies: a cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e o compromisso arbitral (arts. 4º e 9º, respectivamente).

O compromisso arbitral é o ajuste através do qual as partes, bilateralmente, submetem um litígio preexistente ao juízo arbitral, cumpridos os requisitos previstos no art. 10 e 11 da Lei nº 9.307/1996. Já a cláusula compromissória é tipicamente inserida em negócios jurídicos celebrados entre as partes e, por isso, é caracterizada como a convenção de arbitragem anterior ao litígio. A cláusula arbitral é sempre encartada em determinado ajuste de vontade, de forma genérica ou específica, ficando latente até a ocorrência de eventual conflito a ser solucionado.

Sua autonomia em relação ao contrato em que estiver inserida é revelada pelo art. 8º da Lei 9.307/1996, “de tal sorte que a nulidade deste [do contrato]

não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. Isso significa que a alegação de vícios no contrato não atinge diretamente a cláusula arbitral, devendo tais questões – relativas aos supostos vícios – serem também submetidas à arbitragem.

A doutrina e a jurisprudência distinguem dois tipos de cláusulas compromissórias, quanto à sua completude: as cheias e as vazias. As cláusulas cheias são aquelas possuem as principais informações para a instauração válida da arbitragem. Dela constam a menção de que a arbitragem se realiza perante instituição arbitral, seguindo-se o seu regulamento, ou contém elementos para a nomeação dos árbitros e consequente instituição da arbitragem. Este tipo de cláusula é mencionado expressamente no art. 5º da Lei de Arbitragem.

Por sua vez, as cláusulas vazias contém apenas a previsão da solução da disputa pela via arbitral, sem especificar a forma como a arbitragem será instaurada; como será a nomeação do(s) árbitro(s); o regulamento ou direito aplicável; o local ou o idioma. Em resumo, a cláusula vazia é insuficiente para a instauração da arbitragem e, para tanto, dependerá da assinatura do compromisso arbitral.

Dado os condicionantes do regime de direito público a que está vinculada a Administração Pública, é primordial que as cláusulas compromissórias constantes dos contratos administrativos sejam cláusulas cheias, contendo regras suficientes para a instituição do juízo, o que evitará judicializações desnecessárias que eventualmente possam ocorrer quando a cláusula compromissória é vazia (mais notadamente, a ação judicial prevista no art. 7º da Lei 9.307/1996, para instauração de juízo arbitral).

2. MOMENTO DE ELABORAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Como já dito, os instrumentos que podem ser utilizados para escolher a arbitragem são a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. A principal diferença entre eles é momento no qual são redigidos: antes ou após o conflito. A cláusula compromissória está inserida em um contrato, antes da existência de quaisquer conflitos, e o compromisso é formalizado após o surgimento do conflito. Em ambos os casos, tem natureza jurídica de contrato de direito privado, mesmo quando celebrado pela Administração Pública.

As partes contratantes, no momento da celebração de um ajuste, quando optam por prever as regras que o regerão, podem, por meio da cláusula arbitral, deixar clara a vontade de que determinados litígios venham a ser solucionados por meio de arbitragem.

Nos contratos celebrados pela Administração Pública, a cláusula é redigida pelo ente público contratante, no momento da elaboração do edital de licitação e/ou termo de contrato, nos casos de dispensa ou

inexigibilidade. Em alguns casos, a confecção da cláusula pode contar com a participação do setor privado: durante a fase de consulta pública do instrumento convocatório ou em procedimentos específicos que visam discutir especificamente o conteúdo da cláusula. Após publicado o instrumento convocatório, caberá à parte privada somente anuir aos termos propostos pela cláusula arbitral.

Para além da previsão inserida no momento da elaboração do contrato, a cláusula compromissória pode ser, igualmente, incorporada aos contratos em vigência, por meio de aditamento, nos termos previstos pelo art. 153 da Lei 14.133/2021³. A iniciativa do aditamento poderá partir de pedido do contratado ou de ofício pela Administração Pública, sempre mediante concordância do particular⁴.

Independente do momento da formalização da convenção de arbitragem, a escolha deste mecanismo de solução de disputas deve, necessariamente, ser precedida de análise prévia e planejamento do gestor público, abrangendo os possíveis custos, riscos e ônus que serão assumidos no caso de surgir uma disputa.

O ente público deve avaliar igualmente a complexidade e as especificidades do caso, pois a arbitragem se adequa a uma análise aprofundada de questões extremamente controvertidas e técnicas, por árbitros com alta expertise na matéria. Portanto, é imprescindível que as possíveis disputas que possam derivar do contrato administrativo demandem decisões altamente técnicas e complexas.

Diante da análise do objeto do ajuste e das possíveis controvérsias que possam dele derivar, o administrador público terá elementos suficientes para motivar sua decisão de optar pela jurisdição arbitral em detrimento da jurisdição estatal⁵.

3. DISSECANDO A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – ELEMENTOS ESSENCIAIS DA CLÁUSULA ARBITRAL

3.1. A Arbitrabilidade

Arbitrabilidade é a faculdade de submeter uma disputa à arbitragem e a aptidão da disputa de ser objeto da arbitragem. É o limite do alcance dos poderes que o acordo entre as partes pode conferir aos árbitros, excluindo a jurisdição

3 Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

4 Para mais informações sobre a validade da estipulação da arbitragem por termo aditivo, veja em: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904.813-PR. Rel. Ministro Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJE 17.10.2012.

5 Importante registrar que “[a] cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal”. STJ, RESP 1.465.535-SP, Min. Relator Luis Felipe Salomão. DJ 26.06.2016.

estatal. O termo arbitrabilidade comporta diversas facetas, sendo principalmente duas, uma liga à *ratione personae*, a chamada arbitrabilidade subjetiva e outra referente à *ratione materiae*, a arbitrabilidade objetiva (Gonçalves, 2008. p. 2008).

Como já mencionado, a partir da reforma da Lei 9.307/1996, restou pacificada no ordenamento jurídico brasileiro a legalidade da adoção da arbitragem também nos contratos da Administração Pública direta ou indireta. A previsão do parágrafo 1º do art. 1º da Lei 9.307/1996 rechaçou quaisquer possíveis dúvidas existentes sobre a arbitrabilidade subjetiva dos entes e órgãos da administração direta ou indireta em qualquer nível da federação. O mesmo afirmar-se que a previsão constante do art. 151 da Lei 14.133/2021.

No entanto, nem toda matéria pode ser objeto de decisão pela via arbitragem. Relativamente à arbitrabilidade objetiva, o art. 1º da Lei n. 9.307/1996 define como sendo passíveis de submissão ao juízo arbitral os litígios que dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis. A válida formação da convenção de arbitragem e de seu desenvolvimento exige que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas as matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a direitos patrimoniais indisponíveis (Di Pietro, 2015).

A imprecisão da expressão direitos patrimoniais disponíveis possibilita, per se, as mais diversas interpretações. Atualmente, busca-se na redação das cláusulas compromissórias um certo grau de definição dos temas contratuais passíveis de arbitragem.

O ideal, portanto, é que a cláusula compromissória preveja a definição dos direitos patrimoniais disponíveis do contrato administrativo, por meio de um rol exemplificativo, como se extrai do parágrafo único do art. 151 da Lei 14.133/2021. Contudo, nada impede também que o ente público delimite o escopo da convenção de arbitral sob outro viés, elencando previamente as hipóteses contratuais as quais não estão sujeitas à arbitragem⁶.

3.2. Critério de julgamento e Direito aplicável

6 Redação neste sentido é adotada pela Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT, na minuta de Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-277/373/376/476 e PR-418/423/427 do Edital de Concessão n. 1/2023:

42.1.3 *Estarão sujeitas à arbitragem as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis nos termos da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, e da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.*

42.1.4 *Não serão submetidos ao ambiente de resolução de controvérsias:(i) questões relativas a direitos indisponíveis não transacionáveis;(ii) a natureza e a titularidade públicas do serviço concedido ou permitido;(iii) o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e(iv) o pedido de rescisão do contrato por parte da Concessionária.* Disponível em:<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-277-373-376-476-pr-e-pr-418-423-427/arquivos-para-download/edital-e-anexos/contrato-prana-lote-1/view> . Acesso em 13.08.2023.

A rigor, a partes contratantes podem escolher o critério de julgamento a ser observado no procedimento arbitral, por equidade⁷ ou de direito, como prevê o art. 2º da Lei 9.307/1996.

No que tange às arbitragens envolvendo a Administração Pública, não é admissível que as decisões tomadas em processos arbitrais sejam fundadas na equidade, consoante estabelece o § 3º do supracitado artigo. Tal vedação fundamenta-se na previsão do art. 37 da Constituição Federal, que obriga a Administração Pública a obedecer ao princípio da legalidade.

Não obstante, o dispositivo da Lei 9.307/1996 limitou-se a vedar aos entes públicos a adoção de arbitragem por equidade, impondo-lhe a arbitragem de direito, contudo, não estabeleceu qual o direito a ela aplicável. No mesmo sentido, a recente Lei Geral de Licitações, prevê, em seu art. 152, que “a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade”, não detalhando sobre quais regras de direito material será pautada a decisão arbitral.

Sobre o tema, diverge a doutrina. Para Felipe Estevam (2017, p. 158), caberá aos árbitros decidir “como base nas leis substantivas brasileiras, por força da indisponibilidade normativa quanto ao direito brasileiro e do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II; art. 84, IV; art. 78, caput e VII; e art. 37, caput da Constituição da República”⁸.

Doutro lado, há autores que interpretam o princípio da legalidade no sentido de que, a despeito da previsão de arbitragem de direito, não houve na Lei de Arbitragem a definição da lei material aplicável. Para esta corrente, é possível a possibilidade de aplicação do direito estrangeiro, pois “o princípio da legalidade exige, segundo nos parece, que a Administração Pública se submeta a uma regra de Direito Positivo, o que não significa que se trate de uma exclusividade em relação ao Direito Positivo brasileiro”(Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019, p. 583); ademais, ressaltam que a lei estrangeira pode ser mais favorável ao interesse público e atrair parceiros externos.

7 Selma Lemes explica que “a arbitragem por equidade é aquela em que o árbitro decide a controvérsia fora das regras de direito de acordo com seu real saber e entender. Poderá reduzir os efeitos da lei e decidir de acordo com seu critério de justo”. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri21.pdf. Acesso em 18.03.2021.

8 No mesmo sentido: MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 148/149; e YAMAMOTO, Ricardo. Arbitragem e Administração Pública: Uma Análise e as Cláusulas Compromissórias em Contratos Administrativos. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo -SP, 2018, p. 63.

Dada a falta de uniformidade nos entendimentos existentes, é fundamental que o ente público estabelece, no corpo da cláusula compromissória, a quais regras a futura arbitragem deve se submeter⁹.

Nos contratos entre entes públicos internacionais, é importante que as partes selecionem as regras de direito aplicáveis a eventuais litígios posteriores de forma clara e ponderada. Caso contrário, ao escolherem a *lex mercatoria* ou outras regras de direito internacional, os contratantes poderão inclusive conferir poder ao tribunal arbitral para resolver o litígio com base na equidade (*ex aequo et bono*). Deve-se tomar cuidado antes de se escolher tais opções. Apesar de serem apropriadas em certas situações (por exemplo, quando as partes não chegarem a um acordo sobre uma lei nacional), elas podem criar dificuldades em virtude da incerteza quanto ao seu conteúdo ou quanto ao impacto sobre o resultado¹⁰.

3.3. A forma de instituição da arbitragem e a escolha da instituição arbitral

A funcionalidade da cláusula compromissória fica evidente quando nela identifica-se a maneira pela qual a arbitragem deverá ser instaurada e processada. Assim, a definição da forma de instituição da arbitragem deve, preferencialmente, estar prevista de forma detalhada na cláusula arbitral, como dispõe o art. 5º da Lei 9.307/1996.

Nesse sentido, há uma predominância, dentre os atos normativos infralegais que regulamentam o uso da arbitragem em Estados e Município,

9 Neste sentido, é a redação adotada pela Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-277/373/376/476 e PR-418/423/427 do Edital de Concessão n. 1/2023: “42.3.9 As regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira, sendo vedada a arbitragem por equidade”. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-277-373-376-476-pr-e-pr-418-423-427/arquivos-para-download/edital-e-ane-xos/contrato-prana-lote-1/view>. Acesso em 13.08.2023.

10 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. IBA. Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional. Londres, 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=94D1E845-0F53-4F27-9A63-1ACD8EA002DB>. Acesso em: 13.08.2023.

pela arbitragem institucional^{11 12}, o que não impede, caso as partes acordem, a opção por uma arbitragem *ad hoc*, desde que justificada pela autoridade competente.

Na arbitragem institucional, as regras procedimentais são previamente estabelecidas pela câmara arbitral, que administrará o processo de acordo com seu regulamento, fornecerá apoio administrativo (por ex. produção de documentos administrativos, protocolo de manifestações e fornecimento de estrutura para a realização de audiências) e, em alguns casos, um rol de árbitros por ela pré-aprovados. A depender do regulamento da câmara, elas exercem ainda importante papel no procedimento de constituição do tribunal arbitral (proferindo decisões a respeito de impugnações apresentadas pelas partes aos árbitros indicados) e na tomada de decisões preliminares a respeito da conexão ou não de procedimentos arbitrais, entre outros.

A escolha pela 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” (Estefam, 2017, p. 70). Para além da eficiência, as 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 9.307/1996 (Estefam, 2017, p. 71).

A vitalidade da opção pela arbitragem institucional dependerá das previsões relativas à escolha da Câmara constante da cláusula compromissória. A definição prévia da Câmara na referida cláusula ou previsão das regras para sua futura eleição trará tônus ao procedimento arbitral que porventura se desenvolva.

11 Sobre tema: art. 2º do Decreto 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro; art. 3º do Decreto 64.356/2019, do Estado de São Paulo; art. 3º, V, do Decreto Federal 10.025/2019; art. 3º do Decreto 59.963/2020, do Município de São Paulo; art. 3º do Decreto 9.929/2021, do Estado de Goiás; art. 2, II, do Decreto 55.996/2021, do Estado do Rio Grande do Sul; art. 727, II, do Decreto 10.086/2022, do Estado do Paraná; bem como art. 3º do Decreto 2.241/2022, do Estado de Santa Catarina.

12 Cita-se a redação adotada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos aviação geral, norte II e SP/MS/PA e MG:

16.11.0 Tribunal Arbitral será composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) nomeado pela Parte requerente, 01 (um) nomeado pela Parte requerida, inclusive eventuais substituições. O terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas Partes.

16.11.1. Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a câmara arbitral eleita procederá à sua nomeação, nos termos do Regulamento de Arbitragem.

16.11.2. A escolha de qualquer dos árbitros não está restrita à eventual lista de árbitros que câmara arbitral eleita possua. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada/contrato-e-anexos/contrato.pdf/view>. Acesso em 13.08.2023.

Independente da opção adotada pelo órgão, caberá a este avaliar não só a capacidade técnica e jurídica da Câmara, mas também buscar conhecer com detalhes o regulamento de arbitragem da instituição antes de escolhê-la para administrar o procedimento. O regulamento de um órgão arbitral institucional, uma vez escolhido e aceito, torna-se lei processual que deve ser seguida durante o processo arbitral. É de fundamental importância que as partes conheçam de antemão os regulamentos das Câmaras para evitar problemas indesejáveis no futuro.

Por fim, especificamente quanto aos possíveis ritos processuais previstos nos regulamentos das câmaras, importante se endereçar alguns breves comentários acerca do rito de arbitragem expedito.

A arbitragem expedita consiste em um procedimento mais simplificado e menos custoso, no qual a disputa será submetida a árbitro único, sendo sua instrução e seus prazos reduzidos. A opção parece vantajosa em se tratando de contratos de menor complexidade e valores menos vultosos, e sua utilização pode ser objeto de avaliação prévia pelo gestor. Se o objeto da arbitragem for complexo, a arbitragem expedita poderá não ser uma boa escolha, tendo-se em vista a necessidade de prova pericial, testemunhal, entre outras, e a vantajosidade e segurança de ter a disputa julgada por mais de um árbitro.

3.4. Local da prolação da sentença arbitral

Outro ponto que merece destaque: o local da prolação da sentença arbitragem. O local em que for proferida a sentença determinará se a sentença é nacional ou estrangeira. Nos termos do art. 34, parágrafo único, e art. 35 da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral será estrangeira se proferida fora do território nacional e dependerá de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para ser reconhecida e executada no Brasil.

Por outro lado, a sentença arbitral nacional é aquela proferida no Brasil, não dependendo, logicamente, de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i da Constituição de 1988) para produzir seus efeitos. Uma vez definido que o local da arbitragem corresponde a território brasileiro, é inquestionável a competência do Poder Judiciário brasileiro para as medidas cautelares, para o julgamento de questões de direito indisponível, dando cumprimento ao art. 5º, XXXV, da Constituição, e para eventual controle por meio de ação anulatória.

Importante mencionar que, em regra, é recomendável que o local da arbitragem seja a sede do ente público¹³. Será nesta localidade que se encontram as

13 Este foi o entendimento adotados pelos seguintes regulamentos: art. 4º, inciso I do Decreto 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro; art. 8º, inciso I do Decreto 59.963/2020, do Município de São Paulo; art. 4º, §1º do Decreto 9.929/2021, do Estado de Goiás; art. 2, IV, do Decreto 55.996/2021, do Estado do Rio Grande do Sul; bem como art. 4º, §1º, inciso I do Decreto 2.241/2022, do Estado de Santa Catarina.

autoridades competentes para celebrar os ajustes bem como os servidores técnicos que prestarão suporte aos advogados públicos, em eventual instauração de um procedimento arbitral. Tal opção evitaria custos e deslocamentos desnecessários.

3.5. Idioma da arbitragem

Outro elemento a ser definido na cláusula arbitral é o idioma da arbitragem. A despeito da ampla liberdade dos litigantes de eleger contratualmente qualquer idioma para a futura arbitragem, nas arbitragens público-privadas, o idioma deve ser, preferencialmente, língua portuguesa. Neste sentido, é o que preveem o Decreto 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto 64.356/2019, do Estado de São Paulo, o Decreto Federal 10.025/2019, o Decreto 59.963/2020, do Município de São Paulo, o Decreto 9.929/2021, do Estado de Goiás, o Decreto 55.996/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 10.086/2022, do Estado do Paraná bem como o Decreto 2241/2022, do Estado de Santa Catarina.

A exigência do português como idioma das arbitragens envolvendo a Administração Pública decorre do art. 5º da Lei 12.571/2011 e do art. 37, caput da Constituição de 1988 “cuja aplicação é plena e imediata quanto à obrigatoriedade da publicidade, a qual se materializa pelo uso do idioma oficial da nação” (Estefam, 2017, p. 61).

Contudo, a adoção do idioma português nas arbitragens público-privadas não impede que sejam apresentados aos autos arbitrais documentos em outras línguas. Uma forma razoável de equacionar o uso de documentos em língua diversa será prever na cláusula arbitral a necessidade de que sejam traduzidos para o vernáculo. No caso de documentos e provas produzidas em inglês e espanhol pode se exigir apenas a tradução simples. No caso dos outros idiomas, os documentos ou provas devem ser apresentados juntamente como a tradução juramentada para o português¹⁴.

Caso o ente público entenda necessária a adoção de cláusula arbitral que estabeleça mais de um idioma, deve considerar cuidadosamente se deve fazê-lo. A arbitragem multilíngue, apesar de viável, pode apresentar desafios dependendo dos idiomas escolhidos. Pode haver dificuldade em encontrar árbitros que

14 Neste sentido, é a redação adotada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos aviação geral, norte II e SP/MS/PA e MG:

16.13.O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, devendo a Parte que quiser produzir provas em idioma estrangeiro, providenciar a necessária tradução ou intérprete, conforme o caso.

16.13.1.Havendo dúvida a respeito da tradução, a parte impugnante apresentará seus pontos de divergência, cabendo ao Tribunal Arbitral decidir a respeito da necessidade de apresentação de tradução juramentada, custeada pela Parte interessada na produção da prova. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada/contrato-e-anexos/contrato.pdf/view>. Acesso em 13.08.2023.

sejam aptos a conduzir a procedimento arbitral em dois idiomas, e a tradução e interpretação necessárias podem adicionar custos e atrasos ao procedimento.

3.6. Escolha dos árbitros

Na arbitragem, são as partes quem escolhem os julgadores que decidirão o seu litígio, podendo ser o árbitro “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (art. 13, caput, da Lei 9.307/1996).

A indicação do árbitro pelas partes – seja a parte estatal, seja a parte privada – deve ser livre. Entretanto, é imprescindível que esta seleção seja realizada à luz dos atributos que o julgador deve reunir, como por exemplo: ser técnico, ético, organizado, coerente, disponível, entre outros.

Outro atributo fundamental a ser atendido pelos árbitros é neutralidade. De acordo com Carlos Alberto de Salles (2011, p. 276), “o árbitro deve ser neutro em relação às partes, isto é, deve estar em posição pessoal e institucional equidistante entre elas, sem qualquer ligação que possa denotar qualquer dúvida quanto à sua imparcialidade e independência”. É nesse sentido que a Lei 9.307/1996 estabelece, em seu §1º do art. 14, que “as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

Com o objetivo de fixar alguns parâmetros, a Lei 14.133/2021 prevê que o “processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”. O dispositivo legal regula o procedimento interno a ser promovido pelo órgão¹⁵.

Para fins de conteúdo de cláusula compromissória, importante ressaltar a desnecessidade de se especificar, desde logo, na cláusula arbitral, eventuais qualificações exigidas dos árbitros. Isso porque é apenas no momento do surgimento de disputa que as partes normalmente têm melhores condições para identificar o perfil do árbitro desejado. Assim, o ideal é que cada parte fique livre para, nesse momento, escolher um árbitro com a qualificação desejada. A especificação de requisitos de qualificação na cláusula arbitral pode também reduzir drasticamente o número de árbitros disponíveis.

Ainda sobre a desejável liberdade das partes para eleger o árbitro que melhor se encaixa à disputa objeto da arbitragem, caberá ao gestor, quando da escolha da câmara arbitral, conhecer o regulamento de arbitragem da

15 Sobre o tema, recomenda-se a leitura da Portaria Normativa AGU 42, de 7 de março de 2022, que estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processo arbitrais de que seja parte. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/portaria-normativa-agu-no-42-de-7-de-marco-de-2022-criterios-de-indicacao-de-arbitros.pdf>. Acesso em 13.08.2023.

instituição, sobretudo quanto à existência de listas fechadas ou semiabertas dos árbitros que poderão atuar em procedimentos por ela administrados. A adoção das referidas listas pode, a depender da câmara, vincular as partes aos nomes dos possíveis árbitros constantes das listas bem como das regras previstas para indicação, impugnação e revelação dos mesmos. Para a Administração Pública, uma maior liberdade na escolha dos árbitros (sem vinculação à nomes pré-escolhidos) é desejável na medida em que tais listas podem contemplar nomes que não atendam aos interesses e estratégia da Administração ao atuar em arbitragens.

Cumpra ressaltar, contudo, que os mecanismos de indicação e substituição de árbitros estarão previstos nos regulamentos de arbitragem institucional. Na medida em que é escolhida a câmara, a cláusula compromissória incorpora esses regulamentos. Assim, é de extrema importância que as partes conheçam de antemão os regulamentos das câmaras para evitar problemas indesejáveis no futuro¹⁶.

Por outro lado, caso as partes, quando da celebração do contrato, optem pela arbitragem *ad hoc*, é fundamental que a cláusula arbitral especifique claramente a forma como será instituída a arbitragem, indicando, por exemplo, o número, o método de seleção, a forma de indicação e substituição dos árbitros, bem como do presidente do Tribunal Arbitral.

3.7. Observância ao princípio da publicidade

O parágrafo 3º do art. 2º da L 9.307/1996 determinou que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Entretanto, sequer seria necessária a previsão para que se chegasse à conclusão de que os processos arbitrais que envolvem a administração pública direta são regidos pelo princípio da publicidade.

É importante observar que a confidencialidade não é um atributo ou característica essencial e obrigatória, mas que sempre foi bastante valorizada, inclusive como um fator de incentivo da própria opção pelo juízo arbitral.

16 Sobre o tema, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Arrendamento do Leilão n. 03/2023/ANTAQ, adotou a seguinte redação:

26.4.8 O Tribunal Arbitral será composto por 03 (três) árbitros, sendo 01 (um) nomeado pela Parte requerente, 01 (um) nomeado pela Parte requerida, inclusive eventuais substituições, e o Terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, será indicado pelos dois outros árbitros nomeados pelas Partes.

26.4.8.1 Caso a designação do presidente do Tribunal Arbitral não ocorra no prazo de 30 (trinta) dias corridos, a contar da nomeação do segundo árbitro, ou não haja consenso na escolha, a câmara arbitral eleita procederá à sua nomeação, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

26.4.8.2 A escolha de qualquer dos árbitros não está restrita à eventual lista de árbitros que a câmara arbitral eleita possui. Disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20116/MAC11%20Minuta_de_Contrato%20230512_limpa%20\(2\).pdf](http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20116/MAC11%20Minuta_de_Contrato%20230512_limpa%20(2).pdf). Acesso em 13.08.2023.

Entretanto, as arbitragens público-privadas serão sempre públicas, ressalvadas apenas as hipóteses legais de sigilo (art. 22 da Lei 12.527/2011), de sigilo de Estado (art. 23 da Lei 12.527/2011) e as limitações à divulgação de informações pessoais (do art. 4º, inciso IV, art. 6º, inciso III, e art. 31 da Lei 12.527/2011).

Isso significa que o princípio da publicidade, a ser observado nas arbitragens que envolvem entes públicos, não deve servir de motivo ou razão para derrogação ou não observância de normas de direito material que demandam a proteção legal de sigilo ou confidencialidade, como ocorre com os segredos relacionados à segurança do Estado, segredos profissionais resguardados por lei, patentes e segredos tecnológicos, bem como aquelas informações pessoais relativas à intimidade e vida privada.

Assim, caberá às partes e aos tribunais arbitrais a tarefa de analisar o regime jurídico aplicável às informações que se pretende ver protegidas por sigilo e prevê na cláusula compromissória a quem recai o dever de divulgação do processo arbitral, bem como a proteção dos documentos cuja necessidade de sigilo for reconhecida¹⁷.

3.8. Alocação de custas e honorários

Geralmente, de acordo com os regulamentos das principais câmaras de arbitragem do Brasil, as despesas da arbitragem devem ser antecipadas pela parte que requereu a providência, ou divididas pelas partes se forem providências requeridas pelo Tribunal.

Ante as peculiaridades do regime jurídico a que submete a Administração Pública, sempre sujeita a naturais trâmites burocráticos e a limitações orçamentárias, torna-se necessário que a cláusula arbitral constante dos contratos administrativos preveja que o pagamento dos custos do processo arbitral fique, num primeiro momento, sob a responsabilidade do particular e, ao final do processo, que as despesas sejam ressarcidas em caso de sucumbência da Administração. Esse entendimento está previsto

17 Neste sentido, é a redação adotada pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos aviação geral, norte II e SP/MS/PA e MG:

16.19 O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira, resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da câmara arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica.

16.19.1. Caberá a cada Parte da arbitragem, em suas manifestações, indicar as peças, dados ou documentos que, a seu juízo, devem ser preservados do acesso público, apontando o fundamento legal.

16.19.2 Caberá ao Tribunal Arbitral dirimir as divergências entre as Partes da arbitragem quanto às peças, dados e documentos indicados no item 16.19.1 e à responsabilidade por sua divulgação indevida. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada/contrato-e-anexos/contrato.pdf/view> . Acesso em 13.08.2023.

no Decreto fluminense 46.245/2018 (art. 9º), Decreto federal 10.025/2019 (art. 9º) e Decreto paulistano 59.963/2020 (art. 8º, §3º).¹⁸

Especificamente no que se refere aos honorários dos árbitros e peritos, como já dito no capítulo dedicado às câmaras arbitrais, é de fundamental importância que as partes conheçam de antemão os regulamentos das câmaras notadamente quanto à base de cálculo dos honorários. Há câmaras que estabelecem previamente um valor fixo de honorários a serem pagos aos árbitros e peritos, enquanto outras preveem pagamento de honorários por hora trabalhada. A mesma atenção deve ser dedicada às custas de administração da câmara, que podem variar de uma para outra.

3.9. Sentença arbitral e pagamento por precatório

A Lei 9.307/1996, em seu art. 31, equiparou a sentença arbitral à decisão do juiz togado, sendo que a primeira produz desde logo os mesmos efeitos da segunda, constituindo-se título executivo judicial, se for condenatória.

No caso de sentença arbitrais contra a Administração Pública, que o cumprimento da sentença desfavorável ao ente público deverá observar a regra prevista no art. 100 da Constituição de 1988 mediante a qual os entes públicos, dotados de personalidade jurídica de direito público, devem satisfazer suas obrigações pecuniárias, quando decorrentes de sentença judiciária, por intermédio de precatório judicial^{19 20}.

CONCLUSÃO

A consolidação do uso da arbitragem como meio viável de solução de disputas em contratos administrativos pressupõe, para além da identificação dos benefícios que o instituto possui, o conhecimento profundo do sistema

18 Para estes casos, é importante que se preveja na cláusula a regra do normativo infralegal. Como exemplo, sugere-se a redação escolhida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, em sua cláusula compromissória, na minuta de Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário BR-277/373/376/476 e PR-418/423/427 do Edital de Concessão n. 1/2023: “42.3.11 As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral, inclusive os custos relacionados à eventual produção de prova pericial e os respectivos honorários periciais, serão sempre antecipadas pela Concessionária e, quando for o caso, restituídos conforme deliberação final em instância arbitral, nos termos do Decreto nº 10.025, de 2019, ou legislação que venha a substituí-lo, e de regulamentação específica da ANTT.”. Disponível em: <https://www.gov.br/ant/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-277-373-376-476-pr-e-pr-418-423-427/arquivos-para-download/edital-e-anexos/contrato-prana-lote-1/view>. Acesso em 13.08.2023.

19 Sobre o tema, sugere-se a leitura do artigo *Arbitragem e precatórios: um panorama sobre a efetivação dos pleitos pecuniários em face da Administração Pública*, de autoria de Iago Oliveira Ferreira e Tatiana Sarmento Leite Melamed. In: Publicações da Escola da AGU. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília. V. 13, n. 02. Dez. 2022.

20 É o caso do Estado de São Paulo, no art. 9º do Decreto 64.356/2019; da União em sua regulamentação setorial no art. 15 do Decreto 10.025/2019, do Estado do Rio de Janeiro no art. 15 do Decreto 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.

arbitral, bem como sua plasticidade e organicidade. Para tanto, é fundamental que o administrador público, no momento da elaboração do edital de licitação e da minuta contratual ou após o surgimento da controvérsia, saibam estruturar de forma adequada uma convenção de arbitragem, mais especificamente da cláusula compromissória.

A complexidade sistêmica deste acordo de vontades atrai ainda mais atenção na medida em que a Lei Geral de Licitações e Contratos amplia o espectro de abrangência dos contratos administrativos. Assim, para além dos elementos já previstos na Lei 9.307/1996, a escolha pela arbitragem deve ser operada com atenção a condicionantes do regime de direito público.

Longe de pretender exaurir o tema, o presente artigo buscou dissecar os elementos essenciais de uma cláusula compromissória, sugerindo redações completas e adequadas, de modo a evitar discussões judiciais futuras quanto sua própria eficácia. Quando não celebradas corretamente, as cláusulas compromissórias podem inviabilizar o processo arbitral, dificultando sua instauração da arbitragem bem como a constituição do órgão arbitral.

A limitação prévia das matérias contratuais as quais deve ser submetida à arbitragem; o critério de julgamento e direito aplicável; a forma de instituição e escolha dos árbitros; o idioma; o local da arbitragem; a não confidencialidade da arbitragem bem como a adoção dos precatórios são partes de um organismo que precisam estar suficientemente prenunciados, antes mesmo do surgimento do litígio.

Neste contexto, restou demonstrado que (i) para a identificação clara da intenção as partes em eleger o método arbitral, bem como (ii) para um desenvolvimento harmonioso da futura arbitragem, a cláusula arbitral deve ser desenhada de forma completa e personalizada, contemplando o conteúdo mais adequado e funcional para as contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Aristhéa Totti Silva Castelo Brando de; NEGRI, Mariana Carvalho de Ávila. Arbitrabilidade subjetiva: a evolução e a consolidação da arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira. *Publicações da Escola da AGU*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. V. 13, n. 02. Dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.987/1995, de 13 de fevereiro de 1995*. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996*. 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9307&ano=1996&ato=121IzZq1UMJpWT25d>. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004*. 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 12.462/2011, de 4 de agosto de 2011*. 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, dentre outros. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 12.815/2013, de 5 de junho de 2013*. 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 13.303/2016, de 30 de junho de 2016*. 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Lei nº 13.448/2014, de 5 de junho de 2017*. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 24.11.2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm. Acesso em: 07.10.2023.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904.813-PR*. Rel. Ministro Nancy Andrighi, 3ª Turma. Diário de Justiça Eletrônico, 17 de outubro de 2012. 2012 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF>. Acesso em 12 de março. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em 20.07.2023

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21100>. Acesso em: 20.07.2023.

FERREIRA, Iago Oliveira; MELAMED, Tatiana Sarmento Leite. Arbitragem e precatórios: um panorama sobre a efetivação dos pedidos pecuniários em face da Administração Pública. *Publicações da Escola da AGU*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. V. 13, n. 02. Dez. 2022.

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

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Dissertação de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*, São Paulo: Atlas, 2009. E-book.

LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes*. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri32.pdf. Acesso em 26.07.2023.

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

PARANÁ. *Decreto nº 10.086/2022, de 17 de janeiro de 2022*. 2022. Regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, que “Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, a aquisição e incorporação de bens ao patrimônio público estadual, os procedimentos para intervenção estatal na propriedade privada e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=426484>. Acesso em: 07.10.2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245/2018, de 19 de fevereiro de 2018*. 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvem o estado do Rio de Janeiro e suas entidades. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-46245-2018-rio-de-janeiro-excepcionaliza-a-aplicacao-do-decreto-n-46-245-de-19-de-fevereiro-de-2018-na-hipotese-que-especifica>. Acesso em: 23.11.2023.

RIO GRANDE DO SUL. *Decreto nº 55.996/2021, de 14 de julho de 2021*. 2021. Dispõe sobre a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Rio Grande do Sul Disponível em: <https://federasulcaf.com.br/files/dec-rs-55.996-2021-arbitragem-adm-publica.pdf>, Acesso em: 07.10.2023.

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

SANTA CATARINA. *Decreto nº 2.241/2022, de 31 de outubro de 2022*. 2022. Regulamenta os arts. 21 e 22 da Lei nº 18.302, de 2021, a fim de dispor sobre a convenção de arbitragem e a previsão de cláusula de mediação. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2022/002241-005-0-2022-002.htm>. Acesso em: 07.10.2023.

SÃO PAULO (Estado). *Decreto nº 64.356/2019, de 31 de julho de 2019*. 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=191187>. Acesso em: 22.1.2023.

STROPPA, Christiane; FORTINI, Cristiana. Comentários aos Art. 151 a 154. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 01.

YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e Administração pública: Uma Análise e as Cláusulas Compromissórias em Contratos Administrativos*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo - SP, 2018, p. 63.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PROCESSO ARBITRAL: CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ASSISTENTE TÉCNICO

*PUBLIC ENTITIES IN ARBITRATION PROCEEDINGS: TENDER
WAIVER TO HIRE SPECIALIZED TECHNICAL SERVICES OF
TECHNICAL ASSISTANTS*

Cristina Chagas Caldeira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Administração Pública e Arbitragem. 2. Prova técnica: O Papel do Assistente Técnico no Processo Arbitral. 2.1. Instrução processual e produção de provas. 2.2. Prova técnica e o papel do Assistente Técnico no Processo Arbitral. 3. Os Limites Legais do Processo de Contratação pela Administração Pública. 3.1. Regra geral das contratações públicas. 3.2. Caracterização dos serviços técnicos especializados de natureza intelectual dos Assistentes Técnicos e (in)

¹ Procuradora do Município de Belo Horizonte. Chefe da Assessoria jurídica da Secretaria Municipal da Saúde do município de Belo Horizonte de 2022 a 2024. Assessora da Presidência do BDMG de 2020 a 2022. Certificação APMG Certificate PPP Professional (CP3P) Foundation Examination pela APMG Internacional, World Bank Group.

viabilidade de competição. 3.3. Contratação do Assistente Técnico por inexigibilidade. Conclusões. Referências.

RESUMO: O presente estudo objetiva demonstrar que a escolha do Assistente Técnico para apoio da Administração Pública em processos arbitrais que envolvam matérias de alta complexidade técnica, em regra, demanda qualificações subjetivas do profissional, tais como notória especialização, vivência prática, habilidades táticas, desenvoltura, segurança, conceito no ramo de atuação, o que acaba por exigir elevado grau de confiança do prestador e, por conseguinte, incompatibiliza-se com o processo licitatório. A inexigibilidade da licitação, fundada no art. 74, inciso III, alíneas a, b e/ou c c/c §3º, da Lei nº 14.133/2021, mostra-se como instrumento de contratação mais eficaz e apropriado para o atendimento do interesse público, nessas hipóteses, em que os atributos pessoais do Assistente Técnico que se pretende contratar são adequados ao pleno atendimento da demanda do ente estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Prova Técnica. Assistente Técnico. Licitação. Inexigibilidade.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate that the appointment of a Technical Assistant to support public entities in arbitration proceedings involving matters of high technical complexity typically requires the professional to have a number of personal qualifications, including recognized expertise, practical experience, tactical skills, resourcefulness, confidence, and reputation in the field of expertise. This necessity for a high degree of trust in the provider ultimately becomes incompatible with the bidding process. Waiving the call for tenders based on article 74, section III, letters a, b, and/or c together with paragraph 3 of Law n. 14.133/2021, proves to be the most effective and appropriate hiring tool to meet the public interest in these cases in which the personal attributes of a technical assistant to be hired are suited to fully meet the needs of the public entity.

KEYWORDS: Arbitration. Public Entities. Technical Evidence. Bidding. Waiver.

INTRODUÇÃO

A arbitragem, ao lado dos demais meios adequados de solução de controvérsias, vem sendo cada vez mais utilizada para dirimir conflitos com a Administração Pública.

Não se trata de meio “alternativo” ao processo judicial, como muitos denominam, mas sim de meio que pode ser “mais adequado” do que a tradicional via de solução de controvérsias. A opção da arbitragem para a resolução de litígios deve pressupor uma análise de adequação e esse é um relevante fundamento para a escolha da arbitragem pelo Poder Público: uma vez presentes determinados requisitos e podendo ser a arbitragem considerada como instrumento “mais adequado” para o deslinde da questão do que o processo judicial, nada impede que o Estado recorra a este mecanismo para resolver seus litígios (Bonício, 2015, p. 2).

O presente artigo explora o avanço da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública no Brasil, um tema que ganhou nova dimensão com a reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, que consignou expressamente a possibilidade de o Poder Público se valer da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, reforçada pela subsequente promulgação da Lei nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos, sob o prisma dos impactos dessa evolução no desempenho do ente público nas disputas arbitrais que alberguem complexidade técnica. E nesse contexto, demonstra-se o papel fundamental desenvolvido pela figura do Assistente Técnico no processo arbitral, que desenvolve serviços de natureza intelectual, destacando o seu potencial de influenciar efetivamente a estratégia da parte no processo e, por conseguinte, seu rumo, o que requer qualificação, *expertise* e notória especialização na matéria relacionada aos fatos controvertidos objetos do litígio.

Sob o enfoque das especificidades decorrentes do regime jurídico aplicável à Administração Pública, que exige a licitação como regra para a contratação de serviços, evidencia-se que não raramente os atributos necessários para a atuação do Assistente Técnico alinhados à melhor performance do Poder Público nas disputas arbitrais que abranjam questões tecnicamente complexas, esbarram na objetividade necessária aos critérios a serem estabelecidos para viabilizar a competição no processo licitatório.

Dessa maneira, constata-se a viabilidade da contratação deste perfil de profissional para auxiliar o ente estatal no processo arbitral que circunde questões de relevância técnica, por inexigibilidade de licitação, com espeque no art. 74, inciso III, alíneas a, b e/ou c, da Nova Lei de Licitações e Contratos, que é onde reside o cerne do presente artigo, demonstrando-se que tal

mecanismo não apenas se adequa ao ordenamento jurídico vigente, mas também se apresenta como o instrumento de contratação apropriado para o atendimento do interesse público nas hipóteses descritas, uma vez que as características pessoais do prestador que se pretende contratar são adequadas ao pleno atendimento da demanda do ente para o desenvolvimento da atividade com a qualidade e a eficácia requerida.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM

Sem olvidar que a figura da arbitragem no Brasil remonta a Cartas Constitucionais pregressas, sendo a Carta Constitucional de 1824 o primeiro diploma legal brasileiro a prevê-la, a promulgação da Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem (Lei de Arbitragem brasileira)², é um marco relevante no ordenamento jurídico, tendo em vista que o instituto passa a ser disciplinado em norma específica e ganha nova roupagem, mais robusta e atualizada³.

A utilização da ferramenta da arbitragem⁴ para a solução de controvérsias que envolvam a Administração Pública não é matéria uníssona no campo jurídico desde a promulgação da Lei de Arbitragem brasileira, fundando-se as discussões, primordialmente, nos princípios da administração da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, conforme será exposto adiante, de forma bastante abreviada.

Com fulcro no princípio da administração da legalidade, à luz do qual a atuação da Administração Pública se cinge às expressas previsões legais, sendo-lhe vedado agir nas hipóteses não previstas em Lei⁵, parte da doutrina condicionava o uso da arbitragem pelo Estado à existência de autorização legislativa expressa e específica, sob o argumento da insuficiência da autorização geral constante do *caput* do art. 1º da Lei de Arbitragem brasileira⁶.

2 A constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 foi questionada perante o STF, tendo sua plena constitucionalidade sido reconhecida. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.

3 A Lei nº 9.307/1996 inovou a ordem jurídica interna, sobretudo, quando reconheceu a eficácia da cláusula compromissória, dispensando de homologação estatal as sentenças arbitrais para obtenção da eficácia de título executivo.

4 É possível definir a arbitragem, a partir das lições de Fichtner; Mennheimer; Monteiro (2018), como meio privado de resolução de conflito, decorrente da manifestação da autonomia volitiva das partes, em que se atribui a terceiro imparcial o poder de decidir o conflito em caráter de definitividade.

5 “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. [...] só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto em lei” (Carvalho Filho, 2009, p. 19).

6 Lei nº 9.307/1996, art. 1º, *caput*: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Em sentido oposto, outra parcela da doutrina, com esteio no princípio da juridicidade⁷, interpretava a legitimidade, conferida pelo dispositivo em referência a todos aqueles que disponham de capacidade de contratar (arbitrabilidade subjetiva) – capacidade inegavelmente detida pelo ente estatal – como fonte autorizadora bastante e suficiente ao uso da arbitragem pelo Poder Público.

Com a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996, foi consagrada expressamente a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta se valer da arbitragem para a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, implicando a superação da questão⁸.

Recentemente, no ano de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, reconheceu expressamente a viabilidade de a Administração Pública se valer, nos contratos por ela regidos, de meios adequados de prevenção e resolução de controvérsias, dentre os quais a arbitragem, corroborando a possibilidade e conferindo ainda mais segurança jurídica ao Poder Público no uso dessa ferramenta.

Noutro prisma, o princípio da indisponibilidade do interesse público, que estabelece que a gestão dos bens e recursos públicos da Administração deve se dar sempre com vistas ao alcance do interesse público e dos interesses da coletividade, seu real titular, fundamenta a discussão acerca da (in) admissibilidade da arbitragem no âmbito do Poder Público sob o enfoque da caracterização do pressuposto objetivo da arbitragem (arbitrabilidade objetiva). É onde reside hoje o epicentro da polêmica relacionada à arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Com a inserção do § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem brasileira, na reforma de 2015, a Lei, ao permitir o uso da arbitragem pela Administração Pública, ratificou a delimitação do objeto do litígio a direitos patrimoniais disponíveis⁹.

7 “[...] a legalidade não é o único parâmetro da ação estatal que deve se conformar às demais normas consagradas no ordenamento jurídico. A legalidade encontra-se inserida no denominado princípio da juridicidade, que exige a submissão da atuação administrativa à lei e ao Direito (art. 2º, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 9.784/1999). Em vez de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado ‘bloco de legalidade’” (Oliveira, 2015, p. 63).

8 Necessário pontuar que, anteriormente à referida reforma, havia normas específicas que admitiam o uso dos meios extrajudiciais de soluções de conflitos no âmbito do Poder Público, sendo possível citar exemplificativamente a Lei nº 9.472/1997 (Lei da Anatel); Lei nº 9.478/1997 (Lei da ANP); Lei nº 10.848/2004 (Lei da Aneel); Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público Privadas); Lei nº 8.987/1995, alterada pela Lei nº 11.196, de 2005 (Lei de Concessões).

9 Da mesma forma, a Nova Lei de Licitações relacionou o uso do instrumento pelo Estado a discussões de 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.

Os argumentos contrários ao uso da arbitragem pelo Poder Público, em resumo, projetam o alcance da delimitação, com base no princípio da indisponibilidade, a todos os direitos de titularidade da Administração Pública, sugerindo que não poderiam ser transacionados, o que implicaria o não atendimento do pressuposto objetivo da arbitragem¹⁰.

O intuito do legislador, todavia, não parece ser esse. Conforme Câmara e Sundfeld (2008), o fim é a preservação dos direitos que não sejam passíveis de contratação pelo Estado.

Contudo, ante a indeterminação desse conceito e o desafio de se delimitar quais questões são, de fato, assim classificáveis, e ainda considerada a insuficiência das diferenciações dicotômicas da doutrina¹¹ para tentar identificar a (in)disponibilidade dos direitos da Administração Pública, merece destaque lição de Faria (2019, p. 236):

[E]ntende-se que o mais correto *seria reconhecer como regra geral a possibilidade de adoção de procedimentos transacionais para a Administração buscar o atendimento do interesse público*, devendo-se identificar, nas situações específicas, as vedações, limitações e condicionantes próprias que podem alterar esse cenário. Por essa linha, *indisponível seria o direito que, no caso concreto, se mostre indispensável à Administração Pública para a persecução do interesse público* (esse sim, sempre indisponível). Isso porque, em muitas situações, a renúncia ou a transação sobre determinado direito pode se mostrar um meio mais eficiente para a Administração Pública atender ao interesse público a que está vinculada naqueles casos.

Lembre-se, pois, que o interesse público indisponível é aquele que, acima de tudo, demanda a atuação do Estado em prol dos objetivos cogentes do sistema legal e constitucional. E é natural e frequente que, para atender a sua concretização, a Administração Pública deva, em específicas situações, dispor de determinado bem ou direito, prezando por uma solução mais consensual para algum litígio em que se veja inserida. Desse modo, a indisponibilidade do interesse público não pode levar necessariamente à impossibilidade de transação dos direitos da Administração.

À vista disso, constata-se uma carga de discricionariedade na competência da Administração Pública, a quem caberá justificar sua escolha

10 “Essa, no entanto, não é posição majoritária na doutrina. O entendimento dominante é o de que o princípio da indisponibilidade impõe algumas limitações à utilização de procedimentos transacionais por parte do Poder Público, sem, todavia, extingui-los por completo” (Faria, 2019).

11 Tais como atos de império e atos de gestão; interesse público primário e secundário; direitos de cunho eminentemente patrimonial e interesses cujo conteúdo não pode ser imediatamente identificado em termos monetários.

acerca da indisponibilidade ou não daquele direito no caso concreto, de modo a se reprimir eventuais desvios de finalidade.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, o equívoco da associação da submissão do conflito à arbitragem à renúncia de direitos, na medida em que se valer da arbitragem para dirimir o litígio significa submeter a questão à apreciação de um juízo privado em preferência à jurisdição estatal, sendo a forma de resolução do conflito que assume distinta feição (Garcia, 2021)¹². Ainda sobre o tema, Câmara e Sundfeld (2008, p. 121-122):

Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante.

Nesse contexto, embora o legislador não tenha consagrado a definição de direitos patrimoniais disponíveis, há normas que exemplificam as hipóteses suscetíveis de aplicabilidade, a exemplo do Decreto Federal nº 10.025/2019, que 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 que estabeleceu rol exemplificativo das controvérsias sobre tais direitos em seu art. 2º: I - recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou transferência do contrato de parceria; III - inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e seu cálculo.

Na mesma linha, a Lei nº 14.133/2021 trouxe, no parágrafo único do seu artigo 151¹³, exemplos de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

De todo modo, a despeito de qualquer polêmica ainda existente, os meios adequados de solução de controvérsias estão sendo cada vez mais

12 “Por conseguinte, os interesses e direitos contratáveis e negociáveis pela Administração Pública são, a princípio, disponíveis e passíveis de composição por meio do procedimento arbitral. Seria incongruente e ilógico pressupor que os direitos são disponíveis para vincular as partes em uma relação contratual de índole administrativa pautada pela recíproca manifestação de vontade das partes acerca do seu conteúdo e indisponíveis para fins de adoção da solução arbitral.” (Garcia, 2021, p. 4).

13 Lei nº 14.133/2021, 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.”

utilizados no âmbito da Administração Pública, e com maior segurança jurídica, graças aos avanços na legislação¹⁴.

E se trata de expediente altamente eficaz, totalmente alinhado com o intuito máximo da implementação do interesse público, e guarda consonância com os princípios que regem a Administração Pública, como finalidade, economicidade, eficiência, celeridade. Isso porque, em regra, possibilita a obtenção de decisões mais rápidas, com *expertise* técnica aprimorada e uma abordagem procedimental mais flexível, o que pode implicar, inclusive, redução de custos.

Apresentada, em linhas gerais, a controvérsia em torno da (in)viabilidade de o Poder Público se valer da arbitragem para dirimir seus conflitos e considerada a superação da polêmica no que concerne à arbitrabilidade subjetiva, após a reforma da Lei de Arbitragem brasileira, em 2015, passa-se à análise da instrução no processo arbitral, no que concerne à produção de prova técnica, sob o panorama das especificidades decorrentes do regime jurídico aplicável à Administração Pública.

2. PROVA TÉCNICA: O PAPEL DO ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO ARBITRAL

2.1. Instrução processual e produção de provas

A Lei nº 9.307/1996 não institui procedimento específico para a arbitragem, permitindo que as partes ou o árbitro elejam o rito procedimental a ser seguido, sempre respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. É o que se depreende do art. 21, *caput*, § 1º e 2º, da Lei:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

14 Tais como a Lei nº 11.079/2004; Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei nº 8.987/1995; Lei 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996; Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação); Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos).

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. [...]

A versatilidade do instrumento da arbitragem, inclusive sob o enfoque da flexibilização da instrução processual, permite uma abordagem mais ágil e dinâmica na produção de provas em comparação ao formalismo da fase de produção de provas no processo judicial.

Há que se destacar que a Lei de Arbitragem não abordou a necessidade de instituição de arbitragem *ad hoc* ou institucional, ficando a definição no campo da escolha das partes¹⁵. Logo, a depender da escolha das partes, a disciplina do procedimento arbitral será definida pelas partes e/ou pelos árbitros (arbitragem *ad hoc*) ou por regulamento da Câmara Arbitral eleita (arbitragem institucional).

Em síntese, a arbitragem *ad hoc* é aquela administrada pelas próprias partes e árbitro(s), sem que haja obrigatoriedade de adoção de regras padronizadas de alguma instituição arbitral, podendo as partes criarem regras e procedimentos específicos para determinado caso concreto, ao passo que a arbitragem institucional é aquela em que as partes elegem uma instituição arbitral para conduzir o procedimento em conformidade com o seu regulamento (Fichtner; Mennheimer; Monteiro, 2018).

No que concerne ao âmbito do Poder Público, não obstante a discricionariedade administrativa na definição do tema, a arbitragem institucional se mostra, em regra, mais adequada para as contendas de que a Administração Pública faça parte. O modelo *ad hoc* tende a ser mais moroso e inseguro e implica maior probabilidade de a solução da controvérsia pela via arbitral se frustrar e acabar resultando no acionamento do Poder Judiciário, o que reduz sobremaneira os benefícios inerentes à escolha da via arbitral (Schmidt, 2016).

É que, ainda que, de um lado, a arbitragem *ad hoc* possa vir a ser vantajosa do ponto de vista de redução de custos, de outro, a contratação de uma câmara de arbitragem confere maior segurança jurídica às partes, seja pela experiência da instituição, seja pela existência de normativa prévia que estabeleça as regras inerentes ao procedimento arbitral, o que minimiza a chance de controvérsias entre as partes acerca da disciplina do procedimento, ou mesmo pela existência de uma estrutura, com a prestação de serviços de secretariado, dentre outros de cunho operacional (Oliveira, 2015).

15 As partes têm total liberdade de eleger a forma de instituição da arbitragem e as regras que serão ela aplicadas. O legislador se refere a “órgão arbitral institucional” apenas em cinco oportunidades: art. 5º, art. 13, §§ 3º e 4º, art. 16, §1º e art. 21. Em nenhuma delas há vinculação ou obrigatoriedade de adoção da arbitragem *ad hoc* ou institucional.

E é por tal razão que há diplomas legais que estabelecem de modo expresso a arbitragem institucional como modelo preferencial, como o já mencionado Decreto Federal nº 10.025/2019¹⁶, ou mesmo como modelo exclusivo, como a Lei nº 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais,¹⁷ que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte.

Inobstante o modelo amplamente apoiado na autonomia das partes¹⁸ e toda a flexibilidade procedimental dele decorrente, consoante melhor doutrina, perante a insuficiência da Lei nº 9.307/1996 para a fixação dos parâmetros mínimos do processo arbitral, a teoria geral do processo fornece elementos que lhe dão substância, também em razão do § 2º do dispositivo em referência (Aprigliano, 2022). Da mesma maneira, o panorama geral da fase de produção de provas na arbitragem deve ser extraído dos princípios processuais e dos conceitos teóricos inerentes a esta disciplina (Aprigliano, 2022).

Tal como no processo judicial, no processo arbitral, para que o árbitro forme o seu convencimento e decida o objeto do litígio, necessário se faz que sejam colhidas provas que embasem o seu juízo de valor acerca dos fatos da causa. As provas consistem, pois, em todos os elementos apresentados e/ou produzidos no processo, que deverão contribuir para a formação da convicção do julgador sobre as alegações das partes quanto à matéria fática. (Câmara, 2008).

2.2. Prova técnica e o papel do Assistente Técnico no Processo Arbitral

A prova técnica ou pericial é o meio de prova utilizado para esclarecimento do julgador acerca de fatos controvertidos do litígio cuja elucidação dependa de conhecimentos técnicos ou científicos.

A *expertise* técnica dos árbitros é um dos grandes benefícios da arbitragem, à medida que propicia uma melhor compreensão e avaliação mais acurada das provas técnicas trazidas ao feito, possibilitando, inclusive, a detecção de falhas ou inconsistências nessas provas (Nunes, 2021). Isso contribui, indubitavelmente, para a redução de custos, celeridade do processo e, sobretudo, obtenção de decisões mais qualificadas e baseadas em cognição mais densa.

16 Decreto Federal nº 10.025/2019, art. 3º, *caput*, inciso V, e § 3º: “A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: [...] V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional; [...] § 3º Observado o disposto no inciso V do *caput*, será admitida a opção pela arbitragem *ad hoc*, desde que devidamente justificada.” (grifo nosso)

17 Lei nº 19.477/2011, art. 4º: “O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.”

18 Conforme se depreende do art. 21 da Lei de Arbitragem, que não faz remissão a qualquer norma processual externa à própria lei de arbitragem, assim como o diploma legal como um todo.

A qualificação técnica do árbitro, entretanto, não impede que ele se valha do auxílio de perito externo para o desenvolvimento de trabalho técnico quando os fatos controvertidos a serem elucidados envolverem conhecimento técnico específico.

Nesse particular, Santos (2013) sustenta:

É certo que a grande vantagem do processo arbitral é a escolha de um árbitro que tenha conhecimento técnico específico, dentro da matéria em que as partes firmaram o pacto que deu ensejo à controvérsia. No entanto, a referida vantagem não significa dizer que o árbitro eleito pelas partes não possa se valer de perito para elaboração de trabalho técnico e elucidativo sobre a questão analisada na lide arbitral.

A bem da verdade, a contratação de perito, mesmo nos casos em que a condução da arbitragem caiba a árbitro especialista, traz vantagem que consiste na ampliação e enriquecimento técnico do debate, inclusive em razão da participação dos assistentes técnicos das partes, o que favorece a elaboração de uma decisão tecnicamente mais embasada (Santos, 2013). Ademais, nem sempre o litígio se resume a questões técnicas referentes a uma área de *expertise*, podendo abranger aspectos ligados a áreas distintas, bem como questões estritamente jurídicas, o que inviabiliza que o árbitro seja especialista em toda a matéria controvertida.

No âmbito do direito processual civil brasileiro, uma vez nomeado perito para auxiliar o juízo no esclarecimento de fatos da causa que abrangem questões de ordem técnica, é franqueada às partes a possibilidade de contratação de assistentes técnicos¹⁹ para acompanhamento do trabalho desenvolvido pelo perito, mediante a emissão de laudo crítico alinhado à linha argumentativa da parte contratante.

No que concerne ao processo arbitral, inexistindo disciplina sobre o assunto na Lei de Arbitragem brasileira ou nos regulamentos de arbitragem mais utilizados no Brasil, a definição da sistemática pericial aplicável compete às partes ou ao árbitro/Tribunal Arbitral que, em caso de realização

19 Art. 465, §1º, CPC/15: “§ 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I - arguir o impedimento ou a suspeição do perito, se for o caso; II - *indicar assistente técnico*; III - *apresentar quesitos*.” (grifo nosso)

de perícia, poderá facultar às partes a indicação de assistente técnico (Nunes, 2023)²⁰.

Ao longo dos anos, constata-se aumento substancial na complexidade das matérias que são objeto de perícias técnicas em processos arbitrais, inclusive das situações envolvendo concomitantemente temas técnicos multidisciplinares, o que tem implicado alteração relevante na sistemática dos serviços técnicos especializados, cuja natureza é intelectual, prestados pelos assistentes técnicos (Figueiredo, 2019).

Isso porque a atuação, em apoio à parte litigante, de profissional com alta qualificação e profundo conhecimento técnico sobre matéria relacionada aos fatos controversos objeto do litígio pode influenciar sobremaneira a estratégia da parte no processo e, por conseguinte, seu rumo.

A elaboração dos quesitos técnicos certos e adequados pelo Assistente Técnico tem o poder de direcionar a análise pericial, garantindo que pontos cruciais para o deslinde da questão sejam enfrentados e evitando omissões, distorções ou análises incompletas. Além disso, o profissional tem o condão de fornecer os subsídios técnicos necessários à tomada de decisões durante todo o curso do processo.

Sobre a questão, merece destaque Figueiredo (2019, p. 128-129):

Até alguns anos atrás, era comum que a participação dos Assistentes Técnicos ficasse restrita à elaboração de Parecer com análise crítica do Laudo do Perito.

Com o aumento da consciência de que bons quesitos técnicos – objetivos, com foco nos pontos controvertidos – poderiam ter fundamental importância para a eficiência das provas periciais, os Assistentes Técnicos passaram a ser incumbidos da prévia análise das questões e da elaboração de sugestões de quesitos técnicos.

Paralelamente, a realização de estudos preliminares mais aprofundados e o acompanhamento de diligências dos Peritos tornaram-se atividades normais dos Assistentes Técnicos.

A tendência mais atual é a participação dos Assistentes em todas as etapas dos conflitos, desde seu início até a execução de sentença ou acordo,

20 “Não havendo regra específica sobre o assunto na Lei de Arbitragem ou nos regulamentos de arbitragem mais utilizados no Brasil, cabe ao tribunal arbitral organizar a metodologia pericial a ser aplicada ao caso, e, na hipótese de realização de perícia, facultar às partes a indicação de assistente técnico para acompanhamento dos trabalhos periciais. Nesse ponto, nada impede que os árbitros se valham dos princípios estabelecidos pelo direito processual brasileiro, que regulamenta a matéria nos arts. 464 a 480 do Código de Processo Civil (“CPC”), incluindo, o escopo de atuação do assistente técnico.” (Nunes, 2023).

atuando em todas as instâncias. Dessa forma, o assistente passa a trabalhar como consultor da parte que o contrata, subsidiando-a continuamente com os elementos técnicos necessários para as tomadas de decisões e providências nas diversas fases das demandas.

Outrossim, o árbitro não se vincula ao entendimento consagrado no laudo pericial, sendo-lhe lícito considerar o teor dos pareceres elaborados pelos assistentes técnicos das partes e não necessariamente corroborar, em sua decisão, a tese técnica encartada no laudo do perito contratado, desde que com a devida fundamentação técnica. Tal fato reforça a relevância significativa da performance qualificada do assistente técnico no processo arbitral.

Observa-se, então, que os Assistentes Técnicos passam a desenvolver atribuições de notória relevância e, muitas vezes, papéis determinantes para o direcionamento do processo e seu desfecho, razão por que necessário se faz que sejam profissionais diferenciados, que detenham notória especialização, considerável experiência prática sobre a matéria e reputação em sua área de atuação. Em litígios de alta complexidade técnica, atuar desassistido de um expert é tão temerário quanto se defender sem advogado.

É nesse contexto da crescente complexidade das matérias técnicas discutidas em processo arbitral que surge o grande desafio para a Administração Pública, como parte litigante que verifica a necessidade de contratação de tais serviços especializados no caso concreto, quanto à eleição do profissional ou empresa que atuará como Assistente Técnico, haja vista o regime jurídico específico aplicável ao Poder Público.

3. OS LIMITES LEGAIS DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Regra geral das contratações públicas

Consoante o disposto no art. 37, inciso XXI, CF/88, em regra, toda contratação a ser realizada pelo Poder Público deve ser precedida de licitação. Não obstante, há casos em que o procedimento licitatório pode ser afastado, ocorrendo a contratação de forma direta, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, observadas as regras e princípios aplicáveis à espécie.

Em suma, a licitação consiste em procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, que deve garantir igualdade de condições a todos os interessados em participar do certame.

Nessa perspectiva, para a contratação, pela Administração Pública litigante, de Assistente Técnico para atuação em arbitragem, em princípio, seria necessária a realização de procedimento licitatório.

Tendo em vista, entretanto, a evolução do perfil do trabalho do Assistente Técnico na arbitragem e o posicionamento estratégico que vem ocupando nos processos arbitrais, entendo, conforme detalhado adiante, que a escolha desse profissional pode, em determinadas circunstâncias, justificar o afastamento do procedimento licitatório.

3.2. Caracterização dos serviços técnicos especializados de natureza intelectual dos Assistentes Técnicos e (in)viabilidade de competição

Como dito outrora, atualmente, as disputas arbitrais envolvem, com grande frequência, matérias de elevado grau de complexidade técnica e expressão econômica relevante, desenvolvendo os Assistentes Técnicos papel crucial para a eficiência das provas periciais e, por consequência, para a resolução da contenda.

A definição dos quesitos adequados pelo Assistente Técnico tem o poder de influenciar significativamente a análise pericial; e o acompanhamento das diligências e as análises críticas das teses encampadas pelo perito contratado asseguram o enfrentamento de pontos essenciais para a sentença.

A *expertise* do Assistente Técnico, assim, propicia o enriquecimento efetivo do debate técnico no processo arbitral, mitigando o risco de análises incorretas, e contribuindo para uma decisão fundada em argumentos técnicos mais sólidos e fundamentados. Dessa forma, a notória especialização, experiência prática e conceito do Assistente Técnico em seu campo de atuação que guarde pertinência temática com o objeto da perícia, muitas vezes, têm se mostrado determinantes para o deslinde do litígio.

E como a tendência nos processos arbitrais é que, cada vez mais, as partes sejam auxiliadas por Assistentes Técnicos detentores dos atributos ora mencionados (Figueiredo, 2019), para que seja viável o êxito do Poder Público nessas disputas, torna-se inevitável que ele também seja respaldado por profissionais que possuam tais habilidades e *expertise*.

Ressalta-se que apesar da não ser incomum a atribuição do papel de Assistente Técnico da parte pública nos processos judiciais ou mesmo arbitrais ao servidor gestor do contrato, tal prática não é aconselhável, *a priori*, nas demandas que englobem matérias de relevância técnica. Seja porque não é viável que fiquem completamente dedicados ao caso, tendo que dividir seu tempo com outras atividades inerentes ao seu cargo ou função; seja pela potencial dificuldade de dissociação do seu papel na perícia com o seu papel de responsável pela execução do contrato²¹, e, primordialmente, pela ausência

21 Ademais, ocorre, com alguma recorrência, que o Assistente Técnico que exercia a função de gestor do contrato tenha a preocupação de não trazer à perícia informações que possam prejudicar sua posição no órgão, o que acabaria por gerar conflitos de interesses.

da necessária experiência com perícias e seu procedimento, além da notória especialização na matéria controvertida, o que inviabiliza o desempenho ideal do ente estatal na disputa arbitral.

Isso posto, o grande desafio consiste na seleção eficiente de profissional apropriado para as necessidades da Administração por meio de um processo licitatório formal, quando a atuação do Assistente Técnico no processo arbitral demandar notória especialização aliada à conexão de suas características com as circunstâncias específicas e particulares do caso concreto.

Isso se deve ao fato de que o atendimento pleno da necessidade do ente público, nesses casos, depende de atributos e qualificações subjetivas do profissional, tais como conhecimento, conceito, vivência prática, habilidades táticas, desenvoltura, o que acaba por demandar elevado grau de confiança do prestador e, por conseguinte, incompatibilizar-se com a realização de procedimento licitatório. Observa-se, ainda, que referidos atributos exigem um grau de subjetividade, em princípio, insuscetíveis de serem medidos pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Nesse cerne, entender que a contratação de Assistente Técnico para atuação em processo arbitral deve ser necessariamente precedida por procedimento licitatório significa, diagonalmente, restringir o próprio interesse público. Isso porque, como já mencionado, nas hipóteses em que essencial à plena satisfação do objeto do contrato a contratação de profissional com os atributos acima detalhados, o procedimento se mostra incompatível com a carga de subjetividade inerente à escolha daquele profissional.

3.3. Contratação do Assistente Técnico por inexigibilidade

Por vezes, o procedimento licitatório se mostra incapaz de promover a seleção da proposta mais vantajosa para o Estado e, de modo consequente, a satisfação do interesse público (Justen Filho, 2016). A inviabilidade de competição é fundamento de contratação direta por inexigibilidade, nos termos do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, que elenca rol exemplificativo das hipóteses permissivas.

Sob a ótica do alinhamento ao interesse público, com muita clareza, Amaral (2021) assevera, à luz dos contornos do modelo da Administração Consensual:

Sob o ângulo do atendimento do interesse público, a licitação é meio e não fim. Não pode ser interpretada ou indevidamente estendida como um dever universal e única salvação para inibir ilicitudes. Existem situações nas quais realizar licitação será um desserviço ao interesse público. Não se trata de retórica vazia, mas de previsão expressa na Constituição

Federal e na Lei 8.666/1993, que delimitou as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

[...]

Por vezes, efetivar a mais eficiente contratação pública reclama uma dose de apreciação subjetiva do administrador público no processo de escolha do particular que com ela vai se relacionar. É ínsito a própria natureza e ao perfil da contratação direta uma margem de discricionariedade maior a ser conferida ao administrador, que pondera valores que não podem ser objeto de uma comparação a partir de critérios estritamente objetivos.

Conferir maior discricionariedade ao administrador nas suas escolhas é, de outro lado, uma das consequências da consensualidade, novo modelo de ação estatal que privilegia relações mais dialógicas com o administrado. Modernamente, a busca do consenso é referenciada como o meio mais legítimo de se promover a eficiência e uma moderna Administração de Resultados.

A hipótese da contratação de Assistente Técnico dotado dos atributos específicos acima descritos pode se enquadrar no disposto nas alíneas a, b e/ou c do inciso III do art. 74 da Lei de Licitações e Contratos, de 2021, senão vejamos:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:[...]

III - contratação dos seguintes *serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização*, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) *estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;*
- b) *pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- c) *assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*

[...]

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, *considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua*

especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

(grifo nosso)

Há que se mencionar, nesse ponto, que a Nova Lei de Licitações e Contratos suprimiu o requisito da singularidade para a contratação de profissionais notoriamente especializados, previsto na Lei anterior (Lei nº 8.666/1993), assim como ocorreu na disciplina da inexigibilidade na Lei nº 13.303/2016, a Lei das Estatais²².

Antes de se avaliar os reflexos da mencionada alteração na caracterização do instituto da inexigibilidade, necessário se faz trazer elucidações acerca do requisito da singularidade, anteriormente previsto pelo legislador de modo expresso.

Grau (1991), de forma clara e precisa, sintetizou o sentido da singularidade:

Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou determinada empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização. Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não possam realizá-lo do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou determinada empresa. A escolha desse profissional ou empresa, o qual ou a qual será contratada sem licitação – pois o caso é de inexigibilidade de licitação – incumbe à administração.

(grifo nosso)

Sem adentrar de forma exaustiva nas controvérsias doutrinárias que pairam sobre o tema, é importante salientar que há posicionamento no sentido de que, a despeito da supressão da previsão expressa do requisito, mantém-se a necessidade de o serviço ser singular, em razão do próprio pressuposto da inviabilidade de competição. Isto é, não caberia a contratação

²² Em linha similar, a Lei nº 14.039/20 optou por considerar singular qualquer serviço profissional de advogado e contador. Assim o fez, acrescentando o art. 3º-A na Lei nº 8.906/94 e os §§1º e 2º no art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46.

por inexigibilidade para a prática de serviços ordinários, corriqueiros (Niebuhr, 2021).

Lado outro, há quem se posicione no sentido de que o intuito do legislador foi de fato afastar o requisito em função da indeterminação do seu conteúdo e de toda a instabilidade jurídica derivada das dificuldades de se estabelecer seu alcance, deixando o diferencial desse tipo de contratação para o aspecto subjetivo que prepondera (Ferraz, 2021). Frisa-se que este entendimento fora corroborado no Parecer nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU exarado pela Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União – AGU²³.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça²⁴, relativamente à contratação dos serviços de advocacia por inexigibilidade, proferiu entendimento reconhecendo a supressão do requisito da singularidade com o advento da Lei nº 14.133/2021 e a permanência apenas das exigências da demonstração da notória especialização e da natureza intelectual do trabalho.

Observa-se, assim, que se trata de verdadeira política legislativa, em que o legislador, mantendo a tendência de diplomas legais anteriores, a despeito das diversas críticas doutrinárias sofridas, deliberadamente optou por autorizar a contratação direta de serviços técnicos especializados independentemente de prova da natureza singular do objeto.

Contudo, mesmo diante de um cenário legislativo que abdica da singularidade como requisito, tendo em vista a subsistência da controvérsia doutrinária acerca da necessidade da configuração da singularidade no bojo da inexigibilidade, imperioso reconhecer que, de todo modo, na prática, é frequentemente evidente a natureza singular dos serviços técnicos especializados, cuja natureza é predominantemente intelectual, prestados por Assistentes Técnicos em arbitragens que envolvam complexidade técnica.

A *expertise* específica, aliada às habilidades táticas, ao profundo conhecimento do domínio em questão, ao reconhecimento notório do profissional em seu campo de atuação, além da confiança intrínseca à natureza

23 “a) Para a contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços técnicos especializados listados no art. 74, III, da Lei nº 14.133, de 2021, deve a Administração comprovar (i) tratar-se de serviço de natureza predominantemente intelectual, (ii) realizado por profissionais ou empresas de notória especialização; e que (iii) a realização da licitação será inadequada para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. [...] e) Ao administrador público cabe o dever de motivar sua decisão na comprovação da confiança que tem no prestador de serviço por ela escolhido. f) Em relação ao ponto principal, acerca da não previsão da comprovação da natureza singular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização, pelas razões elencadas neste parecer, manifestamo-nos pela desnecessidade de sua comprovação para a contratação por inexigibilidade de licitação, desde que o administrador adote as cautelas elencadas nas letras “a” a “e” deste item 54 do parecer, de forma que a motivação de seus atos conste expressamente nos autos do procedimento administrativo.”

24 AgRg no HC 669.347/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 13.12.2021, Dje 14.02.2022.

do serviço, são características que, em princípio, conferem singularidade palpável ao potencial prestador, o que acaba por reforçar, de forma ainda mais robusta, a pertinência de sua contratação por meio de inexigibilidade de licitação.

A escolha do prestador de serviço está no âmbito do poder discricionário do gestor público, a quem competirá comprovar que sua escolha recaiu entre um dos prestadores de serviço que detêm notória especialização em sua área de atuação, em razão do maior grau de confiança, contornado por todos os atributos específicos detidos pelo prestador, de forma a se concluir ser ele o adequado ao suprimento da necessidade da Administração Pública.

Assim, ante a constatação pelo Poder Público da necessidade de se contratar serviços técnicos especializados de Assistente Técnico²⁵ cujos atributos específicos sejam essenciais e adequados à plena satisfação do objeto do contrato, com vistas ao melhor desempenho do Poder Público em determinada disputa arbitral, caberá ao ente público a demonstração da natureza eminentemente intelectual do serviço e da notoriedade da especialização do profissional que se pretende contratar, em consonância com o disposto no § 3º do art. 74 do referido diploma, de modo a caracterizar a hipótese de inexigibilidade.

Por óbvio, a escolha da Administração Pública, no caso concreto, deve ser devidamente motivada, mediante indicação pormenorizada das razões de qualificação daquele profissional e da conexão das suas características específicas com o perfil e natureza do litígio que se pretende solver, sem prejuízo da comprovação do grau de confiança inerente ao prestador que se pretende contratar, que passa a ser o requisito configurador da inviabilidade de competição.²⁶

CONCLUSÃO

O expressivo aumento da atuação do Poder Público em cenário arbitral, sobretudo após a reforma da Lei de Arbitragem brasileira, em 2015, que lhe franqueou expressamente o uso da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, acabou por implicar acréscimo substancial da complexidade das matérias que são objeto de perícias técnicas nesta via de resolução de litígios.

25 A natureza dos serviços técnicos especializados prestados por Assistentes Técnicos é inegavelmente de natureza intelectual.

26 Como se sabe, a contratação direta não dispensa a instauração do respectivo processo administrativo, que deverá ser instruído com os documentos descritos no art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, em especial, a razão da escolha do contratado e justificativa de preço.

Por consequência, e acompanhando a evolução do perfil do trabalho do Assistente Técnico no contexto das disputas arbitrais de maneira geral, que passou a obter contornos estratégicos, com flagrante potencialidade de direcionar os rumos do processo, tornou-se imprescindível, para o adequado desempenho da Administração Pública nas disputas arbitrais que alberguem complexidade técnica, a contratação de Assistente Técnico que detenha notória especialização, habilidades táticas, experiência prática, conceito na área de atuação que guarde pertinência temática com o objeto da demanda. Tais atributos, em regra, esbarram na objetividade necessária aos critérios a serem estabelecidos para viabilizar a competição no processo licitatório, justificando o afastamento de sua obrigatoriedade.

No presente estudo é demonstrada a viabilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, na forma do art. 74, inciso III, alíneas a, b e/ou c, da Nova Lei de Licitações e Contratos, do Assistente Técnico para atuação em apoio à Administração Pública em disputas arbitrais. Considerada a qualificação específica do profissional necessária ao atendimento da demanda do ente público no processo arbitral que envolva matérias de relevância técnica, inevitável que a escolha do prestador do serviço contenha carga de discricionariedade. Cabe ao gestor público, portanto, comprovar que sua escolha recaiu entre um dos prestadores de serviço que detêm notória especialização em sua área de atuação, em razão do maior grau de confiança, contornado por todos os atributos específicos detidos pelo prestador e que se coadunam com as características do caso concreto, de forma a demonstrar ser ele o adequado ao suprimento da necessidade da Administração Pública.

Não obstante a Lei nº 14.133/2021 tenha suprimido o requisito da singularidade para a contratação direta de profissionais notoriamente especializados, tendo em vista a subsistência da controvérsia doutrinária acerca da necessidade da configuração da singularidade no bojo da inexigibilidade, imperioso reconhecer que, de todo modo, na prática, é frequentemente evidente a natureza singular dos serviços técnicos especializados prestados por Assistentes Técnicos em arbitragens que se revistam de complexidade técnica, o que acaba por reforçar, de forma ainda mais robusta e inquestionável, a pertinência de sua contratação por meio de inexigibilidade de licitação.

Dessa forma, a contratação de Assistentes Técnicos para auxiliar o ente estatal no processo arbitral que envolva questões tecnicamente complexas, por inexigibilidade de licitação, não apenas se adequa ao ordenamento jurídico vigente, mas também se apresenta como o instrumento de contratação mais eficaz e apropriado para o atendimento do interesse público nas hipóteses descritas, uma vez que as características pessoais do prestador que se pretende contratar são necessárias ao pleno atendimento da demanda do ente para o desenvolvimento da atividade com a qualidade e a eficácia requerida. Por

fim, reitera-se que tal prática deve ser sempre acompanhada de rigorosa motivação e justificativa, assegurando a transparência e o alinhamento com o interesse público.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem - Parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*. Tese (Concurso de Livre-docência em Direito Processual Civil). São Paulo: USP, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, RT, v. 17, 2010.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, RT, v. 12, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE FIGUEIREDO, Flávio F. *Participação dos peritos e assistentes técnicos em arbitragens*. In: NETO, Francisco Maia; DE FIGUEIREDO, Flávio Fernando. *Perícias em arbitragens*. 2ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2019. Cap VI.

FARIA, Luzardo. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERRAZ, Luciano. *'The walking dead na Administração' – temporada final (nova lei de licitações)*, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222440/%5Bartigos%5D%20the%20walking%20dead%20na%20administração%20pública%20-%20temporada%20final%20-%20conjur.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25/01/2024.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. A arbitragem na administração pública estadual e o decreto do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica OAB/RJ*. Edição Especial de Infraestrutura, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp->

content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf. Acesso em 22/01/2024.

GRAU, Eros Roberto. Inexigibilidade de licitação. Serviços técnicos-profissionais especializados/notória especialização. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 25, n. 99, p. 70-77, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. São Paulo: *Editora Revista dos Tribunais*, 2016.

MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 6, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *A polêmica da singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual*, 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-de-licitacao-que-visa-a-contratacao-de-servico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/>

NUNES, Thiago Marinho. *A evolução do conceito de prova técnica na arbitragem*. Migalhas, Coluna Arbitragem Legal, 27/07/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/349079/a-evolucao-do-conceito-de-prova-tecnica-na-arbitragem>. Acesso: 20.01.2024

------. *Perícia na arbitragem: o Papel do assistente técnico*. Migalhas, Coluna Arbitragem Legal, 28/03/2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/383697/pericia-na-arbitragem-o-papel-do-assistente-tecnico>. Acesso: 20.01.2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios*. RBDP, Belo Horizonte, Fórum, ano 13, n. 51, out./dez. 2015.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto Pereira; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. *Arbitragem na Administração Pública brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público*. Quaestio Juris, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 02, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestiojuris/article/view/23491/20498>. Acesso em: 14/01/2024.

ROSA, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira; et al. *O Papel dos Peritos e Assistentes Técnicos nas Arbitragens Envolvendo a Administração Pública*. In: BARALDI, Eliana, ABDO,

Helena, MARCATO, Ana, MASTROBUANO, Cristina (coord.). Resolução de disputas em infraestrutura. 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2023.

SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 22-39, 2013.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016.

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

TIBÚRCIO, Carmen. *Arbitragem envolvendo a Administração Pública: estado atual no Direito brasileiro*. *Direito Público*, v. 11, n. 58, p. 70-82, 2014.

TONIN, Maurício Morais. A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo/Centro de Estudos Jurídicos Lúcia Maria Moraes Ribeiro de Mendonça CEJUR*, São Paulo, n. 12, 2023.

A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS DA TRANSPARÊNCIA

ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: CHALLENGES CONCERNING TRANSPARENCY

Eliana Baraldi¹

Giovanna Martins de Santana²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Publicidade vs. Confidencialidade na arbitragem. 2. Os limites da publicidade nas arbitragens com o Poder Público. 2.1. Segurança da Sociedade e do Estado. 2.2. Intimidade e interesse social. 2.3. Segredo industrial. 2.4. Estratégia processual. 3. Obrigações positivas e negativas dos sujeitos das arbitragens com o Poder Público. 3.1. Árbitros e terceiros. 3.2. Parte privada. 3.3. Câmaras arbitrais. 3.4. Entidade pública. Conclusão. Referências.

1 Advogada e árbitra Mestre em Direito Internacional Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora convidada na Auburn University/Alabama-EUA, Salamanca – Espanha; PUC-COGEAE e Faculdades IBMEC-SP.

2 Advogada sênior do escritório Eliana Baraldi Advogados. Advogada e assistente de tribunais arbitrais há 10 anos em litígios e arbitragens nacionais e internacionais. Bacharel e mestranda em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: A partir da alteração da Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/2015, colocou-se uma pá de cal nas discussões acerca da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. No entanto, o caráter privado da arbitragem suscita discussões em relação aos princípios e missões da Administração Pública, dentre os quais o princípio da transparência. O que se discute neste artigo é a eventual necessidade de adequação dos sujeitos públicos e privados que se submetem à arbitragem, de forma a garantir uma eficiente e proba condução do procedimento, sob a perspectiva do princípio da transparência como desdobramento do princípio da publicidade previsto pelo § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem. O escopo precípua é indicar possíveis parâmetros para acesso a informações e limites para a atuação de cada sujeito envolvido na arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Transparência. Publicidade. Confidencialidade.

ABSTRACT: From the amendment of the Arbitration Act by Law 13.129/2015, discussions regarding the subjective arbitrability of Public Administration were put to rest. However, the private nature of arbitration gives rise to discussions related to the principles and missions of Public Administration, among which the transparency principle. This article discusses the potential need to adapt both public and private entities submitting to arbitration to ensure an efficient and honest procedure, from the perspective of transparency as an extension of the publicity principle outlined in Article 2, Paragraph 3, of the Arbitration Law. The main aim is to indicate possible parameters for access to information and limits on the actions of each involved party in arbitration.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Transparency. Publicity. Confidentiality.

INTRODUÇÃO

A Lei de Arbitragem nº 9.307/96 (LArb), com sua reforma de 2015, passou a positivizar expressamente a possibilidade de a Administração Pública – em sentido amplo e subjetivo (Di Pietro, 2016, p. 82) – ser parte em procedimentos arbitrais (art. 1º, §2º), desde que seja de direito e respeitada a publicidade (art. 2º, §3º), possibilidade essa que já era, à época, de todo aceita pela doutrina (Lemes, 2007, p. 116)³ e consagrada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴.

A questão que se coloca é a falta de previsões uniformes – ao menos em âmbito nacional – que permitam delinear a forma e os limites da publicidade nas arbitragens (Reimão, 2023, pp. 259-290). A abordagem deste tema em normas esparsas demanda uma análise conjunta com as práticas já consolidadas e da sua eventual necessidade de adaptação aos princípios e deveres da Administração Pública enquanto parte desse sistema.

O propósito deste artigo é propor a forma mais adequada a assegurar a transparência nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, de modo a entender os desafios que cabem a cada agente envolvido no procedimento, a partir de estudos sobre os conceitos de confidencialidade e de publicidade, dos limites que deles advêm, bem como das faculdades e deveres das partes, árbitros e instituições arbitrais frente a esses temas.

Este artigo será dividido em 3 partes. Num primeiro momento será analisada a natureza (contratual) da confidencialidade usualmente empregada na arbitragem para, então, estabelecer um paralelo com o princípio da publicidade inerente à atividade administrativa, regra nos procedimentos arbitrais em que entidades públicas sejam partes.

Num segundo momento, será demonstrado que todos os atos do procedimento arbitral, inclusive das peças apresentadas pelas partes no procedimento estão sujeitas a disponibilização, estabelecidas as devidas exceções, incluindo, mas não se limitando, aos documentos e informações sigilosos por lei, àqueles que representem segredo industrial, comercial ou estratégia processual,

Por fim, este artigo pretende um cotejo entre a publicidade e os deveres dos agentes envolvidos nas arbitragens com a Administração Pública e, a partir das leis que regulam a matéria, de entendimentos doutrinários a respeito da atividade administrativa, que estabelecem os conceitos de obrigações

3 “A arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade para poder submeter-se à arbitragem, que no âmbito do Direito Público Administrativo, seja como pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) ou de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), qualificadas como entidades da administração pública direta e indireta, todas possuem capacidade para firmar convenção de arbitragem” (Lemes, 2007, p. 116).

4 STJ, REsp 612.439/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005.

positivas e negativas, discutirá o papel dos agentes envolvidos na arbitragem no sentido de disponibilizar o acesso aos procedimentos arbitrais, sendo a Administração Pública a responsável em primeira mão.

1. PUBLICIDADE VS. CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

A arbitragem é meio de solução de controvérsia de natureza híbrida, isto é, contratual na sua origem e jurisdicional no seu objeto (Lemes, 1992, pp. 31-57)⁵, e, desse modo, diferencia-se fortemente do processo judicial, em que o juiz estatal é, na origem e no objeto, investido de poderes pelo Estado (Parente, 2009, p. 58)⁶.

Sob o ponto de vista do aspecto jurisdicional (Kouchanu, 2019, p. 12)⁷, a arbitragem é processo. A decisão proferida pelo árbitro tem força de sentença judicial e o procedimento deve observar os preceitos processuais constitucionais – tais como o devido processo, o contraditório e a ampla defesa – que conferem igualdade de tratamento das partes e equidistância do julgador.

Sob o ponto de vista civilista, a arbitragem é contrato. As partes estipulam a convenção de arbitragem no exercício e limites de sua autonomia privada (Pontes de Miranda, 2012, p. 109)⁸, sob efeito negativo, que afasta do Poder Judiciário a solução de eventual conflito que possa advir da relação negocial, bem como estipulam as regras procedimentais que serão observadas durante todo o procedimento arbitral.

5 Ao analisar o tema, Selma Lemes conclui “ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela efetiva.” (Lemes, 1992, pp. 31-57).

6 “Embora dotado de todo um aparato personalíssimo, que o distingue sobremaneira do modelo estatal, o processo arbitral não sobrevive sozinho. Ele troca mútuas influências com outros sistemas, tanto de direito processual quanto material.” (Parente, 2009, p. 58). Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, consultar a tese elaborada por Eduardo Parente para a obtenção de título de doutor pela Universidade de São Paulo, depositada em 2009.

7 “A travers ces définitions, la nature juridique de l’arbitrage est ainsi caractérisée par une dimension conventionnelle, juridictionnelle de l’institution arbitrale. La dimension conventionnelle de l’arbitrage vise d’une part à assurer le respect de la volonté des parties. D’autre part, elle porte sur la compétence de l’arbitre. (...) Même si elle se veut très limitée, la dimension juridictionnelle de l’arbitrage est une marque de confiance des États à l’égard de l’arbitrage.” Em livre tradução: “Por meio dessas definições, a natureza jurídica da arbitragem é, portanto, caracterizada por uma dimensão convencional jurisdicional do instituto da arbitragem. A dimensão convencional visa, de um lado, assegurar o respeito à vontade das partes e, de outro, trata da competência do árbitro. Mesmo que seja muito limitada, a dimensão jurisdicional da arbitragem é uma marca de confiança dos Estados na arbitragem” (Kouchanu, 2019, p. 12).

8 “Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. O auto-regramento, a chamada “autonomia da vontade”, não é mais do que isso” (Pontes de Miranda, 2012, p. 109).

Muito embora reflita prática enraizada na prática nacional e internacional (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2012)⁹, a confidencialidade na arbitragem não é uma característica inerente à arbitragem. Prova disso são as inúmeras discussões internacionais sobre a divulgação de peças e documentos produzidos em arbitragem no âmbito do Poder Judiciário (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2012) e as decisões brasileiras acerca da constitucionalidade do inciso IV do art. 189 do Código de Processo Civil¹⁰.

A confidencialidade na arbitragem não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro¹¹. Deve, portanto, ser objeto de negociação entre as partes¹². A extensão do sigilo deve ser estabelecida com clareza na convenção arbitral, que deve determinar com precisão quais as informações protegidas¹³.

Diferentemente dos tribunais de justiça estatais, é intuitivo que as câmaras arbitrais não estão preparadas para fornecer meios de consulta irrestritos e acesso integral aos procedimentos arbitrais sob sua administração. Justamente pela ausência de previsão legal quanto à confidencialidade, e devido à sua importância crucial para determinados tipos de contratos, inclusive no sentido de justificar a escolha pela arbitragem como forma de

9 Para uma visão geral sobre o tratamento da confidencialidade em diversas jurisdições consultar FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. In Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13, vol. 19, jan-mar/2012. Pela relevância da confidencialidade na prática arbitral, a comunidade arbitral tende a defender que esta seria, sim, uma característica inerente à arbitragem, e que deveria depender de expressa previsão para seu afastamento. Confira-se: “87% of respondents believe that confidentiality in international commercial arbitration is of importance. Most respondents think that confidentiality should be an opt-out, rather than an opt-in, feature.” Em tradução livre: “87% dos entrevistados acreditam que a confidencialidade em arbitragem internacional é importante. A maioria dos entrevistados entendem que a confidencialidade deveria ser algo a ser excluído ao invés de um recurso opcional.” 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. School of International Arbitration of Queen Mary University of London in collaboration with White & Case. Disponível em [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em 15 fev. 2024.

10 Ainda que o art. 189, IV, do CPC preveja a o segredo de justiça em ações judiciais relacionadas a arbitragem, deve-se interpretar o dispositivo em conformidade com a Constituição Federal. Nota-se que a leitura deste artigo recebe uma outra roupagem se analisado sob o prisma das arbitragens com a Administração Pública, pois deverá o juiz analisar se o sigilo existente na arbitragem foi devidamente comprovado. Da mesma forma, portanto, pode-se dizer das arbitragens que envolvam somente partes privadas uma vez que a confidencialidade não é imposta por lei.

11 Recordar-se que o art. 22-C da Lei de Arbitragem está direcionada ao Poder Judiciário no caso de cumprimento de cartas arbitrais, não fazendo qualquer menção de obrigatoriedade de sigilo ou confidencialidade no processo arbitral.

12 É nossa opinião que a previsão da confidencialidade nos Regulamentos de Arbitragem é uma característica atribuída pelas Partes ao procedimento que pretendem adotar quando escolhem a instituição arbitral para a sua administração.

13 A confidencialidade na arbitragem deve ser necessariamente prevista pelas partes, que, no exercício da autonomia privada, delimitarão a extensão do sigilo – que pode compreender, por exemplo, a existência em si do litígio e todas as informações a ele relacionadas, ou prever a impossibilidade de se divulgar a terceiros apenas informações estratégicas. A cláusula de confidencialidade repercutirá sobre os deveres das partes no procedimento arbitral.

solução de controvérsias, algumas câmaras incluem em seus regulamentos disposição no sentido de que o procedimento arbitral terá seu curso sob sigilo, ao mesmo tempo em que estabelecem regras procedimentais a respeito da divulgação de informações/restricção de acesso aos procedimentos arbitrais, tudo de modo a operacionalizar à Administração Pública a publicidade nos limites da lei (Haddad, 2021, pp. 37-40)¹⁴⁻¹⁵.

Na Lei de Arbitragem, a referência mais próxima à confidencialidade está na menção à necessária discricção dos árbitros (art. 13, §6º)¹⁶, aos quais a lei impõe o dever de não revelar a existência ou comentar/divulgar qualquer tipo de detalhe sobre as partes, o procedimento e o objeto da arbitragem (Nunes Pinto, 2005, pp. 25-36)¹⁷.

Sendo, portanto, uma regra a ser pactuada segundo a vontade das partes, a confidencialidade, quando efetivamente contratada, impede a divulgação de conteúdo relacionado ao procedimento em si, seja pelas partes, seja pelas câmaras arbitrais, seja pelos árbitros (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2012, pp. 227-285)¹⁸.

No caso da Administração Pública brasileira a relação com a confidencialidade na arbitragem segue dinâmica peculiar. A Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem) – com a reforma de 2015 – passou a prever expressamente que as arbitragens nas quais a Administração Pública for parte devem respeitar o princípio da publicidade¹⁹. Esse princípio é inerente à atividade administrativa e possui duas dimensões, “uma referente ao direito de acesso por parte da sociedade em geral às informações sobre os processos e atuação

14 Art. 14 do Regulamento do CAM-CCBC, item 10.6 do Regulamento de Arbitragem da CIESP/FIESP, art. 9º do Regulamento de Arbitragem da CCI, art. 10 do CAM-AMCHAM, art. 17 do Regulamento de Arbitragem do CBMA.

15 Para maior estudo sobre o tema, consultar a obra de HADDAD, Ana Olívia Antunes. *Transparência no processo arbitral*. São Paulo: Almedina, 2021.

16 § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

17 “Afirmamos ser silente apenas parcialmente por entendermos que, em relação aos árbitros, o art. 13, § 6.º, da Lei 9.307/1996, ao exigir que os árbitros, no desempenho de sua função, ajam com “discricção”, impõe a eles o sigilo sobre o procedimento, seus atos, documentos, informações e dados trazidos pelas partes e, ainda, quanto à própria sentença arbitral. Portanto, o dever de sigilo imposto aos árbitros está contido na expressão, proceder com discricção” (Nunes Pinto, 2005, pp. 25-36).

18 Nesse sentido: “O conceito de confidencialidade, por outro lado, diz respeito aos sujeitos da arbitragem (partes, árbitros, instituição arbitral, peritos, testemunhas), impondo-lhes o dever de guardar sigilo em relação à existência da arbitragem, às informações obtidas, aos documentos apresentados, às provas produzidas e às decisões proferidas” (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2012, pp. 227-285).

19 “Art. 2º, §3º, Lei 9.307/96. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” Este artigo deve ser interpretado em consonância com a prescriçã do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que a Lei de Arbitragem é inferior à norma constitucional e esta é regente da atividade administrativa.

dos órgãos jurisdicionais, e outra que diz respeito à garantia de acesso aos dados dos processos pelos interessados diretos nas demandas”²⁰.

O princípio da publicidade da atividade administrativa – previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal – surgiu como “reação ao autoritarismo fomentado pela invocação do segredo administrativo como regra” (Messa, 2019, p. 107), é a garantia de que os recursos públicos são devidamente utilizados e de que a pessoa de Direito Público será fiscalizada (Tonin, 2019, p. 257)²¹.

A “publicidade consiste grosso modo na divulgação oficial dos atos do poder público (...)” (Di Pietro; Martins Junior, 2015, p. 422) e é um subprincípio que, articulado com a motivação e participação, vão em direção ao princípio da transparência administrativa, que consiste “não só na informação ao povo do que a Administração Pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porque assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão” (Di Pietro; Martins Junior, 2015, p. 422).

O comando do princípio da publicidade demanda, portanto, a “ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei” (Di Pietro, 2017), o que claramente afasta a possibilidade de se contratar a confidencialidade na forma e na amplitude permitidas pela autonomia privada nas relações entre particulares, e, portanto, nas arbitragens entre partes privadas.

Com a reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, princípio da publicidade foi invocado pelo legislador no sentido amplo da Administração Pública (Messa, 2019, p. 107)²², sem correlação direta ao processo judicial nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal²³.

20 Ibidem.

21 “O controle da atuação estatal na arbitragem não difere do controle da atuação estatal no processo judicial perante o Poder Judiciário” (Tonin, 2019, p. 257). Com comentário em nota de rodapé nº 611: “Na ocorrência de perda de prazo ou apresentação de peça técnica com erros crassos, por exemplo, podem exigir a apuração de responsabilidade funcional” (Tonin, 2019, p. 257).

22 “A Constituição de 1988, a par de manter as garantias constitucionais do direito à informação e de petição, tendo em conta o seu viés democrático, adotou, como cláusula retora, o princípio da máxima publicidade, de modo que agasalhou, em seu texto, outras cláusulas que dão destaque a essa nova postura, como são os casos das normas que dispõem sobre o habeas data, o direito de acesso à informação, à publicidade da administração e à publicidade dos atos processuais. (...) Essa máxima publicidade dos atos dos órgãos públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário – é uma decorrência natural do sistema democrático moderno, que não se coaduna com a cultura do segredo governmental.” CNJ, Pedido de Providências nº 0002905-90.2009.2.00.0000, requerido pela Procuradoria da República no Município de Canoas/RS.

23 Entende-se que o princípio da publicidade invocado pelo legislador na Lei de Arbitragem diz respeito aos atos administrativos e à atividade da Administração Pública como um todo, sendo certo que não se trata do princípio da publicidade direcionado especificamente às funções típicas do Poder Judiciário (art. 93, IX, da CF).

A mera existência do princípio da publicidade não afasta de todo a confidencialidade dos procedimentos arbitrais que contam com a Administração Pública como parte (Di Pietro, 2017)²⁴, pois são expressamente previstas no inciso LX do art. 5º da CF as hipóteses de sigilo dos atos processuais nos casos em que houver a necessidade de “defesa da intimidade ou do interesse social”, além do inciso XXXIII do mesmo dispositivo, que prevê o dever de informação dos órgãos públicos, “ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”²⁵.

Diante da ausência de regramento específico sobre os limites da publicidade do procedimento arbitral devem ser rigorosamente observadas as hipóteses constitucionais de sigilo (Binebojm, 2014, p. 36)²⁶, sob interpretação das diversas normas legais sobre o tema.

À luz da transparência, considerando as exceções ao princípio administrativo da publicidade, das quais pode fazer uso a Administração Pública nos procedimentos arbitrais, duas questões exsurtem: os limites da confidencialidade e/ou da publicidade e a forma de sua operacionalização, as quais serão objeto dos capítulos seguintes.

2. OS LIMITES DA PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As exceções ao princípio da publicidade dos atos administrativos indicadas no capítulo anterior importam a conclusão de que não se pode nutrir expectativa pelo acesso indiscriminado de terceiros ou pela disponibilização completa de manifestações, ordens processuais ou documentos produzidos no procedimento arbitral. Desse modo, oportuno perquirir a quais tipos de atos e/ou documentos deve se dar conhecimento a terceiros.

Legislação estadual específica prevê rol de atos sobre os quais se deve promover a publicidade, a exemplo do §1º do art. 13 do Decreto 46.245/2018

24 “Existem hipóteses de sigilo na Administração Pública, que têm que ser respeitadas, porque agasalhadas pelo ordenamento jurídico, como as que protegem a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição), as que protegem a intimidade e o interesse social (art. 5º, LX), além de outras previstas em favor das próprias empresas, agasalhadas pelo direito positivo” (Di Pietro, 2017).

25 Diferentemente do inciso IX do art. 93 da CF, este dispositivo constitucional não é endereçado aos Poder Judiciário e pode ser interpretado como uma diretiva para quaisquer atos processuais. Entendendo-se o procedimento arbitral como uma cadeia de atos processuais, pode-se entender que a defesa da intimidade e o interesse social são limitadores do princípio da publicidade do art. 37 da CF.

26 “Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne de vinculação administrativa à juridicidade” (Binebojm, 2014, p. 36).

do Estado do Rio de Janeiro²⁷ e o §1º do art. 12 do Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo²⁸. A doutrina especializada também se preocupa com o assunto, na medida em que pretendeu cotejar o princípio da confidencialidade com as exceções das quais pode se servir a Administração Pública, a exemplo de Carlos Aberto de Salles:

“Para garantir o efeito de controle desejado pela própria Constituição, e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental à convenção arbitral administrativa – e correspondente instrumento convocatório de licitação que a antecede, como se tem sustentado – garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe sirvam de base.”
(2011, p. 284)

Considerando o quanto exposto, pode-se concluir que, muito embora o princípio da publicidade da Administração Pública indique como regra o acesso irrestrito a informações, aquelas que sejam consideradas pela Administração Pública como imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF) e os atos processuais que firmam a intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX, da CF) não serão objeto de divulgação a terceiros.

Para determinar, portanto, o espectro de incidência dos dispositivos constitucionais mencionados, oportuna a análise da doutrina e da legislação que complementa a matéria, objeto dos itens a seguir.

2.1. Segurança da sociedade e do Estado

O principal diploma legal que estabelece as diretrizes sobre a publicidade de informações, bem como respectivas exceções, é a Lei nº 12.527/2011- Lei

27 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.

28 Artigo 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.

de Acesso à Informação (LAI)²⁹. Referida Lei estabelece definições e conceitos cujo estudo se faz imprescindíveis para o fim a que se destina este artigo, qual seja, a interpretação sobre a delimitação do acesso a informações nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

A Lei 12.527/2011 indica, em seu art. 23, rol das informações “consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado”:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

O §1º do art. 23 da LAI prevê que as informações compreendidas pelo rol dos incisos do art. 23 deverão ser classificadas como reservadas, secretas ou ultrassecretas, devendo a autoridade competente para formalizar a referida classificação emitir certidão da respectiva decisão, nos termos do art. 14 do mesmo diploma legal.

29 Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de dezembro de 1990; revoga a Lei 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

Pode-se dizer, portanto, que o sigilo referido na LAI é aquele atinente a documentos públicos e informações sob custódia do Poder Público e, para os fins deste estudo, a comprovação do sigilo – e sua correspondente classificação – impede a Administração Pública de divulgar a informação a terceiros, podendo até mesmo impedi-la de apresentar a informação no procedimento arbitral.

Importa notar que o art. 173 da CF dispõe sobre a permissão de exploração direta de atividade econômica pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional”. Note-se, ainda, que a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista deve ser precedida de estudos/ documentos (anexos à exposição de motivos) com dados objetivos que justifiquem a sua criação³⁰. Desse modo, o enquadramento da informação no rol das hipóteses do art. 23 da LAI pode ser comprovado por meio da mera apresentação desses documentos.

A esse sigilo não poderão se opor o Tribunal Arbitral, a parte privada ou a Câmara de Arbitragem, uma vez que o sigilo imposto pela LAI prevalece sobre o princípio da publicidade e decorre de disposição legal, de modo que não pode ser derogada pelas partes, tampouco pode estar sujeita ao escopo jurisdicional do árbitro.

2.2. Intimidade e interesse social

Quanto à previsão contida no inciso LX do art. 5º da CF, deve-se entender do que se tratam a intimidade e o interesse social para fins de restrição de atos processuais e quais seus reflexos no procedimento arbitral.

Diferentemente dos casos de segurança social e do Estado, esse inciso do art. 5º é destinado a atos processuais, motivo pelo qual deve ser visto como ferramenta de exercício de jurisdição também nas arbitragens, pois não se pode dizer que seu escopo esteja restrito ao Poder Judiciário.

A doutrina faz referência ao “interesse social”, por exemplo, quando analisa casos de desapropriação³¹ e o conceitua como aqueles “diretamente atinentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade” (Di Pietro, 2017), de modo que o interesse social pode ser interpretado como tudo aquilo que importa juridicamente a uma coletividade.

30 Enunciado 14 C/JF. A demonstração da existência de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, descrita no §1º do art. 2º da Lei n. 13.303/2016, será atendida por meio do envio ao órgão do legislativo competente de estudos/ documentos (anexos à exposição de motivos) com dados objetivos que justifiquem a decisão pela criação de empresa pública ou de sociedade de economia mista cujo objeto é a exploração de atividade econômica.

31 Hipóteses previstas no art. 2º da Lei 4.132/62, no §4º do art. 182 da CF (solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado) e no art. 184 da CF (reforma agrária).

O conceito de interesse social para fins de sigilo conflita com o interesse social fundante da publicidade da atividade administrativa, o que gera dificuldades em se identificar a existência de interesse social nos procedimentos arbitrais para fins de determinação do sigilo de qualquer de seus atos.

Atos processuais, informações ou documentos podem ser classificados como sigilosos nos casos em que a sua publicidade possa causar prejuízo à parte, transtorno ao devido processo legal, bem como à imparcialidade do julgador. No entanto, há que se perquirir em que medida o sigilo prevalece sobre a garantia processual do contraditório.

Mesmo que de difícil identificação, caso atribuída a confidencialidade de informações ou sigilo do procedimento com base na proteção à intimidade ou ao interesse social – seja por escolha das partes, seja por decisão do Tribunal Arbitral – todos os sujeitos envolvidos na arbitragem estarão vinculados à referida decisão e terceiros não poderão legitimamente buscar a publicidade do procedimento arbitral perante o Poder Judiciário³².

Muito embora haja procedimentos arbitrais dos quais figurem como parte pessoas físicas, a exemplo das arbitragens trabalhistas, para fins deste artigo – e em razão do aspecto central quanto à participação da Administração Pública –, considerar-se-á somente os aspectos relacionados a pessoas jurídicas (sejam elas de direito público, sejam elas de direito privado) no que se refere à análise de atos e documentos sujeitos a proteção por sigilo.

Segundo o inciso X do art. 5º da CF, a intimidade é conteúdo dos direitos da personalidade, os quais são invioláveis³³.

O art. 52 do Código Civil dispõe que a proteção dos direitos da personalidade é aplicável às pessoas jurídicas, no que couber³⁴. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o entendimento de que é cabível dano moral às pessoas jurídicas por meio do enunciado de súmula 227³⁵ – inclusive estendendo o seu cabimento à pessoa jurídica de direito

32 É diferente do entendimento de eventuais ações judiciais que tenham relação com a arbitragem (anulatórias e cartas arbitrais). A confidencialidade do processo arbitral não gera um segredo judicial automático, razão pela qual não é do nosso entendimento que o art. 189, IV, do CPC é de aplicação automática, mas deve ser interpretado conforme a Constituição Federal pelo juiz que a receber.

33 Art. 5º, X, da CF. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

34 Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

35 Súmula 227 STJ. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

público³⁶. Apesar de críticas da doutrina a esse entendimento³⁷, pode-se dizer que as fontes do dano moral à pessoa jurídica são “o atentado à imagem, ao sigilo e, sobretudo ao bom nome” (Schreiber, 2014, p. 23), pois referentes à honra objetiva (Tartuce, 2020, p. 766)³⁸.

Na defesa de que não há como aplicar as regras dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, Anderson Schreiber afirma que “nada impede sua aplicação analógica aos danos derivados de outras condutas que agridam a pessoa jurídica, como a violação de segredo industrial” (Schreiber, 2014, p. 97).

Por este motivo, quer nos parecer adequado que o sigilo constitucional dos atos processuais em razão da proteção da intimidade, no caso das arbitragens com a Administração Pública, deva ser analisado sob o prisma da defesa do segredo industrial.

2.3. Segredo industrial

O art. 22 da LAI é de fundamental importância para a delimitação da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses 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 público³⁹.

Tal é a importância deste tema para as arbitragens comerciais, e especialmente com o a participação do poder público, que foi replicado no inciso IV do art. 3º do Decreto 10.025/2019⁴⁰, que prevê que “as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias

36 “Pessoa jurídica de direito público tem direito à indenização por danos morais relacionados à violação da honra ou da imagem, quando a credibilidade institucional for fortemente agredida e o dano reflexo sobre os demais jurisdicionados em geral for evidente”. STJ. 2ª Turma, REsp 1.722.423-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24.11.2020. (Informativo 684)

37 Por não ser possível aferir dor, sofrimento e humilhação de uma pessoa jurídica.

38 “Em verdade, o dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva, que é a repercussão social da honra, sendo certo que uma empresa tem uma reputação perante a coletividade” (Tartuce, 2020, p. 766).

39 Nesse ponto, é importante ressaltar que o legislador diferencia o “sigilo” do “segredo de justiça”, sendo aquele direcionado à exceção do princípio da publicidade (tema tratado neste artigo) e este direcionado à exceção da publicidade das decisões judiciais (sem qualquer relação com a arbitragem).

40 Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvem 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 10.233, de 5 de junho de 2001, o §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, o §5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.

Para que se identifique as “hipóteses de segredo industrial” nas relações com o poder público, há que se verificar o conteúdo (i) do art. 206 da Lei de Propriedade Industrial (LPI) nº 9.279/96, segundo o qual o segredo de indústria ou de comércio impõe o segredo de justiça, vedado o uso das informações sigilosas para outras finalidades bem como (ii) dos incisos XI e XII do art. 195 da LPI, que caracterizam como crime de concorrência desleal a disponibilização de referidos segredos sem o consentimento de seu titular.

Entende-se segredo industrial (Barone, 2009, p. 16)⁴¹ como “todo o conjunto de informações sigilosas ou confidenciais relacionadas às atividades empresariais em geral, sejam industriais ou prestação de serviços, e que lhes conferem alguma vantagem competitiva.” (Barone, 2009, p. 09). Alguns exemplos podem ser extraídos do livro *Abuse of Dominant Position na Globalization & Protection and Siclosure of Trade Secrets na Know-How* (Këllezi, 2017, pp. 291-292), em tradução livre:

Informações técnicas:

Desenhos e designs;

Protótipos;

Processos de fabricação;

Invenções patenteáveis ou não patenteadas;

Know-how, fórmula e receitas;

Materiais genéticos e fragrâncias;

Dados de pesquisa e testes;

Fontes de códigos de softwares de computador;

Tecnologia de produção;

Informações de processos técnicos que não funcionam (Informação negativa de R&D).

Informações comerciais:

Lista de consumidores e de fornecedores;

Estratégias e métodos de negócios;

Informações de custo e preço;

Orçamentos;

Estratégia de marketing;

Conceitos de negócios.

41 “Deve-se adiantar, todavia, que embora o segredo industrial não se encontre propriamente definido na legislação brasileira, é possível obter-se, a partir do texto legal, algumas características e elementos que auxiliam a sua significação” (Barone, 2009, p. 16).

A partir desta lista exemplificativa, pode-se dizer que atos procedimentais, decisórios, manifestações e documentos juntados ao processo arbitral que façam referência aos itens relacionados acima pode receber o sigilo necessário ao bom desenvolvimento do caso, bem como à proteção do negócio.

Importa salientar que o sigilo não é de se presumir. Para que sejam os documentos e atos resguardados do acesso público, deve a parte interessada suscitar a necessidade do seu sigilo e comprovar a hipótese que autoriza a referida restrição. Em caso de não concordância da contraparte quanto à atribuição do sigilo, o Tribunal Arbitral decidirá.

2.4. Estratégia processual

Outro tema importante a ser ressaltado é a estratégia processual e que, na arbitragem com a Administração Pública, recebe especial atenção.

A AGU (Cardoso, 2020) aponta que são quatro as hipóteses em que o sigilo deve ser assegurado, a saber, (i) para preservar a vantagem competitiva; (ii) preservar estratégia de defesa; (iii) preservar a inviolabilidade do sigilo profissional do advogado e (iv) processos administrativos para verificação da forma de intervenção em processos extrajudiciais, inclusive arbitragem. Trata-se, em suma, do necessário sigilo em relação aos processos internos para definição de estratégias processuais no âmbito da atuação da Administração Pública, do qual não se excluem os procedimentos arbitrais

Por estratégia processual entende-se a inteligência do desenvolvimento de teses jurídicas e recurso a regras procedimentais em âmbito judicial ou arbitral, tais como a verificação de teorias aplicáveis ao caso, escolha criteriosa dos meios de prova mais adequados, produção de documentos específicos, tudo de modo a comprovar fatos constitutivos do direito da parte – e desconstitutivos do direito da contraparte; um *espaço de manobra* sempre discricionário da parte nos limites das garantias processuais previstas no ordenamento.

Essas restrições ao conhecimento de terceiros são de suma relevância para a Administração Pública e, nesse sentido, em 2019, a PGE do Estado de SP já opinou, em processo administrativo para pedido de exibição de documentos relacionados a *dispute boards* do Rodoanel Mario Covas⁴², que o fornecimento indiscriminado de informações e documentos poderia importar vantagem informacional indevida a partes que pudessem demandar uma condenação da Administração Pública ou de uma empresa estatal, além de que possibilitaria o conhecimento prévio de pretensões resistidas pelas

42 Processo 18488-390732/2019, 19.07.2019.

empresas estatais nas arbitragens. Assim, o sigilo evitaria essa assimetria de informações entre os jurisdicionados.

A decisão traz interessantes reflexões entre a garantia do acesso à informação, a publicidade dos atos praticados pela administração pública, a proteção do sigilo profissional do advogado em processos arbitrais e dispute boards e o sigilo da documentação técnica de engenharia.

O posicionamento da Procuradoria foi no sentido de deferir o acesso às informações pretendidas, porém diferi-lo até o término de todos os procedimentos arbitrais relativos àquele empreendimento que ainda estivessem em andamento.

Nesse sentido, fica claro que os documentos juntados no processo que possam, por exemplo, conter informações sensíveis à sociedade de economia mista ou que possam prejudicá-la face a seus concorrentes, deverão estar abarcados pelo sigilo. No entanto, as informações sobre os principais andamentos da demanda arbitral não escapam à obrigação de publicidade (Rocha, 2016) (Aragão, 2018).

3. OBRIGAÇÕES POSITIVAS E NEGATIVAS DOS SUJEITOS DAS ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos contratos com a Administração Pública já se estabelece a cláusula compromissória desde a fase de edital e, portanto, surgida a controvérsia, todos os sujeitos que participarão da arbitragem estão cientes da necessidade de observância do princípio da publicidade em razão de expressa disposição legal⁴³.

Nota-se que a cláusula arbitral aposta nos contratos administrativos não tem contornos de cláusula exorbitante (Timm; Da Silva; Richter, 2016)⁴⁴ e, portanto, não confere nenhuma prerrogativa ou privilégio que garanta a posição de supremacia da Administração Pública sobre o particular na arbitragem⁴⁵.

43 Art. 1º, §3º, da LArb.

44 É importante enfatizar que a cláusula arbitral em contratos administrativos é normalmente uma exigência do investidor privado ou uma condição para obtenção de garantias. Nesse sentido: “Para a iniciativa privada, proporciona a segurança jurídica necessária para a inserção de cláusula arbitral nos acordos firmados com o setor público. Caso surjam conflitos decorrentes desta relação, o investidor contará com um procedimento célere, imparcial, com prazos e atos procedimentais flexibilizados e fixados caso a caso, e, finalmente, cuja decisão proferida será vinculante e livre dos inúmeros recursos previstos na legislação processual. Já para o setor público, é mais um atrativo a oferecer aos empresários na busca por novos investimentos, com a finalidade de alavancar o crescimento e o aperfeiçoamento dos serviços públicos, considerando o cenário de crise econômica vivido pelo país” (Timm; Da Silva; Richter, 2016).

45 Ressalta-se, mais uma vez, a inaplicabilidade automática do Código de Processo Civil e a sua incompatibilidade na sistemática arbitral.

Aliado ao fato de que a cláusula arbitral não constitui cláusula exorbitante, deve-se considerar que, de acordo com o art. 54 da Lei 8.666/93⁴⁶, os contratos administrativos regem-se supletivamente pelos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado (Pontes de Miranda, 2012, p. 62)⁴⁷, as normas que vinculam as partes contratantes têm como fonte (i) o regramento estatal, (ii) usos e costumes, (iii) texto contratual e (iv) regras não escritas criadas pelas partes que, por sua vez podem ser (a) complementares ao instrumento ou (b) com ele colidentes (Forgioni, 2020, pp. 91-92).

Com base nas fontes das obrigações mencionadas, serão analisadas as obrigações sob a perspectiva de cada sujeito envolvido na arbitragem e, consequentemente, a extensão da responsabilidade e os atos que se pode atribuir a cada um na concretização do princípio da publicidade em arbitragens com a Administração Pública.

Para os fins deste estudo, serão considerados sujeitos os árbitros, os secretários de tribunal arbitral, as câmaras arbitrais, a parte privada signatária do contrato administrativo, terceiros que participem de alguma forma do processo e a própria Administração Pública.

3.1. Administração Pública

A doutrina, em sua maioria, entende que constitui obrigação do órgão da Administração Pública a divulgação e publicação dos documentos e atos praticados nos procedimentos arbitrais dos quais participar (Carmona, 2016, p. 72). Esse também é o nosso entendimento.

À atividade administrativa são impostos diversos deveres decorrentes da sua função pública e, principalmente da necessidade de prestação de contas de seus atos. Nesse sentido, “[a] publicidade é dever jurídico dos agentes, entidades e órgãos de qualquer esfera administrativa (federal, estadual e municipal)” (Martins Junior, 2004, p. 59).

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

47 Acerca do princípio da publicidade, este está carregado de conteúdo prescritivo à atividade da Administração Pública ainda que não haja previsão legal expressa sobre o comportamento que esta deve adotar (como é no caso da publicidade prevista no §3º do art. 2º da LArb). Aqui, adota-se princípio como ‘norma jurídica’ dotada de carga prescritiva, resultado dos debates acerca da natureza normativa dos princípios nos finais do séc. XX, conforme atualização do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda. “Consequentemente, tanto quanto as regras jurídicas, os princípios configuram proposições prescritivas de comportamentos a que estão ligadas consequências jurídicas, sendo dotados de poder de incidir e, assim, vinculando as condutas a que se referem” (Pontes de Miranda, 2012, p. 62).

“O dever envolve a exposição do ato em meios oficiais. Sua finalidade é tornar público, tornar do conhecimento público. A divulgação dos atos praticados pela Administração Pública abrange o meio utilizado para a exteriorização da vontade da administração, bem como o modo da divulgação. Na análise do meio utilizado é necessário observar a forma de divulgação prevista na legislação. Na ausência de codificação legal, a divulgação deve ser feita por órgão oficial da Administração Pública, e não pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial” (Messa, 2019, pp. 111-112).

Essa obrigação deve ser necessariamente interpretada no contexto da transparência administrativa como forma de “garantir a submissão da atividade da Administração Pública ao escrutínio da sociedade” (Messa, 2019, p. 72) feita por meio da prestação de contas, que tem como um dos parâmetros a visibilidade (capacidade de o cidadão ter acesso físico e intelectual às atividades da Administração Pública) (Messa, 2019, p. 72).

“No aspecto formal, um acesso fácil, simples e rápido no meio eletrônico, envolvendo a capacidade da Administração Pública de disponibilizar informações de interesse público, não apenas por imposição de dispositivos de leis ou regulamentos, mas de forma proativa, contemplando não apenas resultados da atividade administrativa, mas fatores que norteiam a preservação e otimização de valor da organização, gerando uma sociedade capaz de gerir o poder público” (Messa, 2019, pp. 72-73)

De acordo com Ana Flávia Messa, são características à Transparência Administrativa a expansão eletrônica (Messa, 2019, pp. 78-79) e a expansão da responsabilidade (Messa, 2019, p, 79). Isso significa que é responsabilidade da Administração Pública a disponibilização das informações que possam interessar terceiros, e a forma mais fácil da sua realização é por meio da internet, em sites das próprias entidades públicas.

É com base nessas premissas, portanto, que foi aprovado o enunciado nº 15 da I Jornada de Direito Administrativo promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) que prevê que “[a] Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).”

As justificativas para a elaboração do enunciado estabelecem obrigação positiva à Administração Pública: “a Administração Pública deve promover a publicidade ativa das arbitragens de que é parte”. Essa obrigação toca à divulgação dos atos e documentos da arbitragem, a fim de assegurar a transparência administrativa.

No mesmo sentido é a Resolução nº 5.845/2019⁴⁸ da Agência Nacional de Transportes Terrestres, que dispõe em seu art. 22⁴⁹ quais os documentos que serão disponibilizados no sítio eletrônico da autarquia, a saber (i) o requerimento de arbitragem, (ii) a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes apresentadas sobre o mérito, (iii) as provas produzidas e (iv) as decisões do tribunal arbitral.

No mesmo sentido, o Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo, que dispõe no § 2º do seu art. 12 que “[a] Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.”

Também o Município de São Paulo regulou a matéria, por meio do art. 16⁵⁰ do Decreto 59.963/2020⁵¹, que estabelece ressalva em linha com a exceção constitucional, no sentido de que somente não serão públicas as informações e documentos necessários à preservação do segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

Nota-se, portanto, que a maior as normas específicas sobre arbitragem que dispõem sobre a forma como será efetivado o princípio da publicidade fazem referência à obrigação da entidade pública na divulgação dos atos processuais, a chamada publicidade ativa. Não foi o caso, no entanto, da previsão do §2º do art. 13 do Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, que determina que “[a] Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado”.

Neste ponto, cabe uma crítica sensível que aqui se pede vênha para ponderar. A publicidade ativa é o meio pelo qual os cidadãos e interessados serão postos a par da existência em si dos procedimentos arbitrais. Desse modo, parece-nos um contrassenso condicionar a disponibilização de acesso a procedimentos arbitrais à iniciativa ou ao requerimento de um interessado que, a rigor, sequer terá sido informado sobre a existência do litígio.

48 Esta Resolução estabelece as regras e os procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT.

49 Art. 22. As informações no processo arbitral serão públicas e de livre acesso, sendo os seguintes documentos disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT:

I - O requerimento de instauração de arbitragem;

II - A resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes apresentadas sobre o mérito;

III - As provas produzidas; e

IV - As decisões do tribunal arbitral

50 Art. 16. Os atos do processo arbitral serão públicos e 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.

51 Regulamenta o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020, para o fim de dispor sobre o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Escorreta e prudente e iniciativa dos órgãos da Administração Pública que disponibilizam dados para consulta no próprio sítio eletrônico, em consonância com o enunciado 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF.

Ainda que se defenda que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade estrita e que os comandos acima mencionados vinculam tão somente os órgãos e entidades da Administração Pública relacionados, o princípio da publicidade imposto pela Constituição Federal exige da Administração Pública uma postura ativa, sobretudo porque se trata de um dever imposto pela Constituição Federal; eventuais interessados saberão onde encontrar as informações que necessitam (sem ter que consultar todas as câmaras arbitrais brasileiras para tanto). Além disso, a vinculação da Administração Pública é permanente, sendo a divulgação um ato pertencente às suas missões constitucionais:

“Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, “a reserva da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição” (Binebojm, 2014, p. 37).

Para que não haja problemas na divulgação dos atos processuais, e consequente responsabilização do ente público de forma desarrazoada, observa-se a solução adotada no âmbito da ANTT pela Resolução nº 5.845/2018 e que merece destaque na concretização dos objetivos impostos pelo princípio da publicidade e do atendimento a eventual sigilo, ao disponibilizar os atos do processo arbitral em seu sítio eletrônico.

Dada a bem-sucedida e elogiada prática adotada pela ANTT, bem como pela Procuradoria do Estado de São Paulo, observa-se que outros órgãos e autarquias vêm seguindo o mesmo processo inclusive em âmbito federal, com a disponibilização⁵², pela própria Advocacia Geral da União, dos principais documentos dos procedimentos arbitrais (atas de missão, sentenças parciais e finais), suficientes para possibilitarem a terceiros compreender o objeto da controvérsia e o resultado do procedimento arbitral.

52 Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1> Acesso em 15 fev. 2024.

3.2. Árbitros e secretários de tribunais arbitrais

O árbitro função jurisdicional, equiparado ao juiz de fato e de direito⁵³, de forma temporária e limitada ao objeto da jurisdição que lhe tenha sido outorgado pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, sujeito a observar deveres legais e condutas éticas a critério das instituições arbitrais.

O art. 13, §6º da Lei de Arbitragem⁵⁴ impõe ao árbitro os deveres de imparcialidade, independência, diligência e discrição - merecendo especial atenção este último, para efeito deste estudo.

De acordo com Carlos Alberto Carmona, entende-se por dever de discrição o dever de não comentar a existência do procedimento arbitral, atos praticados durante o seu curso, sobriedade do julgador no desempenho da sua função, mesmo que as partes não estabeleçam esse dever expressamente no termo de arbitragem, sob pena de responder por perdas e danos (2009, p. 246).

Cabe observar que ao aceitar a função em procedimento em que a Administração Pública seja parte, o árbitro concorda automaticamente com a observância do princípio da publicidade, não podendo obstar a divulgação dos atos praticados durante a arbitragem e do resultado da demanda. A observância desse princípio em nada interfere no cumprimento do dever de discrição, ao qual o árbitro continua adstrito, sendo-lhe vedado comentar ou opinar sobre fatos relacionados ao procedimento arbitral, bem como determinar a disponibilização indiscriminada de cópias do procedimento arbitral a terceiros, tal como ocorreria se se tratasse de arbitragem entre particulares.

Considera-se que o secretário do tribunal é uma extensão do próprio tribunal arbitral e, portanto, a ele se aplicam as mesmas as regras e deveres que se aplicam aos árbitros. Dessa forma, o secretário do tribunal arbitral não poderá divulgar ou fazer qualquer comentário sobre os casos em que atua como tal, tampouco considerar-se como um dos responsáveis pela implementação do princípio da publicidade (Leite, 2021, pp. 206-208; Barros, 2017, p. 381).

Se nem mesmo podem o árbitro ou o secretário do tribunal arbitral comentar sobre o procedimento em que atuam, menos ainda haverá de recair sobre eles a obrigação de disponibilizar acesso a atos ou documentos do procedimento arbitral.

53 Art. 18 da LArb. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário.

54 §6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

De acordo com o Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados encarregada do Projeto da Lei 13.129/2015 – que alterou a Lei de Arbitragem Brasileira – a intenção do legislador foi a de que caberia ao árbitro o dever de “decidir a amplitude da publicidade a ser dada no processo”⁵⁵.

No entanto, o enunciado 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) atribui à própria Administração Pública a obrigação de dar cumprimento aos dispositivos legais da lei de arbitragem que regulam a publicidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública: “[n]a arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.”

Tem-se, pois, que em razão da previsão constitucional do princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF), a intenção do legislador ordinário deve ser interpretada de forma a atribuir ao árbitro o dever de decidir sobre o sigilo de atos, informações ou documentos que – nos termos examinados no item 2 deste artigo – conforme pedidos específicos pelas partes. Nos termos e limites do pedido de sigilo, portanto, o árbitro exercerá o controle sobre a extensão da publicidade que se deve empregar caso a caso.

Ainda assim, em razão da preponderância da vontade das partes no procedimento arbitral, somente em caso de discordância sobre o que se enquadraria nas hipóteses de sigilo é que o árbitro deveria ser chamado a resolver.

Havendo, pois, a publicidade como regra do processo arbitral, o árbitro deve ser inerte na atribuição do sigilo ou de estabelecimento dos limites da publicidade e se manifestará somente em caso de pedidos formulados pelas partes que discordem sobre o assunto.

A esse respeito, pode-se tomar como exemplo o art. 13, §4º, do Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o dever dos árbitros em decidir sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes na atribuição de sigilo de documentos e informações⁵⁶. No mesmo sentido, o art. 2º da Resolução Administrativa 15/2016 do CAM-CCBC⁵⁷ e art. 20.2

55 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569&filena me=Tramitacao-PL+7108/2014, p. 13. Acesso em 15 fev. 2024.

56 §4º. O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidas por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

57 Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da AMCHAM Brasil⁵⁸.

3.3. Câmaras arbitrais

A doutrina não é uníssona sobre a responsabilidade das câmaras em relação à observância do princípio da publicidade inerente às arbitragens com a Administração Pública. Há quem entenda que essa publicidade deve ser dada pelas Câmaras Arbitrais (Castelo Branco; Soares; Gomes, 2021, pp. 33-59). É o nosso entendimento que também a Câmara arbitral detém uma obrigação negativa nestes casos e, portanto, não devem criar óbices à ampla publicidade.

O princípio da publicidade direcionado às arbitragens da Administração Pública demanda o acesso público dos procedimentos a qualquer momento, até mesmo anos após o encerramento da arbitragem, principalmente se levarmos em consideração que as arbitragens envolvem contratos de longa duração.

As câmaras arbitrais são instituições de direito privado que fornecem serviços de organização e administração dos procedimentos iniciados sob sua responsabilidade até a sua conclusão. Nesse sentido, “(...) não se admite a renúncia da instituição. A partir de sua indicação e aceitação do encargo, ela fica vinculada ao processo até o fim”⁵⁹.

Desta forma, os deveres da instituição arbitral frente ao processo abarcam a manutenção da sua integridade, o sigilo sobre os fatos e circunstâncias durante e depois de finalizado o procedimento, o zelo e a disponibilidade na condução do processo arbitral, garantia do sucesso e bom andamento (dentro dos limites de sua atuação) e a guarda dos documentos “antes, durante e depois de finalizado o procedimento, em conformidade com as condições e prazos fixados no regulamento aplicável.”⁶⁰.

Nota-se, portanto, que o serviço prestado pela câmara arbitral escolhida pelas partes é temporário e se exaure no momento da prolação da sentença final e consequente certificação de encerramento do procedimento.

Diferentemente do Tribunal de Justiça, a câmara arbitral presta um serviço privado que não comporta a ampla disponibilização de documentos

58 20.2. Incumbirá ao Tribunal Arbitral decidir sobre os pedidos formulados por qualquer das Partes ou terceiros, sobre o do sigilo de informações e documentos protegidos legalmente ou cuja divulgação possa prejudicar o interesse das Partes.

59 De acordo com o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 8/12/2010, com vigência a partir de 2/1/2011. Disponível em <https://conima.org.br/institucional/codigo-de-etica-das-instituicoes/>. Acesso em 15 fev. 2024.

60 De acordo com o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) aprovado em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 8/12/2010, com vigência a partir de 2/1/2011. Disponível em <https://conima.org.br/institucional/codigo-de-etica-das-instituicoes/>. Acesso em 15 fev. 2024.

e atos dos procedimentos sob sua administração. As câmaras arbitrais regulamentam quais as informações que poderão ser fornecidas por elas, durante o curso das arbitragens, especialmente nas arbitragens em que uma das partes é a Administração Pública.

É de se observar que o § 1º do art. 3º do Decreto 10.025/2019 dispõe que caberá à câmara arbitral fornecer as informações sobre o processo de arbitragem, desde que autorizada pelas partes, salvo nas hipóteses de sigilo, nos seguintes termos:

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.

[...]

§1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput.

Este dispositivo deve ser interpretado de acordo com o princípio da publicidade do art. 37 da CF, conforme examinado no item 1 deste artigo. Isso quer dizer que a publicidade ampla do processo está direcionada à Administração Pública e, portanto, o Decreto Federal impõe à Câmara Arbitral tão somente a divulgação das informações do caso, tais como a data de requerimento da arbitragem, o nome das partes, os nomes dos árbitros e o valor envolvido.

Nesse mesmo sentido é o § 5º do Art. 13 do Decreto 46.245/2016 do Estado do Rio de Janeiro, que expressamente dispõe que 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 mesmo sentido, a Resolução Administrativa CAM-CCBC 15/2016 define que terceiros podem ser informados sobre a existência de arbitragens que envolvem a Administração Pública, data do requerimento de arbitragem e nome das partes, podendo esses dados serem disponibilizados inclusive no site do CAM-CCBC” (art. 3º), mas outros documentos e demais informações a respeito do procedimento arbitral não serão fornecidos (art. 3º, parágrafo 1º).

A CAMARB também prevê, no art. 12.3 de seu Regulamento, que “não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais”. O Art. 12.2 do referido Regulamento dispõe ainda que “a secretaria da CAMARB divulgará em seu site a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes dos requerente(s) e requerido(s)”, além da sentença, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário em relação a essa última (art. 12.5).

O CAM AMCHAM, por sua vez, dispõe, no art. 20.1 do seu Regulamento⁶¹, que as partes deverão definir no termo de arbitragem “sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros, observando as particularidades administrativas do CAM AMCHAM e observado o sigilo protegido por lei”, cabendo a esta câmara apenas a disponibilização, em seu site, da existência da arbitragem, da data do requerimento de instauração, os nomes das partes e o número do procedimento arbitral (art. 20.4).

Assim, parece-nos que a instituição de arbitragem terá o dever de informar os dados do processo arbitral a terceiros, caso autorizada, sob pena de criar óbices ao princípio da publicidade das arbitragens com a Administração Pública, e será sua *faculdade* disponibilizar os demais documentos e informações, caso não abarcados pelo conceito de informação sigilosa já exposto no item 2 deste estudo.

Após o encerramento da arbitragem, considera-se encerrada a prestação dos serviços pela instituição arbitral, mas é praxe que se defina um prazo de guarda de documentos, embora não previsto em lei e embora não haja obrigação legal de as câmaras arbitrais manterem os documentos sob sua custódia.

Ainda assim, os documentos são provas importantes de direitos e obrigações, sendo de importância crucial observar-se o prazo prescricional de referidos direitos, a exemplo das questões fiscais, de modo que se recomenda que se guardem documentos pelo prazo de 5 anos⁶². Além disso, por analogia, recomenda-se que sejam guardados por este mesmo prazo os documentos relacionados à gestão interna dos pagamentos de honorários de árbitros, eventuais extratos bancários, dentre outros, em razão dos prazos prescricionais

61 20.1. Considerando o disposto no Artigo 2º, § 3º da Lei n.º 9.307, incluídos pela Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015 e o disposto no Artigo 37 da Constituição Federal do Brasil, as Partes deverão, no momento da celebração e finalização do Termo de Arbitragem, dispor sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros, consideradas as particularidades administrativas do CAM AMCHAM e observado o sigilo protegido por lei.

62 Art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional nº 5.172/66.

previstos no Código Civil⁶³, muito embora esses documentos não detenham qualquer relação com o procedimento arbitral.

De acordo com o Código de Ética formulado pelo Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA)⁶⁴, é dever da instituição arbitral guardar os documentos até mesmo depois do encerramento do procedimento e de acordo com os prazos fixados no respectivo regulamento.

Nesse sentido, o Regulamento do CAM-CCBC⁶⁵ prevê, em seu art. 40.2, que os “autos físicos do processo arbitral permanecerão arquivados por 6 (seis) meses e os autos eletrônicos por 5 (cinco) anos, contados do encerramento da arbitragem”.

Já o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)⁶⁶ não prevê prazo específico para a guarda de documentos, mas prevê, no art. 1º, itens 7 e 8 do Apêndice II (Regulamento Interno da Corte Internacional de Arbitragem) que deverão ser conservados nos arquivos da Corte:

7. Em cada arbitragem submetida ao Regulamento, a Secretaria conservará nos arquivos da Corte todas as sentenças arbitrais, a Ata de Missão, as decisões da Corte e as cópias das correspondências relevantes preparadas pela Secretaria.

8. Todos os documentos, notificações ou correspondências apresentadas pelas partes ou árbitros poderão ser destruídas, exceto se uma parte ou um árbitro solicitar, por escrito, a devolução de tais documentos, notificações ou correspondências dentro de um prazo estabelecido pela Secretaria. Todas as custas e despesas relativas à devolução desses documentos correrão por conta da parte ou do árbitro que os tiver requerido.

A Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), por sua vez, prevê, no art. 13.6 de seu Regulamento⁶⁷ que “decorridos 5 (cinco) anos da prolação da sentença final, fica a CAMARB autorizada a descartar os autos do procedimento, permanecendo arquivadas somente as sentenças arbitrais”.

63 Art. 206, §5º, inciso II, do Código Civil, Lei nº 10.406/2002.

64 Disponível em <https://conima.org.br/institucional/codigo-de-etica-das-instituicoes/>. Acesso em 15 fev. 2024.

65 Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-2022/>. Acesso em 15 fev. 2024.

66 Disponível em <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em 15 fev. 2024.

67 Disponível em https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/10/regulamento-de-arbitragem-camarb-2019_atualizado2019.pdf. Acesso em 15 fev. 2024.

Assim, exigir das câmaras arbitrais a disponibilização dos processos sem qualquer prazo de cessação corresponderia a uma prestação de serviços *ad eternum* e a título gratuito, ainda que extremamente oneroso à instituição arbitral, em regra, sem fins lucrativos. Assim, a instituição arbitral não faz parte da estrutura governamental ou de qualquer dos três poderes. A ela não se direciona o princípio da publicidade, sendo certo de que a ela não é imposto nenhum dever de divulgação dos procedimentos arbitrais. No entanto, entende-se que a câmara deverá divulgar as informações que não estejam protegidas por sigilo a terceiros que assim o requeiram mesmo a respeito de procedimentos arbitrais encerrados.

3.4. Parte privada

Também a parte privada deverá observar o princípio da publicidade, observância essa da qual decorre uma obrigação negativa no sentido de não criar obstáculos à divulgação de informações e documentos conforme autorizado ou exigido por lei.

Essa premissa é replicada nos mais diversos regulamentos de arbitragem, que, em regra, preveem ser vedado aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral.

Observa-se também que, caso não haja qualquer documento ou ato abarcado pelo sigilo no âmbito do processo arbitral, é o nosso entendimento que a parte privada que o disponibilizar a terceiros não responderá por perdas e danos.

Em regra, o contrato público-privado é precedido de licitação ou de outro procedimento público e, sobre esse aspecto, o parceiro privado está ciente da obrigação que incumbe à Administração Pública no sentido de dar cumprimento ao princípio da publicidade, inclusive nos procedimentos arbitrais que decorram de referidos contratos.

No entanto, havendo questões de interesse sigiloso para a parte privada, esta deverá comprovar o seu enquadramento nas hipóteses de sigilo permitidas por lei (conforme analisado no item 2) e formular o requerimento para que referidas informações e documentos sejam protegidas por sigilo. No caso de discordância da Administração Pública, a decisão sobre eventual sigilo e os seus limites caberá ao árbitro.

CONCLUSÃO

O compromisso com a transparência demanda a estrita observância do princípio da publicidade, expressamente previsto no art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem. Muito embora a confidencialidade seja um dos

atributos mais valorosos da arbitragem, não se encontra expressamente prevista no ordenamento e depende, portanto, de convenção das partes nesse sentido. Ainda que contratada, não constitui regra absoluta e não impõe sigilo sobre todos os atos do procedimento arbitral. Para os fins pretendidos pelo legislador, a expressa previsão da observância do princípio da publicidade está diretamente relacionada ao princípio da transparência e ao direito de terceiros ao acesso de informações sobre a atividade administrativas, natural do sistema democrático moderno, prevista no art. 37 da Constituição Federal. A intenção do legislador, portanto, foi o claro afastamento do aspecto da confidencialidade que permeia a prática arbitral.

Tampouco a publicidade administrativa é regra absoluta. O próprio texto constitucional especifica as hipóteses em que se haverá de impor sigilo, desde que comprovada a respectiva necessidade em razão de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF), bem como de proteção da intimidade e do interesse social (art. 5º, LX, da CF). Extrai-se da legislação aplicável, ainda, que o sigilo será imposto nos casos envolvendo a Administração Pública em que houver necessidade de proteção aos segredos industriais e comerciais, bem como aos atos preparatórios da arbitragem enquanto questões de estratégia processual.

A Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 serve como balizador para aferição da transparência, desde que preservado o sigilo de documentos classificados como reservados, secretos e ultrassecretos.

Como hipótese de imposição do sigilo em arbitragens com a Administração Pública, deve-se ainda observar as normativas correspondentes ao segredo industrial da Lei 9.279/96, abrangido o entendimento do que se denomina segredo comercial. Por questões estratégicas e de livre concorrência, determinadas informações podem ser consideradas estratégicas e não passíveis de serem disponibilizadas a terceiros. Esse tipo de informações pode corresponder a interesses tanto da atividade empresarial da Administração Pública quanto do ente privado.

O sistema arbitral e as garantias processuais a ele inerentes, portanto, existem em pé de igualdade entre as partes na arbitragem, inclusive naquelas em que haja a participação da Administração Pública, casos em que recairá sobre esta a obrigação de publicidade ativa – é à Administração Pública que cabe o dever inerente à sua natureza no sentido de promover a divulgação da existência do procedimento arbitral e de atos, documentos, decisões e sentenças.

A forma mais frequente de operacionalização dessa publicidade ativa é a divulgação por meio do sítio eletrônico do órgão da Administração Pública,

tudo de forma a possibilitar aos interessados a ciência sobre o resultado do referido procedimento, em atendimento ao princípio da transparência administrativa.

Árbitros, terceiros, parte privada e câmaras arbitrais detêm uma obrigação negativa no sentido de não obstem a divulgação dos atos procedimentais.

À parte privada caberá o requerimento de sigilo e a concordância no caso de documentos e informações cujo sigilo seja imprescindível para o bom andamento da arbitragem. Aos árbitros caberá decidir sobre eventuais divergências sobre a adequação de documentos informações nas hipóteses de sigilo, a pedido de qualquer das partes. E às Câmaras arbitrais caberá o fornecimento de informações básicas sobre os procedimentos, desde que autorizadas, tais como a data de instauração do procedimento, os nomes das partes, dos árbitros e o valor da causa.

Recomenda-se tomar como exemplo de concretização do princípio da transparência o art. 22 da Resolução 5.845/2019 da ANTT e o art. 12 do Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo, os quais balizam a operação do princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública, tornando-o efetivo e eficiente.

REFERÊNCIAS

2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. School of International Arbitration of Queen Mary University of London in collaboration with White & Case. Disponível em [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em 15 fev. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais, 2ª edição*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 386.

BARONE, Daniela Marcos. *A proteção internacional do segredo industrial*. Dissertação de mestrado sob orientação da Profª Dra. Maristela Basso. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

BARROS, Vera Cecília Monteiro. *A importância do secretário na arbitragem em 20 Anos da Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas 2017.

BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria de Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARDOSO, Paula Butti. *Informações n. 00003/2020/CODNEA/NEA/CGU/AGU. NUP 00688.001198/2020-19*, de 23.11.2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública*. Revista Brasileira de Arbitragem, Curitiba, CBAr& IOB, v.XIII, n. 51.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTELO BRANCO, Aristhéa Totti Silva. SOARES, boni de Moraes. GOMES, Cristiane Cardoso Avolio. *A responsabilidade das instituições arbitrais de dar publicidade à arbitragem público-privada*. RBADR | Belo Horizonte, n. 05, p. 33-59, jan./jun. 2021. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/168746/responsabilidade_instituicoes_arbitrais_branco.pdf Acesso em 15 fev. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (Versão digital).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções*. In Revista de Direito Privado. Coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13, vol. 19, jan-mar/2012.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação*. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

HADDAD, Ana Olívia Antunes. *Transparência no processo arbitral*. São Paulo: Almedina, 2021.

KËLLEZI, Pranvera et al. (eds.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How, LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition*. Springer International Publishing AG, 2017.

KOUCHANU, Balbine Léa Modukpè. *Les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale: Etude comparative France-OHADA*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Perpignan Via Domitia, 2019.

LEITE, Fabiana. *Secretários de Tribunais Arbitrais em Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados*. 2ª edição: Rio de Janeiro, Curso Prático de Arbitragem, 2021.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais*. Direito Brasileiro e Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 81, n. 686, dez/1992.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESSA, Ana Flávia. *Transparência, Compliance e Práticas Anticorrupção na Administração Pública*. São Paulo: Almedina, 2019.

NUNES PINTO, José Emílio. *A confidencialidade na Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. In Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6/2005.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. Orientado por Carlos Alberto Carmona, 2009.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e Jurídicas, atual. por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo III, Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, atual. por Marcos Bernardes de Mello e

Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REIMÃO, Clóvis. *O rei está nu: o princípio da publicidade na arbitragem administrativa no Brasil e em Portugal*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Ed. RT, abr./jun.2023, vol. 77. ano 20. p. 265-290.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 49/2016 | p. 103 - 126 | Abr - Jun / 2016.

SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Coleção ADRs coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

TIMM, Luciano Benetti; DA SILVA, Thiago Tavares; RICHTER, Marcelo de Souza. *Os Contratos Administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50, jul-set/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TONIN, Maurício Morais. *Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público*. São Paulo: Almedina, 2019.

ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS DE PPP E CONCESSÃO: UM ESTUDO DE CASOS

*OBJECTIVE ARBITRABILITY OF SANCTIONS IN
ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A CASE STUDY*

Elisa Schmidlin Cruz¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contratos administrativos e arbitrabilidade objetiva: brevíssima contextualização do tema à luz da legislação brasileira. 2. Sanções administrativas em contratos de PPP e concessão: conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis?. 3. Análise de casos. 3.1. Galvão v. ANTT e União. 3.2. Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE. 3.3. Águas de Itu v. Município de Itu. Conclusão. Referências

1 Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC. Integrante do conselho administrativo da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PR. Advogada e Árbitra.

RESUMO: A partir do estudo referencial de documentos de acesso público extraídos de três recentes arbitragens envolvendo contratos de concessão e Parceria Público Privada (Galvão v. ANTT e União; Águas de Itu v. Município de Itu; e Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE) – e com especial enfoque nos parâmetros da Lei de Arbitragem brasileira (patrimonialidade e disponibilidade) –, este artigo propõe uma apreciação casuística a respeito da arbitrabilidade objetiva de sanções em contratos administrativos. Ainda que por breve amostragem, os exemplos práticos denotam que a harmonização dos entendimentos a respeito da (in) arbitrabilidade perpassa por necessária maturação do tema, exigindo aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Objetiva. Contratos de Concessão. Sanções Administrativas.

ABSTRACT: Starting from public access documents extracted from three recent arbitrations involving both public concessions and public-private partnership contracts (Galvão vs. ANTT and Union; Águas de Itu vs. City of Itu; and Sagua vs. City of Guarulhos and SAAE) and with special emphasis on the guidelines of the Brazilian Arbitration Law (transferable property rights), this article proposes a case-by-case assessment regarding the objective arbitrability of sanctions in administrative contracts. Although through a concise sampling, the practical examples demonstrate that the alignment of opinions regarding the (in)arbitrability demands maturation of the subject, as well as doctrinal refinement and jurisprudential consolidation.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Objective Arbitrability. Concession Contracts. Administrative Sanctions.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei 13.129/2015, a autorização extraída do §1º do art. 1º da LBA sedimenta a possibilidade de adoção da via arbitral para resolução de litígios envolvendo o Poder Público. No atual estado da arte, superadas quaisquer discussões pautadas na ausência de previsão legislativa sobre a aptidão e suscetibilidade das pessoas de direito público à arbitragem, a polêmica da arbitrabilidade ganhou novos contornos, não mais atrelada ao sujeito (arbitrabilidade subjetiva), mas à matéria objeto do litígio (arbitrabilidade objetiva).

Determinado pela lei nacional – intencionando, entre outros, a preservação da ordem pública –, o conceito de arbitrabilidade objetiva permite delimitar o conjunto de matérias que, uma vez controvertidas, são passíveis de serem postas à arbitragem. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição é sintetizada com clareza e exatidão no caput do já referido art. 1º da LBA: “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

No caso dos contratos administrativos, a combinação de argumentos abstratos referentes à supremacia e indisponibilidade do interesse público pode instaurar diversas ordens de desafios a serem transpostos em vista dos limites conceituais de arbitrabilidade. Embora a legislação brasileira venha contribuindo para reforçar a segurança jurídica, explicitando que poderão ser resolvidos em via arbitral temas relevantes como equilíbrio econômico-financeiro; indenizações decorrentes de extinção ou transferência; e inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes,² a prática demonstra que outras matérias ainda geram acalorados debates.

É aqui que ganha destaque a arbitrabilidade de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, objeto do presente artigo. Considerando os parâmetros legais da patrimonialidade e da disponibilidade, o estudo referencial de documentos de acesso público extraídos de três recentes arbitragens (Galvão v. ANTT e União; Águas de Itu v. Município de Itu; e Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE) permite, ainda que por breve amostragem, detectar um descompasso que justifica aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

A análise proposta está a seguir dividida em três partes, sendo a primeira destinada à breve contextualização do tema da arbitrabilidade objetiva quando contratos administrativos estão envolvidos na disputa; a segunda dirigida à fixação da problemática envolvendo os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade no contexto de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão; e a última reservada à apresentação das conclusões alcançadas em cada um dos casos concretos selecionados.

2 Cf. §4º, do art. 31, da Lei 13.448/2017 e art. 2º do Decreto Federal 10.025/2019.

1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E ARBITRABILIDADE OBJETIVA: BREVÍSSIMA CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ratione materiae, a arbitrabilidade objetiva refere-se à permissibilidade legislativa para que, por escolha das partes, determinados litígios sejam submetidos à arbitragem. Como antecipado na introdução deste artigo, o conceito de arbitrabilidade objetiva segundo a lei brasileira é extraído da delimitação prevista no caput do art. 1º da LBA,³ resumindo-se a “*direitos patrimoniais disponíveis*”.⁴

A cumulação de tais condicionantes (patrimonialidade + disponibilidade) limita, no plano da competência, a possibilidade de consentimento das partes para o fim de submeter suas disputas à arbitragem.⁵ Isso porque, será passível de decisão por tribunal arbitral apenas a matéria que se enquadre dentro dos limites definidores da arbitrabilidade objetiva. Em sendo outro o caso, preserva-se a exclusividade da jurisdição estatal, como, em tradução livre, explicam Redfern & Hunter (2009, p. 123-124):

[...] é precisamente porque a arbitragem é um processo privado com consequências públicas que alguns tipos de litígios são reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público. É neste sentido que eles não são ‘capazes de resolução por arbitragem’. As leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem por oposição ao dos tribunais locais. Cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções políticas, sociais e econômicas.

Em síntese, dizem-se *arbitráveis* matérias sob as quais não recaiam restrições e/ou limitações impostas por lei nacional. Para Carmona (2023, p. 41), seriam arbitráveis “*as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem*”. Quando se discute a arbitrabilidade objetiva, portanto, está-se buscando determinar a adequação (ou não) da natureza do litígio ao parâmetro legal prefixado.

3 Ampliar em Guandalini (2021, pp. 69-81).

4 O conceito de arbitrabilidade objetiva pode variar de acordo com a legislação nacional de cada país. Enquanto alguns países adotam critérios semelhantes aos do Brasil, outros podem ter definições diferentes ou mais amplas de arbitrabilidade objetiva. Ampliar em LEE (2000, pp.346-358); CARMELO (2010, pp.433-463); e MEGNA (2019, pp.142-143).

5 Na explicação de Mistelis (2009, p.4): “*While party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration, national laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration*”.

Ocorre que, diante de dilemas teóricos sustentados por prerrogativas especiais e pela própria natureza dos direitos e interesses postos em jogo (argumentos fundamentados na indisponibilidade, legalidade e supremacia do interesse público), a análise da arbitrabilidade objetiva em casos que envolvam relações jurídicas entre pessoas privadas e Administração Pública requer compreensão ainda mais apurada dos critérios de patrimonialidade e, especialmente, disponibilidade.⁶

A legislação, embora permeada de exemplos que confirmam a arbitrabilidade de disputas no contexto de contratos administrativos, oferece, quando muito, enumerações exemplificativas, admitindo que tantas outras controvérsias – desde que patrimoniais e disponíveis – sejam apreciadas

6 Sem pretender exaurir o tema e apenas para breve referência, os direitos patrimoniais tutelam diretamente interesse econômico. Como o conteúdo de economicidade dá o tom caracterizador da natureza patrimonial das relações jurídicas, seria patrimonial, em síntese, o direito apreciável pecuniariamente. Em definição empregada por Accioly (2019, p. 104) para contencioso envolvendo a administração pública, “[a] natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica”. Já em relação à disponibilidade, no direito privado é considerado disponível o direito que seja alienável, transmissível, renunciável e transacionável. Todavia, Aragão (2017, pp. 26-27) ressalva que “o adjetivo ‘disponível’, na gramática civilista, qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. [...] A consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento do tema, pois alguns autores, com base nele, sustentam a indisponibilidade e, portanto, a inarbitrabilidade de todos os direitos de que a Administração é titular. E, de fato, se a tal termo se conferir o mesmo sentido que ele tradicionalmente ostenta no Direito Civil, de direito que pode ser livremente renunciado ou doado, a conclusão aventada, a nosso ver de maneira indevida, seria impositiva”. Ainda no âmbito administrativista, a doutrina ensina que “não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível. E em sendo possível ao Estado dispor e gerir seu patrimônio, [...] não se vislumbra, a princípio, qualquer impossibilidade de a Administração Pública figurar como parte em um Tribunal Arbitral” (Junqueira; De Oliveira; e Santos, 2014, pp. 330-331). Nesse sentido, diversas são as correntes doutrinárias que buscam determinar critérios a serem empregados para aferir a arbitrabilidade objetiva: (i) critério do interesse público primário vs. secundário, a sustentar a arbitrabilidade apenas da última categoria (Por todos, Lemes, 2007, pp. 136-137 e 144 e Grau, 2002, pp.146-148); (ii) dicotomia entre atos de gestão e atos de império, defendendo a inarbitrabilidade dos atos que a Administração pratica na condição de superioridade hierárquica e outros, em que a não há margem discricionária na prática do ato administrativo (Por todos, Marolla, 2016, pp.129-130; e Megna, 2019, 162-163); e (iii) determinação da fonte normativa (Por todos, Aragão, 2017; e Moraes e Cruz, 2023). De outro lado, em corrente minoritária, contra a própria concepção de arbitrabilidade objetiva das coisas públicas, argumenta-se que (i) conceitualmente, a Administração Pública não teria direitos disponíveis (Martins, 2011, p. 205); (ii) submeter a resolução de disputas do setor público à métodos privatistas (como a arbitragem) feriria o princípio da supremacia do interesse público (Martins, 2011, pp. 207-208); e (iii) recorrer à via arbitral representaria renúncia à legalidade, por sujeitar à interpretação de particulares aquilo que é público (Bandiera de Mello, 2002, pp.116-126 e 2013, p.732; Martins, 2011, p.200; Arruda Jr., 2012, p.28; e Câmara, 2002, p.149). Por extrapolar seu recorte temático, o presente artigo não densifica a análise das posições doutrinárias identificadas, adotando para todos os fins aquela referida no corpo do texto da próxima página e desenvolvida em outra oportunidade por Moreira e Cruz (2023). Ampliar em Megna (2019, pp.142-164); Sarra de Deus (2021, pp.10-46); e Verzola; e Do Valle (2019, pp.39-49).

em sede arbitral.⁷ Não por outro motivo, a doutrina e a jurisprudência têm importante papel na definição de potenciais fronteiras à arbitragem.

Na lição de Eros Grau (2000, p.20), “*sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem*”. Segue-se daí que ao firmar a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, de boa-fé, com lealdade e no exercício da competência definida em lei, o ente público está – na prática – marcando a disponibilidade dos direitos e interesses objeto do contrato administrativo.

Ao tratar do tema em outra oportunidade (Moreira; Cruz, 2023, pp. 324-325), afirmamos que se os contratos administrativos são *dispostos* pela própria Administração Pública, pode-se entender que o que neles se origina e o que por eles é criado, salvo exceção expressa (ou remissão imediata às leis), tem como premissa cognitiva a disponibilidade e a possibilidade de ser posto à via arbitral. Isso porque, se a Administração dispõe, desde o edital, como deve ser desenvolvido o contrato administrativo, não pode depois pretender que se trata de assunto indisponível (a prestigiar critério enviesado de “*disponibilidade cronológica*”: ontem disponível; hoje, quando surge o conflito, indisponível).

Ainda assim, por já serem frequentes as relações jurídicas contratualizadas com a Administração Pública que trazem previsão da arbitragem como mecanismo de composição de litígios,⁸ é preciso buscar critérios cada vez mais seguros para identificação prática dos *conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*. No caso das sanções administrativas, algumas reflexões a este respeito serão lançadas a seguir.

2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS DE PPP E CONCESSÃO: CONFLITOS RELATIVOS A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS?

Complementando a construção teórica apresentada no tópico anterior, importa destacar que, contemporaneamente, não se cogita o exercício do direito administrativo brasileiro por meio da simples execução dos textos legais e da prolação de decisões meramente executórias. Isso se dá não apenas pelo avanço legislativo verificado nos últimos anos como também pela paulatina mudança de paradigmas, que instala indeclinável necessidade de cooperação e

7 Nesse sentido, entre outros, art. 23-A, da Lei nº 8.987/1995; art. 11, III, da Lei 11.079/2004; art. 31, da Lei 13.448/2017; art. 2º, do Decreto Federal 10.025/2019; art. 151, da Lei 14.133/2021; art. 18, da Lei Estadual 16.933/2019-SP.

8 Recentíssimo artigo publicado no *Conjur* aponta que em levantamento realizado no ano de 2023, a AGU constatou que os órgãos públicos federais assinaram 216 (duzentos e dezesseis) contratos contendo convenção arbitral (TARJA, 2024).

consensualidade entre partes públicas e privadas, permitindo que regulamentos e contratos sejam alçados à condição de efetiva fonte normativa.

Especialmente quando considerada a complexa realidade dos projetos de infraestrutura conduzidos pela Administração Pública em parceria com a iniciativa privada, os atos e contratos da Administração constituem novas situações jurídicas ao tempo em que instalam as pertinentes relações jurídico-administrativas, que se desenvolvem, sobretudo, nesta sede normativa infralegal. Nesse sentido, mesmo quando a lei dá fundamento à competência sancionatória que pretende assegurar a boa execução dos contratos administrativos, é no contrato (ou em regulamento) que as infrações e sanções são tipificadas; e é apenas em razão da relação contratual que os efeitos sancionatórios são produzidos.

A aferição da arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, portanto, perpassa pela identificação de sua fonte normativa imediata: quando tais sanções têm fundamento direto no próprio contrato, a sua natureza jurídica não é de ato de autoridade, mas contratual. Inicialmente refletindo posição de Eros Grau, é bastante elucidativa a explicação de Aragão (2017, pp.36-41):

Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual.²

Como já registramos, a origem legal de determinadas cláusulas não altera a sua natureza jurídica contratual nem, por conseguinte, suprime a sua arbitrabilidade.

[...]

O que deve ficar claro é que as reprimendas e os poderes unilaterais outorgados pelo contrato (ainda que previstos mediatemente em Lei) à Administração Pública não se confundem com o poder de polícia e, portanto, não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral. O seu fundamento imediato e definitivo não é a Lei, muito menos a soberania estatal, mas o negócio jurídico estabelecido pelos contratantes, do mesmo modo que seria (e o é) em relação a agentes particulares.

Quando a aplicação de sanções decorre de poderes unilaterais *ex contractu*, não se está diante de expressão do poder de polícia, mas de poder

contratual. Bem vistas as coisas, mesmo que predeterminado por norma geral que vincule a Administração Pública e incorporado por cópia ou remissão, o fundamento último das sanções é o próprio contrato, que constitui a relação negocial originária da controvérsia a ser resolvida por arbitragem. Assim, dado o conteúdo e o objeto material da fonte normativa, inegável a concretização da arbitrabilidade objetiva.

Ancorando a premissa resumidamente exposta nas linhas acima e testada em concreto na seção a seguir, bem observa Wald (2017, p.21): *“também a expressão ‘direitos disponíveis’ não exclui a arbitragem em relação às sanções administrativas, multas, e poderes unilaterais da administração se exercidos de modo abusivo ou desequilibrando o contrato”*.

3. ANÁLISE DE CASOS

Traçadas as diretrizes gerais introdutórias do tema, pretende-se conectar a teoria à experiência, tal como revelada na prática. Com o intuito de oferecer uma visão do atual estado da arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, foram selecionados 03 (três) casos que congregam e sistematizam os principais entendimentos a respeito da questão: Galvão v. ANTT e União (CCI 23433/GSS/PFF); Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE (CMA-CIESP/FIESP 611-19-JCA); e Águas de Itu v. Município de Itu (CAMARB A-288/19). A análise descritiva explanatória está abaixo individualizada.

3.1. Galvão V. ANTT e União⁹

O Caso Galvão deriva do Contrato de Concessão nº 01/2014, que tem origem no Edital ANTT nº 001/2014, através do qual a União e a ANTT delegaram à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. a exploração, por 30 anos (iniciados em 2014), de subtrecho rodoviário de 624,8 km, localizado entre Aliança do Tocantins (TO) e Anápolis (GO).

Em razão da inexecução do contrato, instalou-se, nos idos de 2016, processo administrativo que resultou na aplicação de multas e extinção do contrato administrativo, sendo, em 2017, decretada a caducidade da concessão.

Apresentado pela Concessionária em fevereiro de 2018, o requerimento de arbitragem atribuíu a inexecução do contrato a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, além de fato da administração, sustentando, em resumo, que a quebra na promessa de financiamento pelo BNDES e a

⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-galvao>. Acesso em 06 jan. 2024.

crise econômica de 2014 teriam inviabilizado por completo o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

Por sua vez, a defesa da ANTT e da União foi pautada na matriz de risco contratual, tendo-se alegado que a não obtenção de financiamento era risco alocado à Concessionária. Em pleito contraposto, a União buscava reparação por prejuízos alegadamente sofridos em razão da extinção prematura do contrato por culpa do parceiro privado.

No desenrolar da arbitragem, a Requerente alegou a inarbitrabilidade da pretensão reconvenicional por envolver pretensão indenizatória relativa a direitos indisponíveis e não-patrimoniais, oriundos de danos coletivos, ambientais e arrecadação tributária. Com a desistência da União de referidos pedidos, o Tribunal Arbitral não chegou a decidir a questão.

Privilegiando a eficiência, as Partes requereram a bifurcação do procedimento para que o Tribunal Arbitral decidisse a respeito (i) da responsabilidade pela inexecução do contrato; e, por consequência, (ii) da (in)validade da decretação da caducidade.

Em sentença parcial prolatada à unanimidade aos 10 de setembro de 2020,¹⁰ restou (i) reconhecida a responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do contrato; (ii) declarada a validade da decretação da caducidade; (iii) condenada a Concessionária ao pagamento de multas administrativas e outros valores, bem como perdas e danos; e (iv) condenado o Poder Concedente a indenizar o contratado por eventuais investimentos relativos a bens reversíveis não amortizados. À sentença final foram relegados apenas a metodologia de apuração e liquidação dos valores devidos de parte a parte.

Ao publicar detalhado comentário sobre a sentença arbitral parcial, Vera Monteiro (2021, p. 107) atribui ao Caso Galvão especial importância “*pelo fato de ser a primeira vez que concessionária prestadora de serviço público federal leva a tribunal arbitral decisão do poder concedente de extinguir antecipadamente contrato de concessão por caducidade*”. Dúvida não há de que a discussão versou a respeito de temas afetos às sanções administrativas.

Embora registre expressamente que as Partes em nenhum momento controverteram a respeito da patrimonialidade e disponibilidade da matéria objeto dos pleitos da Requerente, a sentença arbitral parcial, em tópico dedicado à arbitrabilidade dos pedidos (§§208-221), afirma que “*a arbitrabilidade objetiva, no caso, decorre da evidente natureza patrimonial desses pedidos, diretamente relacionados ao contrato firmado*” (§215).

Ainda que a (in)arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas não tenha sido objeto direto da arbitragem, as pretensões submetidas pela

10 Tribunal Arbitral: Anderson Schreiber (Coárbitro); Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra); e Sergio Nelson Mannheimer (Presidente)

Requerente à análise do Tribunal Arbitral voltavam-se “ao reconhecimento da inexistência de descumprimentos contratuais que pudessem justificar a aplicação da penalidade de caducidade”.¹¹ Para além disso, em sentença parcial os árbitros confirmaram a legitimidade da decretação da caducidade e, forte na lei e no contrato, decidiram condenar a Concessionária, entre outros, ao pagamento das multas administrativas aplicadas pela ANTT no curso da execução contratual por seu descumprimento. A arbitrabilidade objetiva de sanções, portanto, restou incidentalmente reconhecida.

3.2 Sagua V. Município de Guarulhos e Saae¹²

Decorrente do Contrato de Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa nº 056/2014, que tinha por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte, tratamento e destinação final de esgotos sanitários da área urbana do município de Guarulhos (SP), o Caso Sagua foi travado entre Sagua Soluções Ambientais de Guarulhos S.A e o Município de Guarulhos e a autarquia Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE.

De um lado, Sagua sustentava o reiterado descumprimento de obrigações pelos Requeridos desde o início da contratação, notadamente em relação à pagamentos, mecanismos de garantia, liberação de áreas e obtenção de licenças necessárias à consecução do objeto do contrato, bem como a inobservância de acordos pactuados a fim de viabilizar a plena execução contratual. De outro, em processo administrativo instaurado em 2017 para apuração de supostas violações que poderiam ensejar caducidade do contrato, que tramitou por mais de 15 (quinze) meses sem a ciência da Sagua, o SAAE e o Município decretaram a intervenção na concessão e adjudicaram a terceiros (Estado de São Paulo e SABESP) a prestação dos serviços.

Em abril de 2019, buscando impedir iminente decretação de caducidade do contrato de PPP e obter cópia de processos administrativos e documentos relacionados à execução contratual, Sagua apresentou o requerimento de arbitragem de emergência CMA 598-P-19-JCA. Tendo todos os seus pleitos indeferidos, buscou então instalar nova arbitragem de emergência em julho do mesmo ano (CMA 610-P-19-JCA), mas, às vésperas da decisão do árbitro, o Município de Guarulhos fez publicar em edição extraordinária (e noturna) do Diário Oficial a caducidade da concessão.

11 Ata de Missão, fl. 15.

12 Disponível em: https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%80%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf Acesso em 09 jan. 2024.

Tendo deixado de obter o principal provimento desejado (por ter o árbitro nomeado acolhido preliminar de violação à coisa julgada), aos 26 de julho de 2019, Sagua apresentou sua solicitação de arbitragem reiterando e robustecendo os já conhecidos pleitos e argumentos.

Em suas manifestações no curso do procedimento arbitral, os Requeridos alegaram, entre outros, a inarbitrabilidade objetiva das decretações de intervenção e caducidade. Sob o fundamento de caracterização de “*direito indisponível da administração*” e necessária observância à supremacia do interesse público e legalidade, requereram ao Tribunal Arbitral que “*se abstenha de analisar a validade ou legalidade da decretação de caducidade e de intervenção*”.¹³

Em sentença parcial densamente fundamentada,¹⁴ o Tribunal Arbitral resumidamente assim decidiu a disputa sobre a arbitrabilidade objetiva:

265. Diante do exposto, entende o Tribunal Arbitral que, para os fins do Art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que, em regra, decorram de contratos ajustados pela Administração (i.e., direitos contratualizáveis) de acordo com a legislação de regência. Tais direitos (e deveres respectivos) podem ser submetidos à arbitragem.

[...]

267. Por meio da Cláusula 49.3, as Partes convencionaram que todas as matérias reguladas pelo Contrato – com exceção das indicadas na Cláusula 49.4 – e controvérsias dele oriundas seriam submetidas à arbitragem.

268. Logo, no âmbito da sua própria autonomia negocial e, como se verá mais adiante, em rigorosa obediência à legislação de regência, as próprias Partes disponibilizaram todos os direitos e deveres objeto da Concessão, com exceção dos expressamente indicados na Cláusula 49.4 do Contrato. Assim – ocioso dizer – as Partes pactuaram a arbitrabilidade de todos os direitos contratuais (salvo os expressamente excluídos do âmbito da cláusula arbitral).

[...]

271. Por outro lado, tanto a Intervenção na Concessão pelo Poder Concedente, como a decretação de sua Caducidade, acham-se disciplinadas no Contrato de PPP, em particular no tocante aos seus motivos e

13 Sentença Arbitral Parcial, fl. 71.

14 Tribunal Arbitral: Lauro da Gama e Souza Jr. (Coárbitro), Fernando de Oliveira Marques (Coárbitro); e Selma Maria Ferreira Lemes (Presidente).

procedimento em geral. Enquanto a Cláusula 40 do Contrato de PPP trata da Intervenção do Poder Concedente, a Cláusula 44 regula as situações que ensejam a decretação da Caducidade da Concessão.

272. Entende o Tribunal Arbitral que o Contrato de PPP em disputa foi celebrado em estrita conformidade com a legislação de regência as Leis de PPP (Lei Federal de PPP - Lei nº 11.079 de 2004, o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo – Lei nº 11.688 de 2004, o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas de Guarulhos – Lei 6750 de 2010), a Lei Federal de Concessões - Lei 8.987 de 1995 e a Lei do Estado de São Paulo sobre Concessões – Lei nº 7.835 de 1992. Em nenhum momento, aliás, os Requeridos questionam a legalidade ou a juridicidade do referido Contrato de PPP.

[...]

275. Para o Tribunal Arbitral, não há dúvida de que a fonte direta para a aplicação de sanções ao Concessionário - como a Intervenção e a Caducidade – é o próprio Contrato de PPP. Por meio de suas cláusulas e condições, as Partes manifestaram livremente seu pré-entendimento sobre a natureza disponível de tais matérias, submetendo-as à jurisdição arbitral. Daí porque tais normas, livremente pactuadas pelas Partes à luz do ordenamento em vigor, devem ser rigorosamente observadas.

[...]

280. Assim, o Tribunal Arbitral entende que as Partes ajustaram no Contrato PPP que todas as matérias ali contidas - inclusive os temas da Intervenção e da Caducidade - são disponíveis e, portanto, arbitráveis, exceto as indicadas expressamente na Cláusula 49.4. De outro lado, nenhuma norma legal aplicável à espécie proíbe tal pactuação.

Como se vê, com fundamento na lei e no contrato – e adotando o conceito de direitos contratualizáveis, bem como considerando o contrato como fonte normativa direta das sanções –, o Tribunal Arbitral afastou *in totum* as alegações de inarbitrabilidade objetiva e reconheceu sua jurisdição sobre as controvérsias relacionadas à decretação de intervenção e caducidade pelo Poder Concedente. No mérito, declarou infundados e insubsistentes os fundamentos empregados para decretação da caducidade no âmbito da PPP.

Irresignado, o Município buscou anular a sentença e renovou, perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos, os argumentos

a respeito da inarbitrabilidade objetiva. Na sequência dos eventos, a ação anulatória foi julgada improcedente.

Ao analisar a questão, o d. Juízo registrou entendimento de que “*não se pode afirmar que a sentença arbitral [...] tratou de direitos indisponíveis, tendo em vista que os pontos decididos se relacionam com a execução do contrato e decretação da caducidade*”, e arrematou “[n]o caso em exame discute-se interesse patrimonial da administração relacionado a contrato firmado entre as partes, não sendo o caso de se falar em impossibilidade de arbitragem por se tratar de direito indisponível”.

Sem recurso, a ação anulatória transitou em julgado no ano de 2022.

3.3. Águas De Itu V. Município De Itu¹⁵

No Caso *Águas de Itu*, movido por Águas de Itu Gestão Empresarial S.A – em recuperação judicial, em face de Município Instância Turística Itu, a arbitragem teve origem no Contrato de Concessão nº 146/2007, que, contendo convenção arbitral patológica, foi submetido à ação de execução específica da cláusula compromissória, onde definiu-se que o procedimento arbitral seria processado em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CAMARB.

Em síntese, o conflito instaurado entre as partes remonta ao ano de 2015, e deriva da edição de sucessivos decretos de intervenção nos serviços públicos concedidos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em âmbito municipal, que culminaram na decretação da caducidade do contrato 146/2007, por alegado descumprimento imputável à Concessionária.

Na arbitragem, as pretensões da Águas de Itu estavam centrada na (i) rescisão do contrato por inadimplemento culposo do Município Requerido; (ii) declaração de que não houve descumprimento contratual e/ou irregularidades atribuíveis a si e, por consequência, (iii) o reconhecimento da invalidade do Decreto que declarou a caducidade da concessão; (iv) a reintegração da Águas de Itu na condição de concessionária; e a retomada da prestação dos serviços objeto do contrato, com a concomitante promoção do reequilíbrio econômico-financeiro, ou, em sucessão eventual; (v) a condenação do Município a promover a indenização integral da Requerente, englobando todos os “*investimentos não amortizados e demais efeitos patrimoniais vinculados à extinção da concessão*”,¹⁶ inclusive perdas e danos.

Por seu turno, sustentando prerrogativas da Administração e sob alegação de que os pleitos da Requerente não versariam a respeito de direitos

15 Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-aguas-de-itu-gestao-empresarial-s-a-em-recuperacao-judicial-v-municipio-de-itu-acordao-do-tribunal-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-monday-2nd-october-2023>. Acesso em 14 jan. 2024.

16 Termo de Arbitragem, item 4.1.1.4.

patrimoniais disponíveis, a tese de defesa do Município estava, desde o início do procedimento arbitral, alicerçada na inarbitrabilidade objetiva. Em sede reconvenção, requereu ao Tribunal Arbitral a condenação da Águas de Itu “ao ressarcimento de todos os prejuízos causados ao Requerido por conta na falha da prestação dos serviços objeto da concessão”¹⁷ [SIC].

As alegações relativas à arbitrabilidade foram, em conjunto com outras preliminares suscitadas pelas Partes, apreciadas pelos árbitros em sentença parcial.¹⁸ A partir dos argumentos lançados e dos critérios previstos no art. 1º, §1º da LBA (patrimonialidade + disponibilidade), o Tribunal Arbitral assim enfrentou a questão da suposta ausência de jurisdição “*para decidir acerca da validade das sanções e atos administrativos do Município de Itu*”:¹⁹

81. [...] a consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público acabou introduzindo, para alguns, a falsa ideia de que não haveria disponibilidade dos direitos de que a Administração Pública é titular, o que os tornaria, portanto, “inarbitráveis”.

82. Assim, numa interpretação restritiva, alguns chegam ao ponto de afirmar a impossibilidade de incluir cláusula compromissória em contratos administrativos, porque isso só confrontaria a disponibilidade proibida. Outros entendem que só é admissível a adoção da arbitragem quando a disputa versar sobre interesses públicos secundários (ou derivados), pois, por terem natureza instrumental, existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em relações patrimoniais e, por isso, tornar-se-iam disponíveis.

83. Tais raciocínios não se coadunam com a lei.

[...]

85. A impossibilidade de a Autoridade Pública renunciar a direitos da Administração

Pública não impede que os litígios administrativos possam ser resolvidos por arbitragem, assim como não impossibilita a realização de acordos ou, simplesmente, o cumprimento espontâneo de suas obrigações contatuais.

17 Termo de Arbitragem, item 4.1.2.17.

18 Tribunal Arbitral: Gustavo Fernandes de Andrade (Coárbitro), Eduardo de Albuquerque Parente (Coárbitro); e Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes (Presidente).

19 Sentença Arbitral Parcial, §28.

86. Também não se afirme, como alegado pelo Requerido, que as sanções aplicadas à Requerente não podem ser objeto de arbitragem, porque seriam derivadas do Poder de Polícia.

87. O Poder de Polícia, conforme definição do Código Tributário Nacional (art. 78), consiste na “atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público (...)”. Tal Poder, diferentemente das prerrogativas contratuais da

Administração, está relacionado à soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas em seu território, sendo seu campo de aplicação as atividades e propriedades privadas.

[...]

90. Os poderes exercidos sobre particulares pela Administração Pública advêm diretamente da lei, não havendo qualquer contrato celebrado entre eles. É por esta razão que, naquele caso, se está diante de poderes de polícia, em princípio inarbitráveis, e, neste caso, se está diante de poderes contratuais, perfeitamente arbitráveis.

91. E, em assim sendo, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, direta e indissociavelmente, do Contrato administrativo celebrado e, portanto, podem ser objeto de apreciação por um Tribunal Arbitral.

92. Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, sua aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. A aplicação da

sanção tem como fundamento o contrato, sendo a lei a origem deste fundamento.

[...]

94. Por tudo quanto exposto, entende o Tribunal Arbitral que as Partes ajustaram no Contrato que todas as matérias ali contidas, inclusive os temas de Intervenção e Caducidade, seriam resolvidas por arbitragem, inexistindo vedação legal ou exceção contratual que o impeçam.

Uma vez mais, com fundamento na legislação aplicável e no instrumento contratual, bem como adotando o racional do contrato como fonte normativa direta das sanções, o Tribunal Arbitral afastou integralmente as alegações de inarbitrabilidade objetiva, reconhecendo sua jurisdição para apreciar e julgar todos os pedidos formulados pela Requerente. Inconformado com o resultado, o Requerido recorreu à propositura de ação anulatória.

Embasada na tese de indisponibilidade do direito – sobretudo pela suposta afronta ao exercício do poder de polícia –, a ação anulatória foi julgada improcedente em primeira instância. Replicando as razões consignadas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos ao decidir a anulatória do Caso Sagua, a sentença afastou a pretensão do Município de Itu e manteve íntegra a sentença arbitral parcial.

Em surpreendente reviravolta (e sem sequer analisar a amplitude da convenção arbitral), o TJSP afastou a competência do Tribunal Arbitral para dispor diretamente sobre o mérito da aplicação das penalidades – “*porquanto matéria circumsrita ao juízo de formação do ato administrativo*”. Assim, sustentando que “*a decisão violou os limites estabelecidos pela arbitrabilidade objetiva na hipótese, nos termos dos arts. 1º, §1º da Lei de Arbitragem e 151 da Lei 14.133/21*”, invocou o art. 32, IV da LBA (“*proferida fora dos limites da convenção de arbitragem*”), para dar parcial provimento ao recurso. É o acórdão da 7ª Câmara de Direito Público:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ação anulatória de sentença arbitral parcial que afirmou a competência para dispor sobre a inexecução parcial de contrato de concessão, e subsequentes sanções. Admissibilidade, em parte. A jurisdição arbitral relativa à aplicação de sanções é limitada ao exame de seus reflexos patrimoniais, porquanto irradiadas do exercício do poder de polícia, constituindo prerrogativa indelegável do poder público. Inteligência do art. 151, p.u., da Lei 14.133/21. Hipótese de anulação parcial do pronunciamento, de modo a adequá-lo a tais parâmetros. Recurso provido em parte.

Por expressamente afastar a possibilidade de que seja objeto de arbitragem a aplicação de sanções administrativas para além de seus reflexos patrimoniais, o acórdão em análise destoa de todas as demais decisões referidas no curso deste artigo. A conclusão, a seguir verticalizada, é a de que a harmonização dos entendimentos a respeito da (in)arbitrabilidade perpassa por necessária maturação do tema, exigindo aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

CONCLUSÃO

Ao buscar responder o teste de arbitrabilidade objetiva segundo os parâmetros da legislação brasileira (“*direitos patrimoniais disponíveis*”),

as sanções administrativas em contratos de concessão e PPP transitam por zona de incerteza e insegurança. Sem maiores reflexões, questões relacionadas à natureza dos direitos e interesses envolvidos são invocadas a fim de desnaturar a arquitetura jurídico-econômica própria destes ajustes, o que desafia (mas não desautoriza) a concepção de que seriam plenamente arbitráveis os pressupostos da aplicação da sanção administrativa, sua adequação aos princípios regentes e estrita observância à legalidade.

Ainda que por breve amostragem, os casos examinados permitem vislumbrar a compreensão de que o tema ainda enfrenta disparidades doutrinárias e jurisprudenciais. Sem a pretensão de exaurir o assunto e/ou trazer respostas definitivas, este artigo pretende contribuir para o aprofundamento da questão que, certamente, suscitará futuros debates e interessantes reflexões.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro, *Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a administração pública*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 65, n° 17, pp. 7-42, abril. 2020. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/17.65/RBA2020060>. Acesso em 12 jan. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem no Direito Administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin.

Redfern & Hunter on International Arbitration – 5ª ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996* – 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2023.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público n° 32.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; DE OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu; e SANTOS, Michelle Manaia, *Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação*, In ‘Parcerias Público-Privadas’ (Org. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono; e Mariângela Sarrubbo Fragata), São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014.

MISTELIS, Louks A. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília, *Arbitrabilidade da extinção de contrato de concessão rodoviária por inadimplemento da concessionária Brasil. Sentença arbitral parcial. Procedimento arbitral CCI 23433/G.SS/PFF Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A (Requerente) v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e União Federal (Requeridas)*. 10.09.2020, (2021), 18, Revista Brasileira de Arbitragem, Issue 69, pp. 79-111, Disponível em: <https://klawerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/18.69/RBA2021004>. Acesso em 15 jan. 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann; Cruz, Elisa. *Regulação e Arbitragem – Caso Petrobras vs. ANP: CC no 139.519-RJ-STJ*. In ‘Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgão de controle com agências reguladoras, autoridades de concorrência e livre iniciativa’ – 3ª ed. (Org. Floriano de Azevedo Marques Neto; Egon Bockmann Moreira; e Sérgio Guerra), Belo Horizonte: Fórum, 2023.

TARJA, Alex. *Arbitragem que envolve administração pública avança com processos bilionários*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-29/arbitragem-que-envolve-administracao-publica-avanca-com-processos-bilionarios/>. Acesso em 29 jan. 2024.

WALD, Arnaldo. *A arbitragem e a administração pública*. Evolução. Aspectos legislativo, jurisprudencial e práticos. Revista Comercialista, v. 7, n. 17, 2017.

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

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

Eugenia Cristina Cleto Marolla¹

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

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

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

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

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

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fonte: PGE/SP

24 Fonte Site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo << https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/default.asp?TKU=&IDProc=11&#team>>.

4. ARBITRAGENS SOCIETÁRIAS NO ÂMBITO FEDERAL

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

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

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

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

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

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

Ainda não houve decisão sobre esse pedido.

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

MEDIDAS “ANTI-ARBITRAIS” OU PRÓ- ARBITRAGEM? UM NOVO OLHAR SOBRE O PRINCÍPIO COMPETÊNCIA- COMPETÊNCIA À LUZ DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

*ANTI-ARBITRATION OR PRO-ARBITRATION INJUNCTIONS?
A NEW LOOK AT COMPETENCE-COMPETENCE PRINCIPLE
ON THE LIGHT OF ARBITRATIONS INVOLVING PUBLIC
ENTITIES*

Júlia Thiebaut Sacramento¹

Tatiana Mesquita Nunes²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Autonomia da Vontade, Princípio da Estrita Legalidade e os Contornos da Arbitrabilidade Subjetiva para a Administração Pública. 2. A Particular Conformação da Arbitrabilidade Subjetiva

1 L.L.M in Alternative Dispute Resolution (University of Southern California) Advogada da União no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

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

da Administração Pública e o Princípio Competência-Competência. 2.1 Aspectos gerais sobre o princípio competência-competência. 2.2 O princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário. 2.3. Doutrina e jurisprudência relacionadas ao afastamento do princípio competência-competência para análise de “cláusula patológicas”. 3. Singularidade da Aplicação do Princípio da Competência-Competência nas Arbitragens Envolvendo a Administração Pública. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo busca lançar um novo olhar sobre a interpretação do princípio competência-competência quando aplicável às arbitragens envolvendo entes públicos. Partindo-se da singularidade de tais arbitragens, as quais devem ser interpretadas em observância ao regime de Direito Público, com todos seus consectários lógicos, espera-se encontrar um patamar ótimo de interpretação daquele princípio, à luz da eficiência e segurança jurídica. Se os entes públicos não possuem propriamente uma vontade, mas se vinculam a uma vontade normativa, como interpretar a situação em que há dúvidas sobre a própria submissão em si à via arbitral? Nesse cenário, seria razoável forçar o ente público a discutir a sua (ausência de) vinculação à convenção de arbitragem justamente na esfera (arbitral) cuja submissão nega? Com fundamento na doutrina, jurisprudência e a partir do estudo de casos envolvendo a Administração Pública, busca-se apresentar meios de aproximação a uma resposta adequada àquela questão.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Subjetiva. Competência-Competência.

ABSTRACT: This article aims to take a look on the way competence-competence principle is interpreted when applied to arbitrations involving public entities. Considering the singularity of that kind of arbitrations, which may be interpreted in accordance with a Public Law system, with all its implications, it's expected to find an optimal level of interpretation for that principle, on the light of efficiency and legal certainty. If public entities don't have a proper will, how to interpret a situation in which there are doubts about its own submission to the arbitration? In that perspective, would it be reasonable to force the public entity to discuss its (lack of) binding to the arbitration clause just in the sphere (arbitral) whose submission denies? The article aims, grounded on legal literature and jurisprudence, and from the study of cases involving Public Administration, to present means to reveal an adequate answer to that question.

KEYWORDS: Arbitration. Public Administration. Subjective arbitrability. Competence-competence.

INTRODUÇÃO

A justificativa da escolha do tema decorre singelamente do contexto: se há debate sobre as iniciativas de anulação de sentenças arbitrais; e se, claro, a cada vez que uma sentença é (muito raramente) anulada, há um compreensível abalo do sistema, então refletir sobre formas de se evitar sentenças inválidas, ainda que, no limite, mediante precoce intervenção judicial, parece ser importante, e quiçá útil.

Com essas considerações, emprestadas dos doutrinadores Yarshell e Auilo (2023, p. 238-239), introduzimos o presente – e também singelo – estudo. Se pode ser importante, e quiçá útil, a análise da intervenção judicial precoce como mecanismo de preservação do próprio instituto da arbitragem – isto é, evitando-se o proferimento de sentenças arbitrais cuja nulidade pode ser verificável e estabelecida *prima facie* –, com igual razão – e até maior – será necessário e útil fazê-lo nos casos em que a arbitragem tiver em um de seus polos ente da Administração Pública, cujo regime jurídico aplicável, em especial, os princípios da legalidade, eficiência e economicidade acrescentam a essa discussão mais uma nota de complexidade.

As linhas que seguem buscam, portanto, apresentar um patamar mínimo de interpretação para os casos em que, envolvida a Administração Pública na disputa, há uma dúvida razoável sobre sua própria vinculação à arbitragem. Serão investigados, para esse fim, os contornos da autonomia da vontade e da arbitrabilidade subjetiva para a Administração Pública para, após um delineamento de como o princípio competência-competência é atualmente pensado pela doutrina e jurisprudência, apresentar razões que, minimamente, justificam um novo olhar sobre as medidas judiciais eventualmente adotadas pela Administração Pública, no sentido de levar previamente certos debates ao Poder Judiciário para o seu controle apriorístico ou concomitante ao desenvolvimento da arbitragem.

1. AUTONOMIA DA VONTADE, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS CONTORNOS DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tema da arbitrabilidade subjetiva sob o prisma da Administração Pública já rendeu muitas linhas, escritas pelos maiores expoentes da arbitragem brasileira, em que parte advogava pela suficiência da autorização geral

conferida pelo art. 1º da Lei nº 9.307/1996, a todas as pessoas capazes de contratar (Amaral, 2012)³, dispensando-se autorização específica para os entes públicos, e outra parte aludia ao entendimento de que a autorização (ampla e geral) para a Administração Pública direta adotar a via arbitral apenas adveio com a Lei nº 13.129, de 2015⁴, que adicionou o §1º ao art. 1º da Lei nº 9.307/96⁵, em fiel observância à legalidade estrita.

A verdade é que a temática em si, sobre a possibilidade de o Poder Público eleger a arbitragem, afastando a via judicial para a solução das suas controvérsias – desde que situadas no espectro dos direitos patrimoniais disponíveis – já se encontra há muito pacificada⁶, remanescendo, no entanto, discussões relacionadas ao momento ou ao contexto em que tal autorização foi concedida, especialmente, nos casos de convenções de arbitragem celebradas antes da autorização legal geral conferida pela Lei nº 13.129/2015.

A discussão não é meramente acadêmica, sendo presente no âmbito de procedimentos arbitrais cuja divergência recai, justamente, sobre a efetiva manifestação de vontade da Administração Pública para firmar tais convenções – e os seus limites⁷. Assim, embora superado o debate sobre a possibilidade de a União eleger, em tese, a via arbitral, tal fato não afasta discussões a respeito da arbitrabilidade subjetiva em determinadas situações concretas.

Sobre o tema, Fouchard, Gaillard e Goldman (1999, p. 313)⁸ ressaltam que há certos indivíduos ou entidades que são considerados inaptos para

3 Fichtner; Mannheimer; Monteiro (2019, p. 557) vão mais além e sustentam que “nunca houve necessidade de autorização legal específica”, nem sequer a do caput do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, defendendo que a autorização para a Administração Pública firmar convenção de arbitragem decorre da própria competência administrativa do órgão e/ou agente público para firmar contratos em geral.

4 Veja-se, por todos, Cardoso; Albuquerque (2022, p. 71-98).

5 Art. 1º [...] § 1º 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).

6 Muito bem observa Salles (2011, p. 242) que o exame da admissibilidade da arbitragem em contratos administrativos não é tarefa simples, uma vez que depende da análise de uma série de diplomas legislativos e variáveis. Reforça, assim, a ideia de que a autorização legislativa geral inserida pela Lei n. 13.129/15 no §1º no art. 1º da LArb, longe de ter o potencial de extirpar discussões em concreto atinentes à arbitrabilidade subjetiva, apenas colocou uma pá de cal sobre o debate teórico se poderia ou não a Administração Pública valer-se da arbitragem para resolver suas disputas, sendo, desde 2015, a resposta afirmativa, para os acordos celebrados após o advento da norma.

7 O entendimento de que a autorização legal inserta no art. 1º, § 1º, da LArb era necessária para que a União firmasse convenções de arbitragem (ressalvadas autorizações legais específicas) foi, por exemplo, externado pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da União - NEA/AGU nos autos dos Procedimentos Arbitrais nº 75/2016, 85/2017 e 97/2017, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (B3), conforme será adiante melhor detalhado.

8 Os autores, ao se referirem à arbitrabilidade objetiva e subjetiva, respectivamente, explicam que “this means, first, that the agreement must relate to subject-matter which is capable of being resolved by arbitration and, second, that the agreement must have been entered into by parties entitled to submit their disputes to arbitration”. (Fouchard; Gaillard; Goldman, 1999, p. 311).

submeter suas disputas à arbitragem, por conta do seu status ou função. Tal lógica se aplica perfeitamente aos entes públicos, uma vez que o regime jurídico especial ao qual se submetem, sobretudo, a sua vinculação ao princípio constitucional-administrativo da legalidade, limita o âmbito de atuação dos agentes públicos e lhes autoriza a agir apenas nas estritas balizas delimitadas pela lei (*lato sensu*), tendo sempre como mote o interesse público⁹.

Ou seja, enquanto as partes privadas podem simplesmente praticar ações de liberalidade com fundamento na autonomia da vontade, à Administração Pública igual prerrogativa não é outorgada, sendo “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” (Nunes; Gomes, 2022, p. 91)¹⁰⁻¹¹. E tal manifestação não apenas decorre da lei e apenas dela, como tem seus próprios contornos e limites definidos pela lei¹².

Assim, as entidades públicas devem observar não apenas uma autorização legal específica, mas também certas condições prévias (critérios) para submeterem seus conflitos à jurisdição arbitral¹³. Disposição nesse

-
- 9 O artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, como se sabe, ao estabelecer o princípio da legalidade como um dos princípios vetores da atuação administrativa, traz consigo o comando de que toda manifestação de vontade exarada pelos entes públicos, através dos seus agentes, deve ter sua fonte de validade na lei (sentido amplo). Significa dizer que toda e qualquer vontade manifestada pela Administração Pública não pode ser outra senão uma “vontade normativa” – isto é: uma escolha dentro de um espaço de valoração permitido pela própria lei. Para Barista Júnior (2007, p. 239-240): “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”.
- 10 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. (...)”.
- 11 “(...) a renúncia à jurisdição estatal e a adoção da arbitragem para solução de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública não são decisões, a princípio, inteiramente sujeitas à discricionariedade administrativa, dependendo de lei que as autorize. Importam opções estranhas ao campo discricionário do administrador, necessariamente delimitado pelo ordenamento jurídico” (Salles, 2011, p. 238).
- 12 “Neste momento [da inserção do § 1º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996], 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” (Nunes; Gomes, 2022, p. 92).
- 13 Nesse sentido, Fouchard, Gaillard e Goldman (1999, p. 314) citam, como exemplos, o caso da Constituição do Iran de 1979, que, no seu artigo 139, dispõe que a resolução de disputas relativas a bens do Estado, ou a submissão dessas disputas à arbitragem, estão sujeitas à aprovação do Conselho de Ministros e devem ser notificadas ao Parlamento. Citam, ainda, o caso da Síria, que exige que empresas estatais tenham aprovação administrativa para submeter suas disputas à arbitragem.

sentido foi consagrada pela Lei de Arbitragem Brasileira (“LARb”) – Lei nº 9.307/06, que estabelece que “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” (art. 1º, § 2º).

Ou seja, sendo a convenção de arbitragem celebrada por autoridade diversa daquela prevista no art. 1º, § 2º, o ato nascerá com vício congênito de nulidade, pois celebrado por autoridade incompetente¹⁴. Longe, entretanto, de traduzir mero formalismo burocrático, o respeito à divisão de poderes e funções no âmbito da Administração Pública tem como lastro justamente o fato de que somente a autoridade competente tem capacidade de manifestar adequadamente a “vontade normativa” da Administração Pública, sendo inválida a expressão de vontade realizada por quem, observadas as disposições legais, não podia fazê-lo.

Retomando o que delineamos nas primeiras linhas e a partir dessas simples ideias, fica intuitivo perceber que a noção de arbitrabilidade subjetiva – seja em seu sentido estrito, isto é, que insere sob o manto da arbitrabilidade subjetiva apenas questões vinculadas à proteção de interesses gerais ou da coletividade, seja em seu sentido amplo, a encampar também discussões relacionadas à existência e validade do consentimento das partes que firmaram o acordo – assume contornos próprios e distintivos quando aplicada à Administração Pública.

E, como mencionamos, é em relação a tais contornos que se instala a discussão que atualmente remanesce em matéria de arbitrabilidade subjetiva para a Administração Pública. São discussões relacionadas não apenas ao aspecto temporal da autorização legal, mas também a uma atuação em concreto do ente público em conformidade com as balizas normativas estabelecidas. Seria o caso, por exemplo, de convenções de arbitragem celebradas por entes públicos antes da promulgação da Lei nº 13.129/2015, ou celebradas por agentes públicos sem a observância ao § 2º do art. 1º da

14 Lembremos, pois, que o vício de validade da cláusula compromissória poderá ocorrer no caso de agente incapaz de celebrar o negócio jurídico arbitral, o que se aplica ao caso da autoridade que não possui, por lei, competência para vincular a Administração Pública a uma cláusula arbitral, afastando a jurisdição estatal constitucionalmente assegurada.

Lei 9.307/1996¹⁵, ou, ainda, nos casos em que determinado ente público é submetido a um procedimento arbitral, mesmo quando ele não anuiu expressamente à convenção de arbitragem¹⁶.

Ora, se a Administração Pública não possui propriamente uma vontade autônoma – como os particulares – e sim uma vontade normativa (isto é, dentro dos limites legalmente estabelecidos) e, pois, os contornos da arbitrabilidade subjetiva possuem aspectos próprios e particulares quando envolve um ente público, importa perquirir quais as consequências dessa particularidade no ambiente arbitral, sobretudo no tocante à limitação do agir do Poder Judiciário em matéria de arbitragem. Aqui, optamos por tratar essa temática especialmente sob a ótica do princípio da competência-competência.

2. A PARTICULAR CONFORMAÇÃO DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

2.1. Aspectos gerais sobre o princípio competência-competência

Na seara das arbitragens, o princípio da competência-competência (*kompetenz kompetenz*), de origem alemã, foi adotado em diversos ordenamentos jurídicos, bem como no âmbito das arbitragens internacionais, para consagrar a noção de que cabe aos próprios árbitros analisar se possuem ou não, à luz da convenção de arbitragem, competência para apreciar e julgar o litígio que lhe é apresentado.

Com a evolução desse princípio no campo arbitral, inclusive a partir da sua incorporação ao direito francês, passou-se a extrair a ideia de que, ainda que o juízo do(s) árbitro(s) sobre a extensão da sua competência não esteja livre do reexame pelo Poder Judiciário, existe uma prioridade temporal assegurada

15 Há, ainda, bastante discussão na doutrina acerca da interpretação deste dispositivo e, mais especificamente, sobre a consequência da convenção de arbitragem firmada por autoridade destituída de competência. Embora nos filieemos ao entendimento de que tal resultaria na invalidade da convenção, com todos os seus consectários lógicos, oportuno mencionar a posição de Carmona (2023, p. 71) sobre o tema, ao recomendar “(...) máxima cautela na análise de alegação de convenção de arbitragem por violação do § 2º do art. 1º da Lei de Arbitragem”. Segundo o doutrinador, “[o] dispositivo foi inserido na Lei para melhor garantir a estabilidade dos negócios jurídicos, não para permitir que qualquer dos contratantes, circulando entre os meandros escuros da estrutura organizacional do Estado, tente encontrar um meio desleal de escapar à vontade manifestada de resolver litígio pela via arbitral. O dever de lealdade e a boa-fé que orienta a celebração de qualquer avença deve guiar o julgador que tenha que apreciar alegação de vício da convenção arbitral, tendo sempre em mente que *pacta sunt servanda*.”

16 Essa última situação ocorreu no Procedimento Arbitral CCI 24957/PFF, envolvendo a concessionária de rodovia MSVIA, em que a União foi apontada como Requerida, a despeito de não ter assinado o contrato administrativo contendo a cláusula arbitral. A questão, levantada pela União, foi acolhida preliminarmente, passando o ente público a ocupar a função de interveniente anômalo no procedimento, não mais parte.

ao árbitro ou tribunal arbitral para que se manifeste a respeito da questão, cabendo ao juiz togado, como regra, exercer o controle tão somente a *posteriori*.

Baptista (2011, p. 134) descreve a eficácia positiva do princípio da competência-competência através de duas facetas, a saber: a obrigação das partes de submeter à arbitragem eventual divergência sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem e a competência dos árbitros para dizê-lo. Para Martins (2008, p. 137), “[a] eficácia positiva encerra a aptidão do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição. Traduz, em si, a função jurisdicional do árbitro”¹⁷.

Em relação à chamada eficácia negativa, Martins (2008, p. 137) a relaciona “com o momento em que essa competência é exercida. É o árbitro ‘o primeiro juiz a dizer sobre a sua jurisdição’”. Segundo o autor, “[o] efeito negativo afasta, de plano, qualquer intervenção judicial que se pretenda para dirimir as questões acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que estiver contemplada”. Para Ancel (2005, p. 55), “(...) o verdadeiro fundamento da regra de competência-competência está na relação que cada ordem jurídica estatal estabelece entre a autoridade jurisdicional de seus tribunais e a autoridade jurisdicional dos árbitros”, do que decorre a importância da mencionada dimensão negativa do princípio¹⁸.

Embora o princípio da competência-competência não seja regra absoluta¹⁹ e, mais ainda, sua dimensão negativa não seja consagrada por

17 Segundo Ancel (2005, p. 53), “(...) esta competência-competência, em seu efeito positivo, é admitida em geral sem grande dificuldade na comunidade internacional e na maioria das legislações modernas relativas à arbitragem internacional”.

18 Ancel (2005, p. 55) afirma que “[e]ste efeito negativo da regra não é direcionado ao árbitro; não existe um fator de limitação ou de redução desta habilitação do árbitro para apreciar sua própria competência a partir do momento que esta é contestada. Bem ao contrário, é um fator de proteção que, longe de se opor ao efeito positivo, o confirma ao proteger o exercício da competência-competência de toda intervenção da autoridade judicial estatal. O efeito negativo dirige-se ao juiz; ele torna a competência-competência do árbitro oponível ao juiz e impõe a este se abster de conhecer da questão da competência antes que o próprio árbitro se pronuncie sobre ela”.

19 “[A]lguns Estados, ao cultivar com intransigência uma concepção contratual da arbitragem – ao menos interna –, não concedem ao árbitro a competência para apreciar sua própria competência; é o caso, por algum tempo ainda, da China e também da Argentina”. (Ancel, 2005, p. 56)

todas as ordens jurídicas²⁰, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu aos árbitros competência para decidir sobre a sua própria jurisdição, ao dispor, no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”^{21, 22}.

Muito embora, na prática arbitral, se tenha buscado consolidar a ideia de que o princípio da competência-competência impede qualquer intervenção prévia do Poder Judiciário para tratar de questões relacionadas à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, propomos a construção de um olhar crítico a esse respeito, menos absolutista e mais aprofundado, o qual encontra respaldo não só na própria literalidade do art. 8º da LArb, mas, acima de tudo, numa interpretação ampla do ordenamento jurídico, principalmente, diante das normas aplicáveis à Administração Pública.

2.2. O princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário

Como observado nas linhas introdutórias a este tópico, o princípio da competência-competência atua como espécie de marco temporal para a atuação do Poder Judiciário, o qual poderia apenas agir “a posteriori”, após a análise, pelos árbitros, de sua própria competência. Calcada a arbitragem em uma manifestação de vontade – quer na autonomia da vontade dos particulares, quer na “vontade” normativa dos entes públicos – como responder à situação em que uma das partes afirma que nunca se vinculou a uma convenção de arbitragem e, pois, não pode ser obrigada a ter sua divergência inicialmente avaliada por um tribunal diverso daquele que lhe é constitucionalmente assegurado – no caso, o Poder Judiciário?

20 “Nos sistemas que seguem a Lei-modelo da UNCITRAL ou o modelo da Convenção de Nova Iorque de 1958, o árbitro não se beneficia de nenhuma prioridade, enquanto que o juiz dispõe de um poder de pleno exame da cláusula arbitral. Com várias nuances próprias a cada um, pode-se reagrupar aqui o direito da República Federal da Alemanha (§ 1.032, ZPO), o direito inglês (Arbitration Act, 1996, sect. 9) e também os direitos holandês e belga, além do direito dos Estados Unidos da América do Norte ou da Federação Russa (art. 148. 5º, C. Pr. Com), ou, ainda, parece-me o caso da Espanha, apesar do art. 7 da lei de 23 de dezembro de 2003, já que o art. 11, § 1, sobre a exceção de arbitragem, não limita o poder do tribunal a um exame *prima facie* da convenção. A dimensão contratual do acordo compromissório se faz sentir aqui: o juiz estatal é competente para se pronunciar sobre a existência, a validade, a força obrigatória do contrato de arbitragem como ele o é para toda espécie de contrato”. (Anel, 2005, p. 57)

21 O Brasil estaria, portanto, ao lado dos ordenamentos jurídicos da Suíça, Grécia e Itália, os quais, segundo a doutrina, possuiriam “sinais de convergência sobre um ou outro ponto com a posição francesa” (Anel, 2005, p. 60).

22 O art. 20, da Lei de Arbitragem, por sua vez, ao estabelecer que a parte que pretender arguir questões relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem, também é apontado por alguns autores como outra fonte normativa do princípio da competência-competência no ordenamento jurídico pátrio.

Quando apenas observamos a questão sob o prisma da parte que considera ter elegido voluntariamente a jurisdição arbitral para suas contendas, a questão parece ter sido solucionada pelo princípio da competência-competência, pois seria assim dada primazia à autonomia da vontade e respeitado o negócio jurídico arbitral celebrado pelas partes no sentido de submeter sua(s) controvérsia(s) à solução arbitral.

A questão, no entanto, fica mais nebulosa quando se observa a questão sob o prisma da parte que afirma que não há arbitrabilidade subjetiva (*lato sensu*) – e.g., ao alegar que não se submeteu à cláusula arbitral ou que a parte adversa a ela renunciou ou, ainda, que buscou excluir da arbitragem, na redação da cláusula arbitral, determinada matéria específica (o que, para aqueles que adotam a acepção estrita da arbitrabilidade subjetiva, poderia ser discutido sob o prisma da arbitrabilidade objetiva, inclusive). Nesses casos, a questão não se resolve tão facilmente pela aplicação fria princípio competência-competência, pois uma das partes considera que *não* se vinculou à jurisdição arbitral – e, por isso, tem direito a litigar na jurisdição estatal, conforme lhe é constitucionalmente assegurado. Assim, observada a questão sob o prisma da parte que invoca a inarbitrabilidade da disputa, a aplicação simples e cega do princípio pode não ser a melhor solução. Minimamente, há que se ter um olhar refinado sobre o caso.

Com efeito, a essa nebulosidade acrescenta-se ainda maior complexidade quando se está diante de uma parte pública, quer porque os limites da estrita legalidade não lhe permitem sequer abdicar da jurisdição estatal fora dos limites normativos, quer porque o erário não poderia estar sujeito ao ônus de um procedimento arbitral viciado em sua origem.

Assim, nos parece deveras temerário, senão um contrassenso, defender a todo custo a aplicação do princípio competência-competência, sobretudo a sua dimensão negativa, dotando-o de caráter absoluto. Parece claro que, ainda que se considere que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a faceta negativa do princípio, isso não significa impedir toda e qualquer ação prévia do Poder Judiciário no sentido de obstar arbitragens claramente eivadas de vícios em seus planos da existência, validade ou eficácia.

Neste sentido, até as vozes mais defensoras de uma aplicação quase-absoluta do princípio competência-competência aceitam que, em face de vícios claros que se apresentem em qualquer dos três planos do ato jurídico (existência, validade ou eficácia), seria possível a excepcional atuação *prima facie* do Poder Judiciário. Veja-se, a respeito, as lições de Gaillard (2009, p. 224):

(...) mesmo nas hipóteses em que a controvérsia ainda não tenha sido levada ao árbitro, a jurisdição estatal instada a conhecer o mérito, apesar da existência de cláusula compromissória, deve declarar-se incompetente,

a menos que a cláusula seja manifestamente nula.

Se a maioria das vozes da doutrina²³ e a própria jurisprudência brasileira²⁴ aliam-se ao entendimento de que, frente a uma mácula clara na convenção de arbitragem, seria possível o controle *prima facie* do Poder Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal – e assim promovendo verdadeira ponderação entre o princípio constitucional explícito mencionado e o princípio implícito da competência-competência²⁵⁻²⁶, que veste a roupagem de regra ao ser inscrito no art. 8º, parágrafo único, da LArb –, a discussão persiste na delimitação do que se constituiria como “mácula clara”²⁷ e como poderia ser exercido tal controle *prima facie*.

Sobre a segunda parte da discussão (de mais fácil solução, aparentemente), Carmona (2023, p. 189) apresenta ponderação bastante interessante, ao estatuir que

(...) poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento

23 Dinamarco (2022, P. 106) ensina que “(...) o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (dupla interpretação), suas dimensões, suas ressalvas, sob pena de abrir escancaradas à indiscriminada subtração dos lígios pelo juiz natural”. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, citado por Mejias (2015, p. 91), aduz que “(...) o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais e da Convenção de Nova Iorque, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário. Deste modo, à parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz” (Tepedino, 2012).

24 Vide os seguintes precedentes, cuja essência pode ser resumida no seguinte trecho do voto da Min. Nancy Andrighi “[o] Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp no 1.602.076/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2016; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp no 1.803.752/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04.02.2020; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.845.737/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20.02.2020.

25 Considera-se o princípio competência-competência como princípio implícito por ser ele decorrência do princípio da autonomia da vontade, este inscrito expressamente no art. 5º, inc. II, da CRFB/1988.

26 No bojo do CC 151.130, o relator para o Acórdão Luis Felipe Salomão afirmou que “a subtração à jurisdição estatal excepcionalmente uma das garantias fundamentais, que é a inafastabilidade da jurisdição estatal, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, sendo necessário, portanto, adotar interpretação consentânea aos interesses envolvidos no litígio” (Citado por Yarshell; Auilo, 2023, p. 241).

27 Para Mejias (2005, p. 108), “(...) tendo o sistema sido pensado e desenvolvido para um ambiente de razoáveis divergências quanto à jurisdição e capacidade do árbitro, a primeira gama de exceções seriam aqueles casos de vícios aberrantes que, justamente por não comportarem dúvidas razoáveis, impedirão que um mecanismo embasado no Kompetenz-Kompetenz as resolva de forma eficiente”.

da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral²⁸.

De fato, se o juiz togado vislumbra a necessidade de que seja feita instrução probatória, parece que não se está diante de uma nulidade patente, manifesta, não havendo razão para se abdicar da aplicação do princípio da competência-competência.

Já quanto à primeira parte da questão (o que constituiria uma “mácula clara”), esta gera maiores debates. O entendimento do que seria a patologia capaz de ensejar o controle primário do Poder Judiciário, afastando, em juízo de ponderação, o princípio competência-competência, ainda enseja muitas discussões na doutrina e jurisprudência, visto se tratar de uma questão que, necessariamente, demanda análise casuística, sendo difícil delimitar exatamente onde termina uma cláusula não patológica e onde se inicia a ideia de cláusula patológica. Dedicaremos o próximo tópico para tratar de alguns entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, para depois passar à singularidade do tratamento da questão quando diante das arbitragens envolvendo a Administração Pública.

2.3 Doutrina e jurisprudência relacionadas ao afastamento do princípio competência-competência para análise de “cláusulas patológicas”

A respeito da interpretação do que pode ser considerado uma patologia capaz de ensejar a apreciação prévia do Poder Judiciário, em detrimento da análise dos árbitros, Carmona (2023, p. 189) apresenta o seguinte raciocínio:

Tal como no direito francês, é relevante destacar o caráter excepcional da cognição prévia pelo juiz togado, a qual apenas será admissível nas situações em que a nulidade ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem é evidente por um simples exame *prima facie*, extirpe de dúvidas ou discussões juridicamente possíveis sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem²⁹.

28 Para Mejias (2005, p. 108), “(...) é correto que o critério ausência de dúvidas razoáveis seja equiparado a desnecessidade de dilação probatória, ou seja, às hipóteses em que o vício possa ser constatado de plano, com base em prova pré-constituída”.

29 Veja-se que a própria legislação francesa – considerada por muitos como a mais protetiva em matéria de arbitragem (e, em particular, quanto à amplitude do princípio competência-competência) estatui que “assim que um litígio para o qual um tribunal arbitral foi constituído em virtude de uma convenção de arbitragem é levado para o juízo estatal, este deve declarar-se incompetente, a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou inaplicável” (art. 1.458 do Code de Procédure Civile).

No mesmo sentido, Felipe Sripes Wladeck (citado por Yarshell; Auilo, 2023, p. 239) aduz que “nos casos em que a irregularidade da convenção ou a ‘incompetência arbitral’ puder ser detectada de plano (mediante o simples exame dos elementos da inicial) e, além disso, for capaz de inviabilizar de modo absoluto a arbitragem”, o juiz deve “acolher a medida anti-arbitral formulada, para declarar a impossibilidade do prosseguimento do processo arbitral em curso”.

A questão, para Dinamarco (2022, p. 261), resolve-se pela constatação de potencial prejuízo na esfera jurídica do sujeito, ou seja, “[q]uando a decisão tiver uma eficácia tal que possa propiciar desde logo a invasão da esfera jurídica de um sujeito, causando-lhe *prejuízo*, a exclusão do controle judiciário seria inconstitucional”. Já para Mejias (2005, p. 109), menos importa a gravidade do vício, e sim que inexistam incertezas fáticas na sua apuração para que seja devida a “interferência” judicial.

A doutrina, portanto, embora tenha natural dificuldade no estabelecimento de parâmetros fixos sobre o que seria a patologia capaz de ensejar a apreciação prévia – ou seja, antes da cognição pela via da ação anulatória – de cláusula arbitral ou de questões pertinentes a um procedimento arbitral, logrou êxito em estabelecer, minimamente, balizas interpretativas para esse fim, as quais passam, em linhas gerais, pela possibilidade de verificação “de plano” da questão – sem necessidade de instrução probatória – e pela gravidade do vício, o qual inviabilizaria a própria arbitragem.

A jurisprudência vem se consolidando em sentido bastante similar à doutrina sobre o tema – dado o natural imbricamento entre uma e outra fonte do direito – ao consolidar o entendimento de que (i) o afastamento do princípio competência-competência é situação excepcional; e (ii) essa excepcionalidade dá-se no caso de patologias na cláusula ou de evidente nulidade aferíveis de plano. Seguindo essa linha de entendimento, vejam-se os seguintes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que bem resumem a forma como a justiça estatal tem lidado com o tema:

A competência do Juízo arbitral para a interpretação do alcance subjetivo e da extensão objetiva da cláusula compromissória deve prevalecer, conforme a regra Kompetenz-Kompetenz, **ressalvadas hipóteses excepcionais**, como os casos de vício evidente que torne a cláusula arbitral patológica, o que não se verifica no presente caso. (grifos das autoras) (AgInt no REsp 2045629 / SP, trechos do voto do Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, DJe 23/11/2023)

Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, per si, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes - devidamente referenciada na sentença extintiva -, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário. (grifos das autoras)

(REsp 1699855 / RS, trechos do Acórdão, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 08/06/2021)

O magistrado pode analisar a alegação de ineficácia da cláusula compromissória por descumprimento da formalidade do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, independentemente do estado do procedimento arbitral.

[...]

É inegável à finalidade de integração e desenvolvimento do direito a admissão na jurisprudência desta corte de cláusulas compromissórias ‘patológicas’ (...) cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral.

(REsp 1.602.076/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 30/9/2016).

Apresentadas, pois, as principais linhas teóricas e jurisprudenciais sobre situações em que se faz necessária a ponderação entre o princípio competência-competência e a inafastabilidade do Poder Judiciário, passa-se à principal missão deste estudo, qual seja, a investigação sobre a singularidade da aplicação desse princípio nas arbitragens envolvendo a Administração Pública e, mais especificamente, como as chamadas “medidas anti-arbitrais” podem ser, na realidade, medidas voltadas à própria proteção da arbitragem.

3. SINGULARIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA NAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira pergunta que se coloca, frente ao título desta parte do artigo, é se há, de fato, razões que justifiquem uma singularidade da aplicação do princípio competência-competência nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. E a resposta deve ser positiva. Inicialmente, vale o registro de que a própria participação da Administração Pública no ambiente arbitral – pensado e moldado, *ab initio*, para as disputas comerciais – já leva consigo algumas singularidades. A principal delas é a publicidade, em contraposição à característica reconhecida às arbitragens, qual seja, a confidencialidade. Outra singularidade relevante é a impossibilidade do julgamento por equidade, e por aí vai.

Há de se notar que a Administração Pública, ao ingressar em qualquer “seara jurídica”, carrega consigo algo chamado “regime de direito público”, e essa carga possui inúmeras singularidades, as quais necessitam ser compatibilizadas com outros “regimes” com os quais espera-se haver alguma concertação. O “regime” da arbitragem, pois, não é o único que precisa sofrer adequações quando a Administração Pública entra em cena.

Bem posta esta premissa, resta investigar qual seria essa “singularidade”, capaz de ensejar uma distinta interpretação do princípio competência-competência. Para tal fim, deve ser retomada a ideia, delineada linhas atrás, segundo a qual a Administração Pública não se vincula à arbitragem por meio da autonomia da vontade, e sim por meio de uma vontade normativa. Ou seja, a própria integração da Administração Pública a um procedimento arbitral apenas pode ocorrer se e nos moldes autorizados por Lei.

Assim, embora possa caber aos árbitros a interpretação de uma cláusula arbitral em si, conforme o princípio competência-competência, tal não pode excluir, em caráter absoluto, a capacidade do Poder Judiciário de apreciar, principalmente nas lides envolvendo a Administração Pública, a própria conformação da cláusula à previsão legal – e isso tem consequências

tanto sob a ótica da arbitrabilidade subjetiva, como sob alguns aspectos da arbitrabilidade objetiva.

Com efeito, se se está diante de uma situação em que a Administração *sequer poderia* estar em uma arbitragem, por qualquer descumprimento de comando legal, e se o cerne da discussão travada, num primeiro momento, perpassa justamente pela resolução desse imbróglio, será que é razoável aprisionar a Administração Pública na esfera arbitral, impedindo-a de debater a questão numa esfera (o Poder Judiciário) que, a todas as evidências, é a adequada? Nos casos em que uma arbitragem se inicia em manifesta desconformidade com a lei, seria legítimo extirpar a possibilidade de pronta correção de rumos pelo Poder Judiciário, permitindo-lhe atuar tão somente após o decorrer de um longo e custoso procedimento arbitral? Tal postura adequa-se aos princípios da eficiência e economicidade que regem a Administração Pública?

É evidente que aqui não se está a defender um total e completo afastamento do princípio competência-competência quando diante de arbitragens envolvendo o Poder Público – a proposta, definitivamente, não é essa. O que se defende é que o princípio em questão deve ser analisado casuisticamente e, acima de tudo, compreendido sem se olvidar que os interesses tutelados pela Administração Pública são, sim, dotados de uma proteção especial. Não à toa é designado um regime jurídico especial para reger a sua atuação, dentro do qual destaca-se a observância à estrita legalidade e seus consectários.

Pois bem. Algumas medidas adotadas pela Administração Pública quando litigante na esfera arbitral têm sido classificadas, por determinados grupos, como medidas anti-arbitrais, notadamente aquelas que buscam preliminarmente, junto ao Poder Judiciário, afastar a jurisdição arbitral, com o objetivo de impedir todo o desenvolvimento de um procedimento arbitral que – no entender do ente público – é inequivocamente nulo na sua essência.

O caso mais emblemático, muito conhecido pela comunidade arbitral, diz respeito ao Procedimento Arbitral nº 75/2016, que nasceu a partir de uma cláusula arbitral inserta no Estatuto Social da Petrobras em 2002, anteriormente à autorização legislativa para a União se submeter a procedimentos arbitrais.

No caso, tão logo demandada, a União apresentou manifestação afirmando que, por força do princípio da legalidade, a cláusula arbitral não poderia vinculá-la e abranger suas disputas, pois, ao tempo da inserção da cláusula no Estatuto (2002), a União não estava legalmente autorizada a eleger a arbitragem como meio de solução de controvérsias. Dessa feita, qualquer aparente manifestação de vontade no sentido de eleger a arbitragem seria descolada da “vontade normativa” e, portanto, inválida.

O pedido de exclusão da arbitragem, formulado pela União, foi, no entanto, indeferido pelo Presidente da Câmara de Arbitragem, de modo que

a União ajuizou ação perante a Justiça Federal (ref. Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100), visando à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigasse a participar do procedimento arbitral instaurado perante a CAM-BOVESPA, sendo manifestamente nulo o procedimento arbitral. Após uma ponderação dos valores em jogo, entendeu a União que levar a controvérsia previamente ao Poder Judiciário, naquele caso, além de compactuar com os princípios da legalidade, eficiência, economicidade e segurança jurídica, representaria também discutir a questão na única arena adequada, visto que a União nunca pretendeu – e nem poderia pretendê-lo – afastar a justiça pública estatal para resolver suas disputas em sede arbitral.

Tal discussão, adiante, deu ensejo ao Conflito de Competência nº 151.130, instaurado pela parte adversa à União, que sustentou prevalência do juízo arbitral e a proibição de controle apriorístico pelo Poder Judiciário, com base no princípio da competência-competência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), chamado a debruçar-se sobre a questão, reconheceu a sua competência para apreciar a matéria e adotou entendimento bastante consonante à necessidade de se aplicar com *gravis salis* o princípio competência-competência quando diante de alegações de máculas graves na cláusula compromissória em conflitos envolvendo a Administração Pública. A seguir, reproduzimos alguns dos principais trechos do voto condutor do Min. Luis Felipe Salomão:

Na hipótese, houve o questionamento por parte da União justamente pela ausência de autorização legal e vagueza na própria cláusula compromissória inserta no Estatuto da Petrobras quanto aos termos de sua abrangência em relação a ela, daí por que entendo que a cláusula compromissória deve ser específica quanto aos limites de sua vinculação.

A discussão, portanto, é anterior à própria ideia de efetiva convenção entre as partes, somente a partir do que, de fato, convencionada a cláusula compromissória e instalado o Juízo arbitral, este passa ser o juiz da causa, inclusive para deliberar sobre sua própria competência (aplicação da regra da “competência-competência”).

No caso, discute-se a ausência de autorização expressa por parte do ente federado, por meio da qual foi imposto à União, na hipótese, o procedimento arbitral, de maneira prévia, e, ainda, delimitado a determinados litígios.

Assim, em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula.

Nesse sentido, o teor da cláusula compromissória inserida no Estatuto da Petrobras evidencia que as disputas submetidas à arbitragem envolvem tão apenas “as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social”, o que se dissocia do caso em análise.

Assim, a matéria em análise ultrapassa, no tocante à União, os atos societários, porquanto as suscitantes pretendem a responsabilização solidária da União em virtude da escolha equivocada dos dirigentes da Petrobras e da ausência de fiscalização da atuação de tais agentes. Há, portanto, pleito de responsabilidade civil extracontratual em face da União.

Daí que não há cogitar aqui, com a devida vênia, do princípio da competência-competência. (grifos do autor)³⁰

As críticas da comunidade arbitral ao Acórdão, decidido por 10 a 1 no âmbito do STJ, foram muitas. Aludia-se a uma espécie de “desconfirmação” do princípio competência-competência, assim como a um suposto “enfraquecimento” do próprio instituto da arbitragem. Com a devida vênia a tais entendimentos, não houve nem “desconfirmação” do princípio, nem sequer enfraquecimento do instituto; a nosso ver, justamente o contrário.

A abordagem dada pelo relator do caso, Min. Luis Felipe Salomão, alinha-se completamente à posição defendida nesse estudo e à noção de vontade normativa a que aludimos. Se, para os particulares, deve-se aplicar o princípio “in dubio pro arbitragem” como medida protetiva ao próprio instituto, evitando-se abusos e práticas de má-fé no sentido de buscar se esquivar do acordado, no caso da participação da Administração Pública, dá-se lugar a uma ideia de que a dúvida fundada quanto à própria vinculação do ente público à arbitragem, por questão legal, deve ser solucionada pelo órgão constitucionalmente competente, não sendo possível falar em “proteção ao acordado”.

30 As razões de decidir do Superior Tribunal de Justiça são também bem compreendidas pela leitura de alguns trechos do voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, os quais ora colacionamos: Em se tratando de ente da Administração Pública (...) seu consentimento à arbitragem, corolário da autonomia da vontade, deve-se apresentar-se de modo expresse e inequívoco, não se admitindo, nessa específica hipótese, a demonstração, por diversos meios de prova, ou por interpretação extensiva, da participação e adesão do ente estatal ao processo arbitral. [...] A hipótese retratada nos presentes autos, em que se pretende a instauração de procedimento arbitral contra a União Federal, pessoa jurídica de Direito Público, integrante da Administração Pública direta, em tese sem seu expresse e indispensável consentimento, constitui hipótese ostensivamente aberrante, nos dizeres do citado autor, a admitir a prévia manifestação do Poder Judiciário acerca da (in)eficácia subjetiva do compromisso arbitral, a contemporizar o princípio do kompetenz-kompetenz. (grifos das autoras)

Outro exemplo de situação pode ser extraído do Procedimento Arbitral nº 24957/GSS/PFF, tendo como requerente a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (“MSVIA”) e requeridas a União e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”). A cláusula arbitral que deu ensejo à arbitragem estava inserida em Contrato de Concessão celebrado entre a ANTT e a MSVIA. A União nunca participou diretamente da relação jurídica, mas, ainda assim, foi demandada, como requerida, pela MSVIA, em litígio que pretendia discutir, essencialmente, aspectos ligados ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Nessa hipótese, a inarbitrabilidade subjetiva da União poderia ser verificada de plano, a partir de um simples cotejo entre os termos do contrato de concessão, as disposições legislativas que regem a matéria e a pretensão buscada pela Requerente³¹. Assim, quaisquer atos ou decisões que pretendessem forçar a União a permanecer como parte naquele procedimento arbitral seriam teratológicos e nulos de pleno direito, autorizando eventual medida antecipatória da União perante o Poder Judiciário, com objetivo de obstar o prosseguimento da arbitragem.

No caso apresentado, no entanto, a União, após juízo de ponderação³², optou por não ingressar de plano com ação judicial de relação de inexistência de relação jurídica, confiando que os árbitros teriam uma boa compreensão a respeito da controvérsia, o que foi confirmado por decisão do Tribunal Arbitral (OP nº 04), que ratificou que a União não deveria figurar no polo passivo da arbitragem.

Tal caso é relevante de ser mencionado, pois além de ilustrar, a partir de uma situação real, mais um exemplo de hipótese que justificaria uma atuação judicial prévia do ente público, demonstra também, concretamente, que a União não se vale desmesuradamente de medidas “anti-arbitrais” (como alguns classificam) para solucionar situações teratológicas ou “máculas

31 Em sua manifestação, a União pugnou que não poderia ser considerada parte material da controvérsia, à luz do que dispunha a própria legislação. Isso porque a Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT, ela própria, ao realizar a descentralização administração, delegou a essa autarquia diversas funções, como, por exemplo, atribuições para celebrar, gerir e regular os contratos de concessão rodoviária, bem como para fiscalizar o serviço, cabendo, exclusivamente à ANTT, por força da divisão de competências legislativas, promover o equilíbrio econômico-financeiro discutido.

32 Dois aspectos foram levados em conta pela União no seu juízo de ponderação: em primeiro lugar, em procedimento arbitral muito semelhante (Procedimento Arbitral CCI nº 23960/GSS), envolvendo outra concessionária de rodovias, a parte requerente também havia incluído a União como requerida, mas acabou concordando que, de fato, a União não poderia ostentar a qualidade de parte, tendo então havido a exclusão consensual da União, sendo, portanto, um precedente de reforço à tese da União. Além disso, outro aspecto ponderado no caso envolvendo a “MSVIA” é que a União possuía interesse em permanecer na arbitragem na qualidade de terceira interveniente. Assim, ao invés de solicitar ao Judiciário a sua exclusão, a partir de uma ação judicial de inexistência de relação jurídica, entendeu que seria mais vantajoso aguardar a manifestação do Tribunal Arbitral para que, em uma única decisão, pudesse ser desqualificada como parte e recebida como interveniente. E assim foi feito pelo Tribunal Arbitral, na elogiada OP nº 4.

graves” na convenção de arbitragem. Ao contrário. O uso preliminar da via judicial, como mecanismo para corrigir, de pronto, situações de ilegalidade que, se não imediatamente estancadas, podem gerar prejuízos enormes aos cofres públicos, deve ser assegurado, sob pena de se subverter todo o sistema e de se priorizar um princípio (competência-competência) em detrimento de outros interesses de especial relevância. Cabe, portanto, recorrer sempre a um juízo de ponderação (Robert Alexy³³), analisando-se os valores em jogo, caso a caso.

Aliás, não se está a querer inventar a roda. A própria doutrina reconhece situações excepcionais – para além das já citadas neste artigo – em que pode (e deve) o juiz togado se adiantar ao exame de aspectos ligados à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, como forma de prestígio à eficiência e à segurança jurídica. Uma dessas situações refere-se à alegação pela parte ré, no bojo de uma ação judicial, acerca da existência de convenção de arbitragem, nos termos do art. 337, X, do CPC. Relevantes são as lições de Carmona (2023, p. 188) a esse respeito:

Alegada pelo réu, em contestação, que existe convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso), poderá replicar o autor, afirmando que tal negócio jurídico processual é nulo (por vício de forma, por exemplo, ou porque a controvérsia seria inarbitrável). Impõe-se, neste caso, decisão judicial, que será definitiva (no sentido de que impedirá a instituição da arbitragem) se o juiz desacolher a alegação do réu, afirmando sua competência; será, todavia, provisória, dando margem à plena aplicação do art. 8º da Lei se o magistrado considerar que a cláusula é válida, extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 485, VII, do Código de Processo Civil). Explico: a decisão interlocutória que descarta a preliminar de contestação do réu calcada no art. 337, X, afirma que a convenção de arbitragem é inválida, de modo que não haveria motivo para o juiz afastar-se da direção do processo; em última análise, o juiz apreciou a validade da cláusula e – apesar do art. 8º da Lei – declarou sua invalidade. Ao contrário, se o juiz acolher a preliminar do réu, estará reconhecendo a eficácia (em princípio!) da cláusula, extinguindo o processo e remetendo as partes à arbitragem. Instituída a arbitragem, tocará aos árbitros decidir – agora sim, utilizando de forma plena os poderes conferidos pelo art. 8º da Lei – se a convenção é válida e eficaz. Se concluírem pela invalidade da convenção, encerrarão a arbitragem, o que trará as partes de volta ao Poder Judiciário que, agora, não poderá voltar a tratar do assunto: ainda que o juiz entenda (ao contrário do que já resolveram os árbitros) válida a

33 Vide a obra *Teoria dos direitos fundamentais* (Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011), na qual, entre outras, defende a sua teoria de ponderação de princípios jurídicos.

convenção, prevalecerá a decisão já tomada em sede arbitral, impondo-se definitivamente a competência do juiz togado.

Pois bem. A partir de todas essas considerações, reforçamos nosso entendimento de que a relativização do princípio da competência-competência é possível (e devida) em situações excepcionais em que, mediante uma interpretação conglobada do ordenamento jurídico e após a ponderação dos interesses em jogo, conclui-se que submeter a questão a um controle prévio do Judiciário é a alternativa que confere maior eficácia a valores e princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, como a legalidade, eficiência e economicidade.

Nessa toada, se, de um lado, o manejo de medidas “anti-arbitrais” deve ocorrer com parcimônia, sem excessos, não podendo ser transformado em uma regra, nem mesmo para as arbitragens envolvendo entes públicos, de outro lado, impedir categoricamente o uso de medidas judiciais prévias destinadas a sanar, de plano, nulidades manifestas ou corrigir situações teratológicas envolvendo a submissão forçada dos entes públicos a procedimentos arbitrais, sequer parece ter sido a intenção do legislador. Seja porque a literalidade do art. 8º, p.u., da LArb não parece induzir a essa conclusão³⁴, seja porque, na prática, a aplicação fria desse princípio poderia levar a consequências desastrosas, tanto do ponto de vista da eficiência e segurança jurídica, mas sobretudo da economicidade.

A esse respeito, Yarshell; Auilo (2023, p. 246) ressaltam o quão antieconômico pode ser aguardar uma sentença arbitral para, somente então, sanar um ato ilegal ou um abuso:

Nas palavras da doutrina, “o juiz da anulação é capaz de avaliar o trabalho arbitral como um todo, principalmente o dos árbitros, mas também as medidas institucionais que o organizaram e enquadraram” – a partir do que fica ainda mais evidenciada a possibilidade de controle jurisdicional, ainda que de forma excepcional, dos atos dessas instituições. A esse respeito, vale lembrar conhecido caso corrido na França e outro entre nós, nos quais o vício que levou à anulação da sentença arbitral foi provocado por um ato dos órgãos das instituições. Ainda, nessa linha, vale lembrar caso em que a aplicação, pelos órgãos da própria CCI, do art. 30, § 4º,

34 Conforme exposto ao longo desse estudo, o art. 8º da Lei de Arbitragem Brasileira dispõe, no seu parágrafo único, que “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. A partir da letra fria da Lei, se, de um lado, o legislador conferiu claramente poderes aos árbitros para afirmar (ou não) a sua própria competência, de outro, o legislador não afastou expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário, eventualmente, debruçar-se a respeito dessas questões, sobretudo, nos casos em que essa norma conflitar com a aplicação de outros princípios e normas que tutelam direitos de especial relevância.

do Regulamento de 1998 de arbitragem, levou o Poder Judiciário francês a decretar a anulação da sentença arbitral. Em todos eles, tivesse havido controle jurisdicional imediato, não teria sido necessário desconstituir a sentença, com todas as consequências nefastas daí decorrentes, afigurando-se antieconômico esperar o proferimento de uma sentença arbitral para sancionar um ato ilegal ou um abuso praticado pela instituição. (grifos das autoras)

Dessa feita, retomamos à pergunta que deu ensejo ao título desse ensaio, para, então, reafirmar que haverá, sim, situações – e isso já foi demonstrado neste estudo a partir de situações concretas vividas pela União – em que permitir o transcurso de um procedimento arbitral por inteiro, com dispêndio de tempo e recursos públicos, seria não apenas contraproducente, mas violaria frontalmente princípios aplicáveis à Administração Pública, como o da legalidade, eficiência, segurança jurídica e economicidade³⁵.

CONCLUSÃO

Se este estudo tinha por objeto a análise da intervenção judicial precoce como mecanismo de preservação do próprio instituto da arbitragem – isto é, evitando-se o proferimento de sentenças arbitrais cuja nulidade pode ser verificada e estabelecida *prima facie* –, principalmente quando diante de arbitragens envolvendo a Administração Pública, as linhas lançadas ao longo destas páginas permitem concluir que as chamadas medidas “anti-arbitrais” podem, se utilizadas com parcimônia, servir como mecanismo de preservação da própria arbitragem com a Administração Pública, coibindo arbitragens sem supedâneo legal em sua origem e evitando-se que sua multiplicação sirva justamente a um movimento contrário, de afastamento da Administração Pública dessa seara.

Se o desenvolvimento da arbitragem com entes públicos teve com uma das razões o sucesso do instituto, a partir do cotejo de suas vantagens frente à tradicional via judicial para as contendas de maior complexidade, a própria percepção de que a utilização do instituto não está sofrendo abusos leva à sua crescente inserção nos contratos administrativos. Com efeito, poder levar ao Judiciário, sem maiores delongas, situações consideradas pela Administração Pública como destituídas de respaldo legal é uma das formas de preservação não apenas dos princípios da legalidade, eficiência,

35 Aliás, em havendo para os agentes públicos um poder-dever de atuar para satisfazer o interesse público, eventual não atuação do ente público, perante o Judiciário, diante de situações teratológicas e de nulidade manifesta, poderia, inclusive, soar omissiva e em desacordo com a tutela dos interesses da coletividade.

economicidade e segurança jurídica, mas também do próprio instituto da arbitragem e de sua compatibilização com o regime de direito público.

Por fim, se é inegável que o princípio competência-competência tem relevância fundamental para a arbitragem, ponderá-lo é medida de rigor quando diante de outros princípios que, na situação concreta, deverão prevalecer. A ponderação de interesses será, naturalmente, a melhor medida diante dos casos concretos, esperada não apenas dos órgãos judicantes, como também daqueles que lançam mão de tais expedientes. Em havendo uso com parcimônia, calcado na boa-fé, sem abusos nem excessos, as chamadas medidas “anti-arbitrais” poderão, enfim, ser consideradas “pró-arbitragem”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANCEL, Bertrand. O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”. *RBAr*, nº 6, Abr-Jun/2005, p. 52-64.

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, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

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.

CARDOSO, Paula Butti; ALBUQUERQUE, Gustavo. Legislação Federal sobre Arbitragem com a Administração Pública. In: WALD, Arnoldo; FERREIRA, Selma Lemes (coord). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Processo Arbitral*. 2ª ed., Curitiba: EDC, 2022.

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

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. *O Efeito Negativo da Competência-Competência*. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisela Mation. Revista Brasileira de Arbitragem, Curitiba, Comitê Brasileiro de Arbitragem, ano VI, n. 24, 2009.

MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da Atividade do Árbitro*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2015.

NUNES, Tatiana Mesquita; GOMES, Cristina Avolio Cardoso. Autonomia da vontade e arbitragem: o caso da administração pública. *Publicações da Escola Superior da AGU*, [S. l.], v. 14, n. 01, 2022. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3224>. Acesso em: 28 jan. 2024.

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

YARSHELL, Flávio Luiz; AUILO, Rafael Stefanini. *Controle Judicial Prévio (e Excepcional) de Decisões Arbitrais: Exame sob a perspectiva da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*. In ABOUD, Fernando Maluf; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo Favero (coord.). *Arbitragem e Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

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

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

*Marcela Muniz Campos¹
Renata Cristina Vasconcelos Pacheco²*

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

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

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

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

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

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

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Barroso, 2003.

4 TCU, Acórdão nº 587/2003 - Plenário.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ARBITRAGEM E AUTONOMIA DA VONTADE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE MERIT OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND ARBITRATION WITH PUBLIC ENTITIES

Paula Butti Cardoso¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A insindicabilidade do mérito administrativo: limite à atuação jurisdicional (estatal ou privada). 2. *Requiem* pelo mérito administrativo. 3. O mérito administrativo não é critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. Conclusão. Referências.

¹ Mestre (junho/2013) e Doutora (setembro/2023) em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN (desde 2013). Coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (desde 2018).

RESUMO: A Lei nº 9.307, de 1996, a Lei de Arbitragem, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.129, de 2015, passou a prever expressamente que a “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ultrapassadas as discussões em torno da arbitrabilidade subjetiva, a arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo a administração pública ganha papel de destaque. Na tentativa de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, alguns apresentam, como limite à arbitrabilidade, o mérito administrativo. Ocorre que existe uma diferença entre afirmar que o mérito administrativo constitui um limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada; e afirmar que é o mérito administrativo que constituirá o limite à arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública. Diante do encolhimento do mérito administrativo que verificamos no direito administrativo contemporâneo, é necessário buscar outras formas de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Arbitragem. Arbitrabilidade Objetiva. Mérito Administrativo.

ABSTRACT: Law No. 9,307, of 1996, the Brazilian Arbitration Law, amended by Law No. 13,129, of 2015, expressly provides that the direct and indirect bodies of the public administration may resort to arbitration to resolve conflicts regarding “patrimonial rights”. In what regards disputes involving public entities in Brazil, discussions regarding the parties in arbitration (subjective arbitrability) have given place to discussions regarding objective arbitrability. Some people understand that the merit of the administrative act constitutes a limit to arbitrability. Nevertheless, there is a difference between stating that the merit of the administrative act constitutes a limit to the action of a state court or an arbitral tribunal; and to affirm that the merit of the administrative act limits the objective arbitrability of disputes involving state entities. In the context of Brazilian contemporary administrative law, the merit of the administrative acts is “retracting”. Therefore, it is necessary to seek other ways to identify the “patrimonial rights” of public administration.

KEYWORDS: Administrative Law. Arbitration. Objective Arbitrability. Merit of the administrative act.

INTRODUÇÃO

Ultrapassadas as discussões a respeito da possibilidade de a administração pública utilizar a arbitragem para resolução de conflitos, em decorrência da previsão expressa trazida pela Lei nº 13.129, de 2015, no sentido de que a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, as discussões no âmbito da arbitragem envolvendo a administração pública se voltam agora à arbitrabilidade objetiva. Isso porque o critério estabelecido pelo legislador, que faz menção aos “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, não permite identificação imediata dos conflitos que podem ser objeto de uma arbitragem.

Na tentativa de identificar os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública, alguns apresentam, como limite à arbitrabilidade, o mérito administrativo. De acordo com clássicas lições de direito administrativo, o mérito corresponderia à margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade administrativa, ou seja, à possibilidade de a administração pública escolher uma entre várias soluções possíveis desde que atendido o interesse público. Por corresponder a uma margem livre, inarbitrável seria a decisão administrativa discricionária.

Ocorre que existe uma diferença entre afirmar que o mérito administrativo constitui um limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada; e afirmar que é o mérito administrativo que definirá o limite da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública. Se é certo que o mérito administrativo apresenta um limite à jurisdição, e, conseqüentemente, um limite à atuação dos árbitros, por outro lado é necessário reconhecer que declarar a insindicabilidade do mérito administrativo não possui um real impacto na definição da arbitrabilidade dos conflitos com a administração pública, principalmente diante do encolhimento do mérito administrativo que verificamos no direito administrativo contemporâneo.

Para identificar a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo entes públicos, é preciso, então, para além do mérito administrativo, identificar quais são os atos administrativos que, a despeito de serem considerados vinculados ou discricionários, podem ou não podem ser identificados com um “direito patrimonial disponível” da administração pública.

1. A INSINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO: LIMITE À ATUAÇÃO JURISDICIONAL (ESTATAL OU PRIVADA)

Conforme ensina Medauar (2020, p. 146), o ato administrativo constitui “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades

da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”. Enquanto a legalidade do ato administrativo diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento, a margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade administrativa - que é a faculdade conferida à administração pública de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis, todas igualmente válidas para o ordenamento, desde que atendido o interesse público² - corresponde ao seu aspecto de mérito. Assim, o mérito do ato administrativo “expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (2020, p. 113-114).

A discricionariedade, afirma-se de modo geral na doutrina clássica administrativista, evita o automatismo que ocorreria se os agentes administrativos tivessem sempre que aplicar rigorosamente normas preestabelecidas e supre a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar. Assim, “a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas, e sempre crescentes necessidades coletivas” pois “a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis” (Di Pietro, 2021, p. 222).

Como o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade de atuação da administração, ou seja, à discricionariedade administrativa na busca da consecução do interesse público, surge a questão relativa à sua (in)sindicabilidade. Em sendo o mérito o aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da administração pública, comumente afirma-se que ao poder judiciário descabe o exame do mérito das decisões da administração. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando se pensa na jurisdição arbitral: não poderá o tribunal arbitral decidir a respeito do mérito das decisões da administração pública.

Para Salles (2011, p. 218), havendo autorização legislativa para que a administração pública participe de arbitragem, fica admitida a arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos (e até mesmo superadas

2 Também para Di Pietro (2021, p. 222), o poder da administração é discricionário quando a autoridade está autorizada pelo legislador a optar por uma dentre várias soluções possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. A escolha é feita “segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

discussões sobre arbitrabilidade objetiva)³. Não obstante, o autor afirma que “há de se reconhecer a existência de limites, próprios do Direito Administrativo, à arbitrabilidade de controvérsias relativas a contratos administrativos”, sendo um desses limites o mérito administrativo. Para o autor, o mérito do ato administrativo “constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro” (2011, p. 215). Serviria o mérito, portanto, como um limite à arbitrabilidade de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública, de forma que a “convenção de arbitragem não poderá abranger o mérito do ato administrativo, bem como a sentença arbitral não poderá sobre ele incidir” (2011, p. 260).

Na mesma linha, para Marolla (2016, p. 145), os litígios decorrentes do exercício de poderes discricionários da administração pública “não poderão ser submetidos à decisão arbitral, pois são fruto do julgamento de conveniência e oportunidade, entre as várias opções validamente possíveis ao administrador”. Tibúrcio (2018, p. 128) é da mesma opinião, declarando que “assim como não compete ao Judiciário substituir pelas suas as opções legítimas da Administração no exercício de atribuições discricionárias, tampouco o árbitro pode pretender algo semelhante”⁴.

Também Megna (2019, p. 260) declara que o árbitro, assim como o juiz estatal, não poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo,

3 Nas palavras do autor (2011, p. 215): “A submissão da administração ao princípio da legalidade, por força de mandamento constitucional, condiciona a ação administrativa à existência de prévio permissivo legal. O requisito da autorização administrativa, dessa maneira, constitui, também, uma condição para arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos. Esse requisito, conforme observado em capítulo específico sobre esse tema, está presente em grande parte da legislação brasileira sobre contratos administrativos, sendo certo que, diante da sua presença, prescinde-se da verificação quanto à natureza dos direitos envolvidos, exigida pela Lei de Arbitragem. O legislador, ao autorizar a arbitragem nessa esfera, já expressou o juízo necessário quanto à pertinência da solução das controvérsias por esse meio”. Marolla (2016, p. 90) comenta a posição do autor: “Não parece ser essa a melhor exegese da norma. Tivesse o legislador exaurido a análise quanto à adequação jurídica da arbitragem às concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, retirando do administrador qualquer margem de discricionariedade ante o caso concreto, a arbitragem não seria facultativa, mas obrigatória. Não obstante, tanto o art. 23-A da Lei 8.987/95, quanto o artigo 11, inciso III da Lei 11.079/04 trazem a arbitragem como uma faculdade conferida ao administrador público. Além disso, as normas remissão expressa à Lei 9.307/96, indicando que o emprego da arbitragem deverá ser feito nos termos dessa lei, o que faz com que o requisito objetivo, segundo o qual o conflito a ser submetido à solução arbitral deve versar sobre direito patrimonial disponível, também seja aplicável à Administração Pública”.

4 Entretanto, ressalta a autora que “a observância da juridicidade não apenas pode, mas deve ser aferida até mesmo pelos tribunais arbitrais”, de forma que mesmo em hipóteses de maior discricionariedade, poderão os tribunais arbitrais declarar a nulidade de atos praticados em desacordo com a ordem jurídica. Em sentido similar, Sena (2021, p. 50): “O árbitro poderia avaliar aspectos formais, como, por exemplo, a observância do rito legal necessário à edição dos atos normativos de cunho geral produzidos pela Agência Reguladora e aspectos relacionados à observância da legalidade estrita relativa ao conteúdo do ato quando comparado com a política pública definida na lei; entretanto, não poderia revisar aspectos técnicos, de conveniência e de oportunidade ou estabelecer escolhas diferenciadas daquelas escolhas realizadas pela Agência Reguladora para decidir o conflito.”

“entendido este como o continente daquilo que encerra o poder-dever discricionário”. Para o autor, não quer isso dizer que o juiz ou o árbitro não possam conhecer (no sentido de considerar sua existência) o mérito administrativo, até mesmo para usá-lo como fundamento fático de sua decisão. O que não poderiam é alterar o mérito administrativo, pois essa função não é de competência jurisdicional, mas administrativa. O mérito administrativo se apresentaria, assim, como limite negativo ao controle judicial ou arbitral, ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo poder judiciário ou pelo tribunal arbitral⁵.

Por fim, Caldas (2020, p. 112-117), em monografia sobre o assunto, declarou que o mérito administrativo é um limite para a atuação jurisdicional, seja judicial, seja arbitral. Assim, “todos os parâmetros de controle aplicados pelo Judiciário, também devem ser observados na arbitragem” de forma que “mesmo possuindo interpretação pessoal divergente, devem os árbitros guardar deferência e entender legítima a decisão administrativa sempre que esta se mostrar razoável e tiver sido adotada com observância do devido processo legal”. Para o autor, o mérito do ato administrativo se apresentaria como um limite vertical à arbitrabilidade objetiva pois “embora condicione a atuação dos árbitros, não é analisado no âmbito da competência”⁶. Em outras palavras, “estando o conflito contido no escopo de uma convenção arbitral,

5 “Assim, por exemplo, se a Administração Pública decidiu por exercer sua faculdade de aumentar o objeto do contrato em 25% em relação ao que inicialmente previsto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993), poderá o árbitro tomar conhecimento desse fato e, sendo ele incontroverso, julgar a respeito das consequências patrimoniais daí advindas, a fim de fixar o justo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não poderá, porém, interferir na decisão administrativa, alterando, por exemplo, a porcentagem de aumento do objeto do contrato que havia sido fixada pela Administração”.

6 Para Caldas (2020, p. 112) o “mérito administrativo, por ser expressão de uma função, não é economicamente valorável e, dessa forma, não pode ser submetido à apreciação pelos árbitros”.

a arbitragem é cabível em toda a extensão da matéria, mas, na profundidade da análise, os árbitros não poderão revisar o mérito administrativo”⁷.

Assim, é inevitável conclusão no sentido de que o mérito administrativo – correspondente ao juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, pela autoridade que exerce o poder discricionário – deve permanecer livre de qualquer interferência de natureza jurisdicional, sendo, portanto, insindicável. Isso significa que nem o juiz estatal, nem o tribunal arbitral, poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. Nesse sentido, a insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta, sim, como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional. Não pode haver dúvidas a esse respeito. O problema que se coloca nesse artigo é outro: declarar a insindicabilidade do mérito administrativo seria suficiente para identificar todas as matérias que não podem ser submetidas à apreciação da jurisdição privada? Entendo que não, pelos motivos que serão a seguir expostos.

2. REQUIEMPELO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Nas últimas décadas, houve considerável evolução na matéria referente ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos. Conforme Di Pietro (2021, p. 226), “após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário”. Explica a autora que o exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle jurisdicional. Mas que, com o passar do tempo, teorias foram sendo

7 Para o autor, critérios de verificação da arbitralidade construídos a partir de dicotomias como “direito administrativo primário vs. secundário” e “atos de império” vs. “atos de gestão” gerariam vedações, a seu ver, indesejadas aos poderes dos árbitros (2020, p. 108). Cita o seguinte exemplo para ilustrar sua posição: “Seguindo o entendimento dessa corrente, mesmo que praticada uma resilição unilateral do contrato sem observância dos requisitos legais, os árbitros estariam impedidos de analisar essa ilegalidade. A parte privada não poderia pedir a declaração de ilegalidade e nem o tribunal arbitral reconhecer esse vício. Imagine-se o seguinte exemplo: O poder concedente declara a encampação de uma concessão (art. 37, da Lei nº 8.987/95), ou seja, pratica ato visando a retomada do serviço durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, sem que, contudo, tenha sido editada lei autorizativa específica. Ou seja, pratica o Poder Público um ato manifestamente ilegal. Uma expropriação sem base no ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, possuindo o contrato cláusula compromissória, se a concessionária desejar retomar o contrato, estaria ela impedida de fazer esse pedido ao tribunal arbitral? Os árbitros, por sua vez, não poderiam reconhecer a ilegitimidade da medida? Não se vislumbra qualquer motivo para essa vedação. Essa encampação indevida não é expressão do interesse público primário. Há, na verdade, sua violação. O Poder Público não possui um direito patrimonial indisponível de praticar atos ilegais. A impossibilidade de o tribunal arbitral reconhecer a ilegalidade do ato acarretará um prejuízo ainda maior para a sociedade, uma vez que o Poder Público deverá arcar com ampla indenização da concessionária, e, além disso, prestar diretamente ou fazer nova contratação do serviço. Menor prejuízo ao erário seria gerado se, reconhecida a nulidade, o contrato pudesse seguir seu curso natural.”

elaboradas para justificar a extensão do controle jurisdicional sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito.

A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público. Ocorre desvio do poder quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o detentor do poder jurisdicional autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a administração pública fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos em lei. Para Medauar (2020, p. 162), a teoria do desvio de poder representou importante passo no sentido de direcionar o exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos, em razão dos quais esse poder foi conferido ao agente administrativo. Afinal, os poderes atribuídos aos agentes visam ao atendimento do interesse público pertinente à matéria em que esses agentes atuam e não à satisfação de interesses pessoais, de grupos ou de partidos.

A teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato. Quando a administração pública indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o detentor do poder jurisdicional terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Para Binenbojm (2014, p. 218), de acordo com a teoria dos motivos determinantes, a administração pública deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo, havendo uma vinculação administrativa tanto à realidade como à juridicidade das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Deste modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela administração pública como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à juridicidade de tal escolha. Para Medauar (2020, p. 149), na teoria dos motivos determinantes, “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente” de forma que “a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar”.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados permite que detentor do poder jurisdicional passe a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de “mérito”. Para Binenbojm (2014, p. 226), a análise dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” destina-se a perquirir

se eles estabelecem: (i) uma área de escolhas puramente discricionárias; (ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável; ou (iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo detentor do poder jurisdicional. Para Di Pietro (2021, p. 224-225), a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a administração pública, já que nos conceitos de valor, como os de moralidade, interesse público e utilidade pública, a discricionariedade pode existir, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Segundo a autora, é só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas conclusões⁸.

Também a chamada constitucionalização dos princípios da administração pública veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle jurisdicional sobre os “atos discricionários”. Houve, assim, para Binenbojm (2014, p. 211) uma ampliação da legalidade que “trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito”⁹. Até por isso, para o autor (2014, p. 39), as transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornariam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa, pois a “emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia

8 Segundo a autora: “No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas. Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro.”

9 Para o autor, a discricionariedade não seria nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderia um maior ou menor grau do controle judicial dos seus atos. Ainda para Binenbojm (2014, p. 211): “(...) é possível identificar, desde o século XIX, um longo percurso no sentido do cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária. Esse balizamento foi, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (i) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicado dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência e finalidade); (ii) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícito na lei (como desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes); (iii) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (iv) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”.

entre atos vinculados e atos discricionários”, mas sim “em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”¹⁰.

O autor não está sozinho nessa análise. Marques (2004, p. 246), também ressalta a importância do controle jurisdicional dos atos administrativos, que estaria diretamente ligada “ao fato de ser a regulação estatal, hodiernamente, exercida por órgãos dotados de crescente autonomia e independência”, de forma que “o controle judicial não deve ficar restrito à mera verificação de legalidade, mas deve atingir também, quando provocado, o juízo de proporcionalidade, na avaliação da necessidade, da adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação”, já que os atos praticados afetam não apenas os interesses regulados (agentes econômicos), mas também os interesses da coletividade em geral¹¹.

Di Pietro (2021, p. 227), ressalta, entretanto, que não se deve confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade. Concordo com a autora, na medida em que as decisões que invalidam atos discricionários por desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como o da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito em si, mas a legalidade do ato. Somente é possível falar em mérito, no sentido próprio e atual da expressão, “quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo judiciário” (Di Pietro, 2021, p. 227).

10 “Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. (...) De outra banda, o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais. Assim, se as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder sua invalidação. Em tal caso, o papel primordial dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais autoriza um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa, respeitado sempre o espaço de conformação que houver sido deixado pela diretriz normativa” (Binenbojm, 2014, p. 41).

11 Para Martins (2001) “o juiz para mensurar se a competência discricionária exercida atendeu ou não à finalidade específica com eficiência deve analisar se a decisão administrativa (conduta, omissão, escolha, juízo) foi aquela que bem e melhor atendeu o interesse público”. Para o autor, isto não significa a eliminação do poder discricionário, mas apenas a ampliação da extensão do controle judiciário da administração pública, “tendo como parâmetro jurídico objetivo a eficiência a permitir a incursão do mérito da decisão administrativa”.

Diante da inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos, muito embora o ordenamento jurídico reserve ainda alguns espaços para a atuação discricionária da administração pública, não sendo possível confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade, serão muito poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional. De fato, e citando Palma (2015, p. 289), a premissa de diferenciar análise de mérito e análise de legalidade se mostra “pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade”. A noção de mérito administrativo é, no direito administrativo contemporâneo, uma noção cada vez mais instável. E é por isso que questiono a possibilidade e a utilidade de essa noção ser utilizada como base para definição de questão tão vanguardista como é a da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo entes públicos.

3. O MÉRITO ADMINISTRATIVO NÃO É CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO DA ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Não se questiona, conforme já afirmado, que o mérito administrativo é um limite para a atuação jurisdicional, seja ela estatal, seja ela privada. É preciso reconhecer a insindicabilidade do mérito administrativo (ou pelo menos, do que resta dele). Mas, note-se: isso não significa dizer que o mérito administrativo sirva como critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. E isso por diversos motivos.

Já foi afirmado que pensar no mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade não resulta num critério de grande utilidade prática. Diante da evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos do mérito administrativo, a diferenciação entre a análise de mérito e a análise de legalidade se mostra pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade.

Além da evolução do controle e, conseqüentemente, do encolhimento do mérito administrativo no direito administrativo contemporâneo, identificar a efetiva “parcela” de mérito de um ato administrativo não é uma tarefa trivial. A esse respeito, Di Pietro (2021, p. 227) afirma que apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se foram ou não outorgadas à administração pública diferentes opções. De acordo com a autora, se, após a interpretação, o detentor do poder jurisdicional concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante

o direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Em outras palavras, “o que o judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade” ou seja, “o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito”, (Di Pietro, 2021, p. 227).

Assim, apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se está ou não diante de verdadeira discricionariedade administrativa. Assim, considerando a necessidade de o julgador proceder a uma série de análises ao longo do procedimento para verificar se foram atendidos os limites da discricionariedade administrativa (e, assim, identificar a existência ou não do verdadeiro mérito administrativo, insindicável), caso o mérito seja considerado critério de arbitrabilidade, apenas será possível ter uma resposta para a questão da arbitrabilidade do litígio ao final do procedimento arbitral, o que não se mostra nem um pouco conveniente em termos de efetividade da prestação jurisdicional.

Além disso, a Lei nº 9.307, de 1996 autoriza a administração pública direta e indireta a utilizar a arbitragem para dirimir “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Se o mérito administrativo é um espaço de conveniência e oportunidade de escolha pela administração pública, no atendimento do interesse público, sendo insindicável, ou seja, insuscetível de controle jurisdicional, forçoso reconhecer que sobre o verdadeiro mérito administrativo jamais poderá sequer haver, de fato, um conflito. Em outras palavras, se o ordenamento jurídico garante à administração pública um espaço de escolha que não pode ser questionado por quem quer que seja, a ponto de não poder ser objeto de controle por uma autoridade detentora de poder jurisdicional (estatal ou privado), não se pode cogitar da existência de conflito sobre o mérito administrativo, não fazendo sentido identificar o mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade.

Por fim, não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. Em primeiro lugar, porque, conforme Medauar (2020, p. 146), é o ato administrativo (e não qualquer um dos seus elementos considerados isoladamente) que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações. Em segundo lugar, porque nenhum elemento do ato administrativo, por si só, é economicamente valorável ou disponível e, dessa forma, não poderia ser submetido, individualmente, à apreciação pelos árbitros. Em terceiro lugar, se fosse possível afirmar que é o mérito administrativo que corresponde ao “direito indisponível” da administração pública para fins de limitação da arbitrabilidade objetiva, seria impossível pensar na existência de um ato

administrativo inarbitrável: todos os atos administrativos seriam passíveis de submissão à arbitragem e, em se identificando uma parcela de mérito administrativo, apenas essa ficaria resguardada da atuação dos árbitros.

Note-se que não se nega que será possível aos árbitros avaliar a legalidade de um ato administrativo (se foi praticado pelo sujeito competente, se obedeceu a forma prevista em lei, se foi atendida a finalidade do ato ou se houve desvio ou excesso de poder, ou a veracidade dos motivos que levaram à sua prática). Mas como é o ato administrativo que produz efeitos jurídicos, e não um elemento seu considerado isoladamente, essa análise de legalidade pelos árbitros caberá tão somente em relação a um ato administrativo arbitrável, ou seja, apenas em relação a um ato administrativo que se enquadre nos critérios de arbitrabilidade, de disponibilidade e patrimonialidade. E esses atos administrativos devem ser identificados de antemão. É dizer, a análise de legalidade de um ato administrativo por um tribunal arbitral apenas será possível se se tratar de um ato administrativo que verse sobre “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública.

E quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública? Sobre essa questão, os entendimentos na doutrina são diversos. Há quem entenda que, no âmbito dos contratos administrativos, a questão da arbitrabilidade objetiva não gera maiores discussões, pois todas as questões contratualizáveis atenderiam aos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade. Nessa linha, afirma Aragão (2017a) que “o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a Administração Pública? Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem”. Para outros, a exemplo de Lemes (2007), no âmbito dos contratos firmados com a administração pública haveria cláusulas que não são disponíveis convencionalmente, como aquelas que decorrem de lei ou encerram poderes discricionários da administração pública, a exemplo das “cláusulas exorbitantes” e regulamentares, sendo a competência para seu exercício irrenunciável, cabendo ao árbitro apenas decidir sobre as repercussões patrimoniais delas decorrentes. Para outros, ainda, como Bandeira de Melo (2021, p. 911), “apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem” tendo em vista que esta seria a única parte verdadeiramente “contratual” de um contrato administrativo.

Trata-se, enfim, de discussão bastante complexa e que não possui lugar neste breve artigo¹². O que importa é que fique consignado que

12 Tive a oportunidade de analisar o tema em minha tese de doutorado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em setembro de 2023 e que exprime, como não poderia deixar de ser, minha opinião acadêmica e pessoal.

independentemente da solução que se entenda como correta, diante encolhimento do mérito no direito administrativo contemporâneo, é imprescindível desvincular dela as novas construções que buscam identificar a arbitrabilidade objetiva dos litígios com a administração pública. Um tribunal arbitral apenas poderá analisar um ato administrativo que seja arbitrável, ou seja, que se refira a um direito patrimonial disponível da administração pública. E, diante da arbitrabilidade do litígio, poderá, aí sim, analisar a legalidade do ato, resguardando-se, entretanto, de interferir no seu conteúdo efetivamente discricionário, caso este venha a ser identificado.

CONCLUSÃO

O mérito administrativo deve permanecer livre de qualquer interferência de natureza jurisdicional, sendo, portanto, insindicável. Isso significa que nem o juiz estatal, nem o tribunal arbitral, poderá interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. A insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta, sim, como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional, não podendo haver dúvidas a esse respeito. Ocorre que declarar a insindicabilidade do mérito administrativo é insuficiente para identificar todas as matérias que não podem ser submetidas à apreciação da jurisdição privada.

No direito administrativo contemporâneo presenciamos uma inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos. Muito embora o ordenamento jurídico reserve ainda alguns espaços para a atuação discricionária da administração pública, e muito embora não se deva confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade, serão muito poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional. No atual modelo de atuação administrativa, diferenciar análise de mérito e análise de legalidade é pouco útil, principalmente no campo da regulação ou da consensualidade. Esse fato já me leva a afirmar que o mérito administrativo não serve como critério de identificação da arbitrabilidade objetiva. Mas não apenas esse fato.

Além da evolução do controle e, conseqüentemente, do encolhimento do mérito administrativo no direito administrativo contemporâneo, identificar a efetiva “parcela” de mérito de um ato administrativo não é uma tarefa trivial. Apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o detentor do poder jurisdicional poderá concluir se está ou não diante de verdadeira discricionariedade administrativa. Assim, caso o mérito seja considerado critério de arbitrabilidade, apenas será possível

obter uma resposta para a questão da arbitrabilidade do litígio ao final do procedimento arbitral, o que não se mostra nem um pouco conveniente em termos de efetividade da prestação jurisdicional.

Além disso, sendo o mérito administrativo um espaço de conveniência e oportunidade de escolha pela administração pública, no atendimento do interesse público, forçoso reconhecer que sobre o verdadeiro mérito administrativo jamais poderá sequer haver, de fato, um conflito. Não faz sentido identificar o mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade quando a Lei nº 9.307, de 1996 autoriza a administração pública direta e indireta a utilizar a arbitragem para dirimir “conflitos” relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por fim, não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. É o ato administrativo (e não qualquer um dos seus elementos considerados isoladamente) que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações. Nenhum elemento do ato administrativo é, por si só, economicamente valorável ou disponível. Aliás, se fosse possível afirmar que é o mérito administrativo que corresponde ao “direito indisponível” da administração pública para fins de limitação da arbitrabilidade objetiva, todos os atos administrativos seriam arbitráveis, ficando resguardada da atuação dos árbitros apenas a parcela do mérito administrativo. E isso não corresponde à realidade. Apenas quando um ato administrativo se enquadre nos critérios de arbitrabilidade, de disponibilidade e patrimonialidade, é que os árbitros efetivamente terão jurisdição para decidir acerca de um conflito a ele relativo.

Assim, diante encolhimento do mérito no direito administrativo contemporâneo, é imprescindível desvincular dele as novas construções que buscam identificar a arbitrabilidade objetiva dos litígios com a administração pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no direito administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, 2017, p. 25-63.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUTTI CARDOSO, Paula. *Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. 326 f. Tese (Doutorado em Direito).

CALDAS, Evandro Pereira. *Controle da administração pública pela via arbitral*. Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Pensando o controle da atividade de regulação estatal*. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, 2001, p. 62-85.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2020.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 35ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros: 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SENA, Barbara Bianca. *Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica*. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Dissertação (Mestrado em Administração Pública).

TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual*. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZZI,

Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018, p. 111.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A ARBITRAGEM: CRITÉRIOS PARA A ESCOLHA DE ÁRBITROS POR AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

*REGULATORY AGENCIES AND ARBITRATION: CRITERIA
FOR CHOOSING ARBITRATORS BY THE BRAZILIAN
REGULATORY AGENCIES*

Roberta Negrão Costa Wachholz¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A contratualização da atividade administrativa. 2. A arbitragem e as agências reguladoras. 3. Critérios para a escolha de árbitro por agências reguladoras federais. Conclusão. Referências.

¹ Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procuradora Federal, Procuradora-Geral Substituta da ANTT.

RESUMO: A arbitragem com a Administração Pública é uma realidade. A inclusão de convenção de arbitragem em contratos de infraestrutura cresceu porque a arbitragem é reconhecida com um meio eficiente e célere de resolver disputas de alta complexidade técnica e grande relevância econômica. Essa é a razão pela qual agentes privados e a Administração Pública buscam se utilizar desse mecanismo privado de resolução de controvérsias. A celeridade da arbitragem se deve à flexibilidade do procedimento e a possibilidade de submeter o conflito a um regimento processual mais adequado às características particulares do caso concreto. A efetividade está relacionada à possibilidade de escolher árbitros experientes e com notório conhecimento sobre o objeto da disputa, o que pode fazer com que a entrega da decisão seja mais rápida e de maior qualidade, em decorrência da especialização dos julgadores. É comumente dito que o sucesso da arbitragem depende da qualidade dos árbitros e, por isso, a escolha dos árbitros é um passo crucial no procedimento. A Lei de Arbitragem prevê critérios mínimos para que a pessoa possa exercer a função de árbitro, critérios esses de observância obrigatória para as partes – e também a Administração Pública. Esse trabalho irá analisar o procedimento e critérios para as agências reguladoras escolherem árbitros nos procedimentos em que são parte.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Regulação. Agências Reguladoras. Administração Pública. Arbitragem. Escolha de Árbitros.

ABSTRACT: Arbitration is a reality for public administration. Commonly regarded as alternative dispute resolution methods, the adoption of mechanisms such as negotiation, mediation and arbitration have been increasingly common in disputes that involves public administration. The inclusion of arbitration clauses in infrastructure contracts has become recurrent because arbitration is, admittedly, one of the most efficient and fast way to solve technical issues with high level of complexity and relevant economic disputes. That is the reason why arbitration is pursued by investors and public administration. Arbitration is considered a way of quickly resolving disputes arising from these activities due to the flexibility of the procedure which can be shaped to the claims. It is also considered an effective way of resolving disputes due to the right of parties to choose the best expert as possible as their own arbitrator. It allows the parties to choose arbitrators considering their availability and the arbitrator's previous experience and that reflects the quality of the awards. It has rightly been said that arbitration is only good as its arbitrators. The choice of an arbitrator is crucial and often the most decisive step in an arbitration. There are some legal standards that public administration must comply with when choosing

an arbitrator. This paper will analyze the procedure and the criteria for choosing arbitrators by the Brazilian regulatory agencies.

KEYWORDS: Regulation. Regulatory Agencies. Public Administration. Arbitration. Choice of Arbitrator.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma realidade para a Administração Pública. Conforme dados disponíveis na pesquisa Arbitragem em números 2020/2021 e 2021/2022, a participação da Administração Pública direta e indireta em novos casos, em 8 câmaras de arbitragem no Brasil, foi de 16,66% em 2019, de 8,7% em 2020, de 8,38% em 2021, e de 10,71% em 2022 (Lemes, 2023, p. 12).

A primeira arbitragem que envolveu uma agência reguladora federal foi instaurada em 2006 e tinha como parte a Agência Nacional do Petróleo (ANP). A Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97) refere-se à arbitragem, diretamente ou através da utilização de termos correlatos, como laudo arbitral ou arbitramento, nos arts. 20, 27, parágrafo único, e 43, X. A previsão expressa na lei conferiu segurança, em meio a debates acerca da arbitrabilidade subjetiva, para que a ANP adotasse esse meio adequado de resolução de controvérsia antes de outras agências.

Não obstante a experiência isolada da ANP, somente se alcançou um número relevante de demandas mais de 15 anos depois, com o amadurecimento legislativo – que por meio da Lei nº 13.129/2015 incluiu o parágrafo 1º no art. 1º da Lei nº 9.307/1996 para prever expressamente que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direito patrimoniais disponíveis, e jurisprudencial – com decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público² e sobre a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, ou seja, da possibilidade de a Administração Pública ser parte em procedimentos arbitrais.

Esse incremento, inicialmente impulsionado pelo setor de petróleo, foi seguido pelos setores rodoviário e de telecomunicações. Além desses setores, também existem casos mais recentes dos setores aeroportuário e elétrico. Atualmente, as agências reguladoras federais têm cerca de 20

2 RE 904.813/PR, julgado em 20 de outubro de 2011, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrighi. MS 11.308/DF, julgado em 9 de abril de 2008, Primeira Seção, Ministro Relator Luiz Fux.

procedimentos arbitrais em curso³, em que são parte 5 agências reguladoras (ANTT, ANP, ANATEL, ANEEL, ANAC) e o valor envolvido se aproxima a R\$ 500 bilhões.⁴ Em relação ao tempo de duração dos procedimentos, especificamente em relação às arbitragens da ANTT, identificou-se um tempo médio de 3 anos e 4 meses dos procedimentos encerrados⁵. Em tais procedimentos, a representação das agências é feita pela Equipe Nacional Especializada em Arbitragens da Procuradoria-Geral Federal (ENARB/PGF/AGU), instituída pela Portaria Normativa PGF/AGU nº 15, de 14/03/2022, em conjunto com as Procuradorias Federais junto às Agências (PF-ANTT, PF-ANP, PF-ANATEL, PF-ANEEL, PF-ANAC).

Por ser um instrumento que concretiza a segurança jurídica e reduz custos de transação, porquanto permite que o conflito seja solucionado com maior celeridade, com árbitros especializados na matéria, dotados da indispensável neutralidade e imparcialidade, a arbitragem acaba por atrair investimentos para o país, em especial no setor de infraestrutura. E, por isso, as agências reguladoras passaram a prever a arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos de concessão.

Por isso, a escolha de árbitros é tão importante para o procedimento. A Lei nº 14.133/2021 prevê no art. 154 que o processo de escolha de árbitros deve observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes. As agências reguladoras não possuem um ato que sistematize os critérios para a escolha de árbitros em seus procedimentos arbitrais, como possui a União.

O presente trabalho objetiva analisar, dentro do arcabouço legal e infralegal existente, quais são os critérios aplicáveis à escolha de árbitros por agências reguladoras federais. Para tanto, irá inicialmente apontar o fundamento que justifica o uso da arbitragem pela Administração Pública, adotando como referencial a contratualização da atividade administrativa, em um movimento que reflete a passagem da Administração autoritária para a Administração consensual e admite instrumentos horizontalizados como meio decisório da Administração Pública. Na sequência, analisa-se como o arcabouço legal permitiu um significativo avanço quanto à adoção de convenção de arbitragem nos contratos de concessão e como

3 Para maiores informações sobre os procedimentos, ver: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb-e-para-os-procedimentos-da-antt> ver <https://portal.antt.gov.br/arbitragem>.

4 <https://www.conjur.com.br/2024-jan-29/arbitragem-que-envolve-administracao-publica-avanca-com-processos-bilionarios/>

5 Até o encerramento deste trabalho, a ANTT publicou em seu site <https://portal.antt.gov.br/arbitragem> informações sobre o encerramento de 2 procedimentos arbitrais: Procedimento Arbitral CCI nº 23960/GSS/PFF/RLS (Concessionária Rota do Oeste S.A x ANTT), que teve início em 10/10/202019 e término em 12/06/2023, com duração de 3 anos e 8 meses e Procedimento Arbitral CCI nº 25572/PFF (Concessionária BR-040 S.A x ANTT), que teve início em 12/08/2020 e término em 28/09/2023, com duração de 3 anos e 1 mês.

a arbitragem pode reduzir os custos de transação em razão da celeridade, da flexibilidade do procedimento e da especialização dos julgadores. Considerada a importância da especialização dos árbitros, o trabalho analisa o procedimento e os critérios para a escolha de árbitros por agências reguladoras federais.

1. A CONTRATUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O fundamento que justifica o uso da arbitragem pela Administração Pública está relacionado às mudanças do Direito Administrativo. A busca pela eficiência na prestação do serviço público e a crise financeira pela qual passaram os Estados no final do século XX em decorrência do seu agigantamento para atender às demandas feitas ao Estado de Bem-estar Social culminaram com a reforma da Administração Pública e a adoção de um novo modelo: o Estado Regulador.

No plano econômico, o Estado Regulador representa uma ressignificação do mercado, não mais entendido como livre e autorregulado e nem intervencionista e planejado, mas como um programa gerencial coordenado com menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto (Aranha, 2023, p. 136), voltado para a fruição de direitos fundamentais (Aranha, 2023, p. 11). Ao organizar o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, muitos serviços que antes eram prestados pelo Poder Público, passaram a ser exercidos pelo privado, em regime de competição, sempre que possível.

A consolidação da democracia e do Estado Democrático de Direito, decorrente da consolidação de diversos preceitos da Constituição da República de 1988 e das teorias constitucionais que focam na primazia da dignidade humana, levaram à revisão do próprio Direito Administrativo e ao questionamento da forma de organização do aparato estatal, “baseado em concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX” (Marolla, 2016, p. 25).

Nesse contexto, a construção do sistema de direitos não se dá por força de uma sociedade de mercado que opere de forma espontânea, como no Estado Liberal, e nem pelas medidas de um Estado Social que opere de forma intencional (Habermas, 2001, p. 488), mas por meio de influxos publicísticos e democráticos que se originam da sociedade civil e do espaço público político (Aranha; Lopes, 2019, p. 54). Os atos jurídicos passam a ser concebidos como um aporte da configuração dos direitos fundamentais, compreendidos como numa tensão que remete a uma concorrência entre princípios oriundos do Estado Liberal e de Direito com princípios de Estado de Bem-estar Social (Lopes, 2018, p. 110).

A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, deixa de ser um atributo permanente e prevalente e se converte em um privilégio que deve ser concedido em determinados casos e mediante previsão legal. Dessa forma, supremacia e unilateralidade são substituídas por consenso e bilateralidade (Cassese, 2006, p. 185). Como consequência, mecanismos contratuais, também denominados consensuais, convencionais, cooperativos ou colaborativos – cujas características não se amoldam a vários elementos do ato administrativo, ganham relevo (Marolla, 2016, p. 25).

A utilização de contratos administrativos para delegar a execução de serviços públicos, em especial concessões, não é novidade, mas a influência do Estado Regulador e do Estado Democrático de Direito, atualmente marcados pela Administração consensual – que em um movimento de contratualização, que supera a vetusta imperatividade do ato administrativo e passa a substituir as relações comandadas pela subordinação por relações fundadas na discussão, troca e consensualidade, traz novas nuances para essas relações contratuais.

Lógicas binárias e soluções padronizadas, antes referenciadas no Direito, perdem espaço para ajustes, compromissos, termos e acordos – instrumentos que conferem maior flexibilidade para o gestor lidar com as contingências imprevisíveis na atuação administrativa (Garcia, 2014, p. 3).

Essa nova forma de atuação administrativa traz uma nova perspectiva para o contrato administrativo calcada na consensualidade e na parceria entre o ente público e o agente privado para a implementação de direitos. Temos, então, maior deslocamento da norma da lei para a regulação ou para o próprio contrato, maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais, maior utilização de contratos de desempenho, nos quais o particular se vincula a metas, parâmetros, objetivos e finalidade previamente estabelecido no contrato pelo Poder Público⁶, maior flexibilidade de alocação de riscos – e melhor repartição do risco, com a adoção de riscos compartilhados entre o Poder Público e o agente privado e consequente limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão.

Trazendo mais complexidade a essa estruturação, vivenciamos a diversificação dos modos de prestação de serviços públicos e observamos o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, vinculado à contratualização que abrange diversas formas

6 Esse modelo tem como vantagem o favorecimento de maior flexibilidade e mutabilidade, por conferir maior autonomia na implementação de metodologias – impactadas pela inovação, maior a capacidade de adaptação do contrato ao longo do tempo. Para tanto, é fundamental a fixação de indicadores de desempenho objetivamente monitoráveis e diretamente vinculados à contrapartida. Os incentivos econômicos devem traduzir uma equação simples: quanto maior a eficiência na execução do contrato, maior o retorno do contratado. Para mais, ver: Freire; Lira; Waccholz, 2022.

de ajustes que traduzem a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado (Medauar, 2017, p. 213).

Embora provenha do contrato, o termo contratualização é mais abrangente. Não abarca somente a relação jurídica consubstanciada no acordo de vontade emulado em um contrato, mas também todo um modo de relações (Estorninho, 1996, p. 44). Significa a “substituição das relações comandadas pela subordinação pelas relações fundadas na discussão e na troca” (Pontier, 1998, p. 7). Esse movimento de contratualização reflete a passagem da Administração autoritária para a Administração consensual (Giannini, 2006, p. 43), no qual o acordo surge como meio decisório que pode substituir os atos unilaterais da Administração Pública.

O notável e recente desenvolvimento da consensualidade administrativa se deve não apenas ao intenso volume de edição de normas dispondo sobre instrumentos consensuais ou ao crescimento numérico de ajustes, compromissos, termos e acordos no lugar da clássica decisão imperativa e unilateral do Poder Público. Ocorre que os acordos administrativos se afirmaram como efetiva via decisória do Poder Público, e estão presentes no exame de discricionariedade do gestor público (Guerra, 2018, p. 137). Dessa forma, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento das atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais.

O fenômeno da consensualidade busca como fundamento o próprio princípio da eficiência administrativa, constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Dentro de um parâmetro de juridicidade, há situações nas quais a atuação da Administração Pública, na busca de obter melhores resultados com menor custo e de modo mais célere, poderá se dar de maneira consensual e não impositiva.

Essa atuação, que marca a passagem da Administração autoritária para a Administração consensual, só é possível graças ao exercício da autonomia da vontade pela Administração Pública e pelo administrado. Isso porque apenas a autonomia da vontade e da liberdade contratual das partes, manifestada em um contrato ou em outras formas horizontais de ajuste, é capaz de renegociar os termos pactuados em prol do interesse público, de restringir a submissão de controvérsias somente ao juízo arbitral e mitigar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário. O uso desses instrumentos leva a uma relação de horizontalidade e a maior participação dos administrados, admitindo o exercício de uma “democracia administrativa” (Medauar, 2017, p. 334).

Nesse esteio, uma das consequências positivas da contratualização das relações entre Administração Pública e administrados reside na possibilidade de utilização de soluções mais eficientes mediante a aceitação de obrigações e concessões recíprocas entre as partes contratantes, incluída a utilização de

meios adequados de resolução de controvérsias pelas agências reguladoras, como a arbitragem.

2. A ARBITRAGEM E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A sociedade atual é caracterizada pela flexibilidade e pelo dinamismo. É marcada por novas formas de perigos e ameaças produzidas por ela mesma que geram um sentimento de crescente insegurança e de incerteza face à imprevisibilidade das suas consequências, as quais são difíceis de prever e calcular (Beck, 2011, p. 34). Diante de uma imposição constitucional de atuação administrativa eficiente, pautada no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 e dessa realidade dinâmica, passa-se a exigir uma atuação do Poder Público mais flexível e ágil para a resolução de controvérsias, o que pode ser obtido por meio da arbitragem.

Na era da incerteza, marcada por uma nova realidade sujeita a constantes mudanças e à falta de previsibilidade, a arbitragem mostrou-se como uma forma adequada – aos olhos de operadores do comércio e investidores nacionais e internacionais, de resolver impasses e manter a relação entre as partes no litígio (Wald, 2009, p. 25).

A arbitragem é um meio privado e extrajudicial de resolução de controvérsias por meio da intervenção de terceiros (árbitros) escolhidos pelos litigantes que recebem seus poderes de uma convenção privada e com base nela emitem decisão vinculante e irrecorrível, dotada da mesma eficácia de uma sentença judicial (Carmona, 2004, p. 51).

Superadas questões acerca de sua constitucionalidade⁷, em especial quanto ao art. 7º da Lei nº 9.307/1996, bem como a previsão expressa na Lei de Arbitragem, com a inclusão do art. 1º, parágrafo 1º, pela Lei nº 13.129/2015, de que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direito patrimoniais disponíveis, tal instituto passou a ter segurança jurídica para sua plena utilização no Brasil.

Sob o aspecto legislativo e jurídico-contratual, várias leis e com isso contratos específicos, passaram a adotar convenções de arbitragem a partir da década de 1990 e, mais recentemente, cláusulas de mediação, *dispute board* e outros mecanismo de resolução de controvérsias. Dentre as leis, temos a Lei de concessões (Lei nº 8.987/1995), Lei da Anatel (Lei nº 9.472/1997), Lei da ANP

7 Vencida a posição de que a cláusula arbitral não poderia ser objeto de execução específica, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Senão vejamos: SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206): “(...) O Superior Tribunal Federal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Acesso em 12/11/2019. Disponível em www.stf.jus.br.

(Lei nº 9.478/1997), Lei da ANTT e ANTAQ (Lei nº 10.223/2001), Lei de parcerias público-privadas PPPs (Lei nº 11.079/2004), Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/06), Lei de Relicitação (Lei nº 13.448/2017) e, mais recentemente, a Nova Lei de Licitação e Contratos - NLLC (Lei nº 14.133/2021) que preveem o emprego de mecanismos privados de resolução de controvérsias. Ainda em âmbito normativo, o Decreto federal nº 10.025/2019, regulamenta a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

A Lei de concessões prevê no art. 23-A que 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 9.307/1996. A Lei de PPPs prevê no art. 11, 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 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. A NLLC Lei nº 14.133/2021 prevê no art. 151 que nas contratações por ela regidas 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.

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996, não cabe mais qualquer dúvida acerca do cabimento da utilização da arbitragem pela Administração Pública, que poderá, a teor do disposto no seu artigo 1º, parágrafo 1º, utilizar este importante mecanismo de solução de conflitos para dirimir as questões relativas aos direitos patrimoniais disponíveis. E, desde então, houve significativo avanço nos contratos, como por exemplo, melhor delimitação da matriz de risco e aprimoramento de cláusulas de meios adequados de resolução de controvérsias – incluído as arbitragens.

Como e por que as agências reguladoras passaram a prever convenção de arbitragem em seus contratos?

Ao firmar a convenção de arbitragem⁸ no bojo de um contrato, as agências reguladoras exercem ato de manifestação de vontade, pautado na sua autonomia da vontade e sempre em observância ao interesse público⁹, com base em uma análise técnica de sua adequação.

A convenção de arbitragem, juntamente com as demais cláusulas do contrato de concessão, é analisada nas etapas de desenvolvimento de estudos e documentos técnicos e jurídicos que resultarão no contrato a ser firmado

8 A convenção de arbitragem é gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral não espécie. A cláusula compromissória é uma convenção na qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios (futuros, ainda não existentes) que possam vir a surgir em decorrência do contrato. O compromisso arbitral é uma convenção na qual as partes comprometem-se a submeter litígio já existente à arbitragem.

9 Para aprofundamento dos debates sobre a indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos patrimoniais e arbitragem, ver: Grau, 2000.

entre o Poder Concedente e o parceiro privado. Dentro de um processo de governança, o contrato de concessão é submetido à análise técnica e jurídica e à participação popular, por meio de realização de audiências públicas abertas a todos os interessados – sociedade civil, investidores nacionais e internacionais, para que possam fazer contribuições e questionamentos sobre os termos do contrato e sua modelagem. Esse processo dialógico, que possibilita a interação dos atores envolvidos e por meio do procedimento orienta a decisão da agência para a implementação do interesse público, gera segurança jurídica em geral e do ambiente de negócios e institucional da desestatização da infraestrutura federal.

Além de gerar segurança jurídica, a arbitragem é um instrumento jurídico que repercute favoravelmente na economia do contrato administrativo (à luz dos princípios jurídicos) e que gera eficiência para a contratante (Administração), para o contratado (agente privado) e para a sociedade, ao propiciar a redução no custo de transação (Lemes, 2007, p. 31). A arbitragem apresenta-se como mecanismo capaz de reduzir os custos de transação de um determinado ambiente normativo e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições. Custos de transação aqui entendidos como os custos para realização de intercâmbios econômicos, todos os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo: custos associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico, inclusive os custos de oportunidade (Salama; Pugliese, 2008, p. 79).

Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, a Administração Pública – assim como o agente econômico e parceiro privado, leva em consideração a possibilidade de atrair investimentos, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (como por exemplo fiscalização do contrato, aferição da qualidade do produto entregue à luz do que foi contratado) e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas.

Custos relacionados ao uso da arbitragem são analisados à luz dos custos da submissão dos conflitos ao Poder Judiciário. E quando a Administração Pública compara a prestação jurisdicional estatal e a arbitragem, verifica que a arbitragem pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional justamente porque é mais célere e seu procedimento mais flexível e que tem julgadores especialistas e experientes na matéria afeta à disputa.

Contudo, deve-se salientar que a arbitragem não é uma mera alternativa ao Poder Judiciário, e muito menos solução para todos os problemas desse Poder, pois o alcance da arbitragem é muito mais limitado: somente os litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis podem a ela ser submetidos (Pinto, 2005, p. 79).

Embora a finalidade da jurisdição estatal e arbitral seja a mesma, a função é exercida de forma diversa. Há uma clara diferença de método e na maneira de tratar o conflito, já que a arbitragem nasce da autonomia de vontade e consenso das partes – manifestada na convenção de arbitragem, e a ação judicial já nasce da relação desgastada das partes (Wald, 2005, p. 25). Além disso, quando se trata de contrato de concessão que envolve investidores internacionais, a possibilidade de escolher um julgador neutro e imparcial, fora do âmbito do Poder Judiciário do país hospedeiro, representa segurança jurídica (Tiburcio; Medeiros, 2005, p. 54).

A arbitragem pode reduzir os custos de transação em razão da celeridade e flexibilidade do procedimento e da especialização dos julgadores. Quando comparamos a prestação jurisdicional estatal e a arbitragem, verificamos que a arbitragem pode reduzir os custos de transação porque é mais célere para a entrega da prestação jurisdicional e pode ter seu procedimento customizado.

A celeridade está relacionada à flexibilidade do procedimento e à possibilidade de submeter o conflito a um regimento processual mais adequado às características particulares do caso concreto (Megna, 2019, p. 29). O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais e pode ser customizado à luz do tipo de conflito submetido. Além disso, o procedimento arbitral não se submete ao regime de infundáveis recursos a instâncias superiores. Também não está submetido à rigidez do direito aplicável, tendo as partes ampla liberdade para escolher a lei aplicável e que melhor atende aos seus interesses, dentro do exercício de autonomia da vontade. Outro fator que contribui para a celeridade do procedimento é a disponibilidade do julgador para nele atuar, ou seja, o tempo que o árbitro poderá dedicar-se ao caso.

O sucesso da arbitragem depende da qualidade dos seus árbitros, que devem, dentre outros atributos, possuir experiência, conhecimento técnico na matéria submetida a arbitragem, não apresentando qualquer tipo de impedimento que possa macular a sua neutralidade e imparcialidade no julgamento da questão.

Ao analisarmos a especialização dos julgadores para a redução de custos de transação, consideramos a possibilidade de melhora na qualidade das decisões, tendo em vista que a experiência e conhecimento dos árbitros pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham conhecimento aprofundado da matéria objeto da controvérsia – o que nem sempre ocorre com o juiz togado. A especialização permite, assim, a redução dos erros nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A possibilidade de melhora

na qualidade das decisões, decorrente da especialização dos árbitros, pode representar economia para as partes e a redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes – incluída a Administração Pública.

A utilização da arbitragem pelas agências reguladoras – assim como pela Administração Pública, dá-se pelas mesmas razões pelas quais o privado busca esse mecanismo de resolução de controvérsias: a possibilidade de submeter o conflito a um regimento processual mais adequado às características particulares do caso concreto, mais flexível e célere, e a possibilidade de escolher técnicos experientes e com notório conhecimento sobre o objeto da disputa, o que pode fazer com que a entrega da decisão seja mais rápida e de maior qualidade, em decorrência da especialização dos julgadores.

Dessa forma, ao preverem a arbitragem como forma de resolução de controvérsias em seus contratos, o Poder Concedente e o parceiro privado antecipam a expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro objetivando diminuir o risco de comportamentos oportunistas no presente. Tal escolha representa um incentivo para as partes cumprirem as obrigações assumidas no contrato por considerarem que eventuais inadimplementos serão punidos com rapidez e precisão (Salama; Pugliese, 2008, p. 79).

Por ser um instrumento que concretiza a segurança jurídica e reduz custos de transação, as agências reguladoras optaram por incluir a arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos de concessão.

3. CRITÉRIOS PARA A ESCOLHA DE ÁRBITROS POR AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS

A Lei de Arbitragem previu expressamente a possibilidade de a Administração Pública fazer uso da arbitragem para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mas não regulou a forma. Esse silêncio se dá em respeito a autonomia das partes para definir o procedimento mais adequado às características particulares do caso concreto. A lei é intencionalmente silente não apenas em relação ao procedimento, mas também ao processo de escolha de árbitros.

A Lei de Arbitragem prevê, no art. 13, que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Ao tratar da indicação de árbitros, esse artigo indica apenas capacidade do indicado e a confiança das partes como requisitos para a indicação e que a indicação de membros para compor o tribunal arbitral deverá ser em número ímpar. A lei também prevê que não poderão ser árbitros, estando impedidos de exercer essa função, as pessoas 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. Ademais, a lei impõe aos árbitros o dever de proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

O Decreto federal nº 10.025/2019, sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, prevê, no art. 12, requisitos mínimos para ser árbitro: (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 ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

Percebe-se que o Decreto, ao regulamentar a Lei de Arbitragem, incorpora como instrumento para nortear a avaliação da imparcialidade e independência dos árbitros diretrizes internacionais reconhecidas como *soft law*, como as da *International Bar Association – IBA*. A despeito de não serem mandatórias e de não retratarem exaustivamente as situações de potencial conflito, apresentam orientações gerais e situações-parâmetro que norteiam a avaliação da imparcialidade e independência daqueles que atuam no procedimento arbitral.

A Lei nº 14.133/2021, ao tratar de meios adequados de resolução de controvérsias, prevê no seu art. 154 que o processo de escolha dos árbitros deverá observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes. A nova lei de licitações e contratos passa a exigir que a Administração Pública estabeleça critérios isonômicos, técnicos e transparentes para a escolha de árbitros em procedimentos arbitrais nos quais seja parte.

Nesse ponto, importante esclarecer que o processo de licitação formal, previsto na Lei nº 8.666/1993 e agora na Lei nº 14.133/2021, não é o veículo adequado para promover a escolha de árbitros. Sob o ângulo da eficiência, esse procedimento não é o que promove a maximização de ganhos e minimização de custos. O procedimento licitatório afastaria a capacidade das partes escolherem o árbitro de sua confiança, o que contraria expressamente a Lei de Arbitragem. Sob o ângulo do atendimento do interesse público, a licitação não é o único caminho para o atendimento desse interesse. E, ademais, a licitação é meio e não fim.¹⁰

A indicação de um árbitro é um passo decisivo para o êxito em qualquer procedimento arbitral, seja público ou privado. No caso das agências reguladoras federais, a indicação de árbitros é realizada em conjunto pela

10 Para Carlos Alberto Carmona e Eugênia Cristina Marolla, o processo de escolha do árbitro ocorre por contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Para mais, ver: Carmona, 2016; e Marolla, 2016.

ENARB/PGF/AGU e pelas Procuradorias Federais junto às Agências¹¹ e não há regulamentação mais detalhada sobre o tema.

No âmbito da ANTT, a Resolução ANTT nº 5.845, que disciplina meios de autocomposição e arbitragem na Agência, publicada em 14 de maio de 2019, poucos meses antes do Decreto federal nº 10.025/2019, publicado em 20 de setembro de 2019, tem conteúdo muito parecido no seu art. 20 ao disposto no art. 12 do Decreto. A resolução da ANTT prevê como requisitos para o exercício da função de árbitro (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, mas não inclui a previsão sobre outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

No âmbito da ANEEL, a Portaria ANEEL nº 6.840, de 3 de julho de 2023, aprova a Norma de Organização nº 54, de mesma data, e trata dos procedimentos gerais referentes à atuação em procedimentos alternativos de solução de controvérsias a serem observados no âmbito da Agência, inclusive arbitragem. Tal ato é silente quanto a requisitos para o exercício da função de árbitro.

No âmbito da União, a indicação de árbitros é realizada pelo NEA/AGU e observa critérios estabelecidos na Portaria Normativa AGU nº 75, de 23 de dezembro de 2022, que dispõe, dentre outras matérias, sobre a definição dos requisitos para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte. Tal ato revoga a Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022.

Ao tratar dos requisitos para a escolha de árbitro, o art. 37 da Portaria Normativa AGU nº 75/2022 reproduz integralmente o disposto no art. 12 do Decreto federal nº 10.025/2019. Mas a Portaria Normativa AGU nº 75/2022 vai além, ao estabelecer critérios para demonstrar o conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio. A portaria prevê que serão consideradas para a escolha do árbitro: (i) a formação profissional, como por exemplo, um profissional da área jurídica, da engenharia, da economia; (ii) a área de especialidade, como por exemplo, direito público, direito societário, infraestrutura, energia; e (iii) a nacionalidade e idioma. A

11 Nos termos do art. 7º, § 3º da Portaria Normativa PGF/AGU nº 15, de 14/03/2022: As decisões estratégicas referentes à composição do tribunal arbitral, à análise de viabilidade de instrumento judicial ou arbitral contra decisão proferida no litígio e a outras questões consideradas sensíveis deverão ser adotadas de comum acordo entre o coordenador da ENARB e os procuradores-chefes das procuradorias federais junto às entidades representadas, com registro no SAPIENS, observando-se as normas que dispõem sobre sigilo e restrição de acesso documental.

Portaria Normativa AGU nº 75/2022 não estabelece uma ordem de prioridade dos critérios, devendo a prevalência ser analisada à luz do caso concreto.

A portaria estabelece também critérios adicionais de (i) disponibilidade; (ii) experiências pretéritas como árbitro; (iii) número de indicações para árbitro pela União; e (iv) perfil do indicado como árbitro pela contraparte. A disponibilidade busca a indicação de um árbitro com tempo para dedicar-se ao caso e, com isso, conferir a desejável celeridade ao caso.

A exigência de experiência pretérita como árbitro considera a atuação profissional do indicado na condição de árbitro em outros procedimentos arbitrais, seja quanto à condução do procedimento, seja quanto à qualidade e ao conteúdo de sentenças proferidas. Ocorre que tal exigência pode ser entendida não apenas como a necessidade de analisar a atuação pretérita do indicado em outros procedimentos, se houver, mas como uma exigência de ter atuado em procedimentos arbitrais anteriormente. Se interpretado dessa maneira, esse critério adicional restringe indevida e injustificadamente a entrada de novos indicados, sem experiência prévia em procedimentos arbitrais, mas ampla experiência e notório conhecimento sobre o objeto da disputa e que podem ter a confiança da parte. E, em última instância, restringe indevidamente o exercício da autonomia da vontade das partes na indicação do árbitro e, por isso, tal interpretação deve ser afastada.

O número de indicações como árbitro se justifica ante a limitação contida na lista laranja, item 3.1.3 da IBA, que impõe o dever de revelação caso o indicado tenha sido nomeado, nos três últimos anos, como árbitro em duas ou mais ocasiões por uma das partes ou por uma afiliada de uma das partes. A Lista Laranja contém situações que, aos olhos das partes, pode suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro e por isso o árbitro tem o dever de revelar a sua existência. A revelação não implica em impedimento imediato. Caso as partes aceitem o árbitro após ter conhecimento de tal revelação e não for apresentada objeção em tempo útil, o fato não ensejará a objeção ou impugnação do árbitro.

O perfil do indicado como árbitro pela contraparte apenas reflete a estratégia que a União pretende adotar no caso.

Um ponto fundamental que deve ser observado para a aplicação desse regramento, que busca esclarecer o conteúdo dos critérios isonômicos, técnicos e transparentes previstos na Lei nº 14.133/2021, é que sua aplicação é restrita a procedimentos arbitrais nos quais a União seja parte. Como expressamente previsto no art. 1º, III¹² da Portaria Normativa AGU nº 75/2022, o ato aplica-se tão somente às arbitragens nas quais a União é parte

12 Portaria Normativa AGU nº 75/2022, art. 1º: Esta Portaria Normativa: (...) III – define os requisitos e critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte;

e é uma norma que deve ser observada pelo representante da União em tais procedimentos – o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU (NEA).

Tal portaria e os critérios para escolha de árbitro nela detalhado não se aplicam a arbitragens que tenham como parte agências reguladoras, autarquias e fundações públicas federais, entes da Administração Pública federal indireta e não tem observância obrigatória pela Equipe Nacional de Arbitragens da PGF (Enarb) e pela Procuradorias Federais junto às Agências, que atuam na representação das Agências nos procedimentos arbitrais.

Autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas estão compreendidas na categoria denominada Administração Pública indireta justamente por serem todas elas dotadas de personalidade jurídica própria e distinta da União, com patrimônio e receita próprios, conforme disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967,¹³ gozando ainda de autonomia administrativa para a execução de suas atividades.

As agências reguladoras, por seu turno, enquadram-se no conceito de autarquias, mas têm uma natureza especial, eis que instituídas com o propósito principal de regular serviços públicos de titularidade da União, que foram desestatizados, por meio de descentralizações por delegação, conforme disposto no art. 10, § 1º, 'c', do Decreto-Lei nº 200/1967.¹⁴

Nos termos da Lei nº 13.848/2019, a natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Nesse sentido, sobre a autonomia das agências reguladoras, como forma de garantir a ausência de intervenção político-regulatória, Moreira Neto elenca as garantias mínimas das entidades especiais, incorporadas pela legislação subsequente (Moreira Neto, 2000, p. 148): 1º) independência

13 Conforme dispõe o Decreto-lei nº 200/1967: Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987) Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987) (...) Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

14 Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo; 2º) independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios; 3º) independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e 4º) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com a atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato.

Considerando que as agências reguladoras são dotadas de personalidade jurídica própria e distinta da União, a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e de investidura e estabilidade de seus dirigentes, a Portaria Normativa AGU nº 75/2022 não se aplica às arbitragens das agências reguladoras, tendo sua aplicabilidade obrigatória e restrita às arbitragens nas quais a União é parte. Embora essa Portaria não seja aplicada às arbitragens nas quais as Agências Reguladoras federais são parte, pode servir de norte interpretativo para a indicação de árbitros em tais casos.

Desta feita, podemos considerar como critério para a escolha de árbitros por agências reguladoras federais aqueles previstos na Lei de Arbitragem e no Decreto Federal nº 10.025/2019: (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 ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida. No caso da ANTT, deve-se observar, ainda o disposto na Resolução ANTT nº 5.845/2019, sem prejuízo de considerar os critérios adicionais previstos na Portaria Normativa AGU nº 75/2022 apenas como diretriz de aplicação não obrigatória para os procedimentos arbitrais nos quais agências reguladoras são parte e nos quais a União não é parte.

CONCLUSÃO

A utilização da arbitragem pelas agências reguladoras, com a inclusão de convenção de arbitragem em contratos de concessão, dá-se como uma resposta de atuação administrativa contratualizada que, por meio de relações fundadas na horizontalidade, busca imprimir eficiência e melhores resultados na entrega do direito com menor custo e de modo mais célere.

Nesse novo cenário, a arbitragem apresenta-se como mecanismo capaz de reduzir os custos de transação de um determinado ambiente normativo e contribuir para aperfeiçoamento das instituições. Quando

analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, a Administração Pública leva em consideração a possibilidade de atrair investimentos, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas.

Dessa forma, a arbitragem pode reduzir os custos de transação em razão da celeridade e flexibilidade do procedimento e da especialização dos julgadores. Ao valer-se da arbitragem, a Administração Pública, assim como o agente privado, busca um procedimento que possa ser adequado às características particulares do caso concreto, sem uma infinidade de recursos para instâncias superiores e com julgadores escolhidos em razão de sua experiência e notório conhecimento sobre o objeto da disputa.

Justamente por isso, a escolha de árbitros é tão importante. No caso das agências reguladoras federais, a indicação de árbitros é realizada em conjunto pela ENARB/PGF/AGU e Procuradoria Federais junto às Agências e não há regulamentação mais detalhada sobre o tema. No caso da União, a indicação de árbitros é realizada pelo NEA/AGU e segue os critérios estabelecidos na Portaria Normativa AGU nº 75/2022, que inovou ao detalhar os requisitos para demonstrar o conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio.

As agências reguladoras federais não têm um ato que sistematize os critérios para a escolha de árbitros em seus procedimentos arbitrais. Dentro do arcabouço legal e infralegal existente, podemos considerar como critério para a escolha de árbitros aqueles previstos na Lei de Arbitragem, no Decreto Federal nº 10.025/2019, bem como aqueles constantes de regulamentação específica da agência, no caso da ANTT, a Resolução ANTT nº 5.845/2019 – que não trouxe inovações em relação ao referido Decreto, sem prejuízo de considerar os critérios adicionais previstos na Portaria Normativa AGU nº 75/2022 como diretriz de aplicação não obrigatória para os procedimentos arbitrais nos quais agências reguladoras são parte e nos quais a União não é parte.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Equipe Nacional de Arbitragens – ENARB*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb>. Acesso em: 01/02/2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Arbitragem - ANTT*. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/arbitragem>. Acesso em: 01/02/2024.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. Bari: Laterza, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, n. 51, ano XIII, p. 7-21, jul./set. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CONSULTOR JURÍDICO. *Arbitragem que envolve administração pública avança com processos bilionários*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-29/arbitragem-que-envolve-administracao-publica-avanca-com-processos-bilionarios/>. Acesso em: 01/02/2024.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FREIRE, André. L. M.; LIRA, Kaliane. W. C.; WACHHOLZ, Roberta. N. C. O Regulamento das concessões rodoviárias: proposta de aperfeiçoamento da regulação normativa. Direito e Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais. Parte II. Brasília, *Publicações da Escola da AGU*, Ano 13, n. 04, pt.2(2022), dez. 2021/fev. 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago.2014.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Edizioni Scientifiche 2006.

Grau, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-19, 2000

GUERRA, Sérgio. *Artigo 26 da LINDB*. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma (Coord.). *Arbitragem em Números: Pesquisa 2021/2022*. Canal Arbitragem, São Paulo, 2023. Acesso em 18/01/2024. Disponível em <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/Arbitragem-em-Numeros-2023-VF.pdf>.

MAROLLA, Eugênia Cristina. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

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

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES PINTO, José Emílio. *A Arbitragem na recuperação de empresas*. RArb 7, São Paulo, ano 2, p. 79-100, out-dez, 2005.

SALAMA, Bruno Mayerhof; PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. *A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor*. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 73- 118.

TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 241, p. 53-91, jul/set. 2005.

WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 23, p. 22-35, jan./jun. 2009.

ARBITRAGEM, PRECEDENTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM OLHAR PARA ALÉM DA FUNDAMENTAÇÃO, OBSERVÂNCIA OU VINCULAÇÃO

*ARBITRATION, PRECEDENTS AND PUBLIC
ADMINISTRATION: A LOOK BEYOND REASONING,
OBSERVANCE OR BINDINGNESS*

Suzana Cremasco¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Arbitragem, Constituição e Precedentes: o alcance para a Administração Pública. 2. Os precedentes não-constitucionais previstos no art. 927, do CPC: a necessária atenção àqueles oriundos dos Tribunais Superiores. 3. Uma questão de consenso: os árbitros devem enfrentar os precedentes na sua fundamentação. 4. Uma proposição: os árbitros podem promover distinção e superação no caso concreto. Conclusão. Referências.

¹ Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada especialista em Solução de Disputas Estratégicas. Vice-Presidente de Relações Institucionais da CAMARB. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação do IBMEC

RESUMO: Historicamente, decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário sobre temas de direito debatidos na arbitragem sempre atravessaram as alegações das partes e as sentenças proferidas pelos árbitros. Com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no País um sistema de precedentes, o debate em torno da possível vinculação dos árbitros a essas decisões vinculantes e dos impactos daí decorrentes ganhou força. Este trabalho busca ir além do debate corriqueiro sobre a fundamentação, observância ou vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, e abordar aspectos que ampliem os nossos horizontes e insiram novos elementos no exame do tema, com foco nas arbitragens envolvendo a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração Pública. Precedentes Judiciais. Sentença Arbitral. Fundamentação. Distinção e Superação.

ABSTRACT: Historically, decisions made by the Judiciary on issues of law debated in arbitration have always crossed the parties' claims and the awards handed down by the arbitrators. With the enactment and entry into force of the 2015 Code of Civil Procedure, which established a system of precedents in Brazil, the debate surrounding the possible binding of arbitrators to these binding decisions and the resulting impacts has gained momentum. This paper seeks to go beyond the usual debate about the grounds on which arbitrators are based, whether they comply with or are bound by judicial precedents, and to address aspects that broaden our horizons and add new elements to the examination of the subject, with a focus on arbitrations involving the Public Administration.

KEYWORDS: Arbitration; Public Administration. Judicial Precedents. Arbitral Award. Reasoning. Distinction and Overcoming

INTRODUÇÃO:

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou um novo tempo na sistemática processual, ao prever (i) o dever das cortes estatais de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente (art. 926); (ii) o dever de juízes e tribunais de observarem, necessariamente e salvo eventual superação ou distinção, as teses fixadas em decisões proferidas em procedimentos predeterminados (art. 927) e (iii) uma série de mecanismos voltados à efetivação desse sistema de jurisprudência uniforme e vinculante.²

A criação daquilo que se denominou um “sistema de precedentes vinculantes” se materializou na atual codificação desde a elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil, de autoria da Comissão de Juristas, nomeada pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, em 30 de setembro de 2009. A opção que foi feita, naquela oportunidade, decorreu do intuito de se prestigiar a segurança jurídica e estava comprometida “com a busca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito” (Brasil, 2010).

A construção desse “sistema de precedentes” teve por escopo fazer com que “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido”, esta passasse a ser observada como norma e devesse ser necessariamente mantida, “salvo se houve[sse] relevantes razões recomendando sua alteração” ((Brasil, 2010). Em última análise, a disciplina pretendeu transformar as Cortes de Vértice em Cortes Supremas, elevar os precedentes judiciais vinculantes a fonte de observância obrigatória no Direito brasileiro e “proteger e preservar as justas expectativas das pessoas” (Brasil, 2010) em relação ao entendimento dos julgadores no tocante a determinadas questões e quanto ao desfecho de determinados conflitos no âmbito do processo judicial.

A existência de decisões de natureza vinculante no nosso ordenamento jurídico não é algo, por si só, novo³ Mas fato é que o impacto dessas decisões para a arbitragem – método de solução de conflitos essencialmente privado – não se revelava, até então, como um objeto de atenção entre os seus atores. Talvez porque os temas de direito usualmente debatidos em procedimentos que originavam decisões vinculantes não encontravam ressonância naqueles

2 É o que se passa, por exemplo, com o reconhecimento da improcedência liminar do pedido formulado em contrariedade a precedente fixado na forma do art. 927 (art. 332), com o julgamento monocrático de recurso que verse sobre tema já assentado em sede de precedentes (art. 932, IV e V) e, ainda, com a concessão de tutela de evidência (art. 311, II) e o cabimento de reclamação em caso de sua inobservância (art. 988, III e IV), entre outros.

3 Apenas em tempos mais recentes se reconhecem, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, as súmulas vinculantes que, a teor do art. 103-A da Constituição Federal, uma vez editadas pelo Supremo Tribunal Federal, produzem efeitos vinculantes “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, na esfera federal, estadual e municipal”.

temas que comumente permeavam as discussões de procedimentos arbitrais. É que as decisões geradoras de precedentes, até então, costumavam estar atreladas a questões constitucionais e à litigância repetitiva em matéria de direito tributário, previdenciário ou do consumidor. E, sem que se tivesse algum tipo de impacto efetivo na dinâmica da arbitragem, não havia real motivo para que decisões judiciais vinculantes e seus efeitos viessem a ser objeto de grande controvérsia entre os arbitralistas.

Não obstante, o avanço do quadro de precedentes vinculantes no direito brasileiro, ao longo das últimas duas décadas – sobretudo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu entre nós todo um sistema jurídico associado aos precedentes – trouxe para a arbitragem a reflexão sobre uma potencial mudança no enquadramento das decisões judiciais de caráter vinculante no tocante à dinâmica do procedimento arbitral (Tucci, 2016).

Mais do que isso, trouxe também o questionamento se a referência ao conteúdo de decisões tomadas pelo Poder Judiciário teria deixado de ser um dos caminhos postos à disposição de partes e árbitros para sua escolha ou se, a partir de então, essa referência, o seu debate e, sobretudo, a observância do seu comando teriam se tornado obrigatórios, não só com o enfrentamento do precedente na sentença arbitral, por um dever inerente à fundamentação da decisão, mas, sobretudo, com a aplicação necessária da tese fixada no âmbito do Poder Judiciário na solução dos conflitos na arbitragem (Tucci, 2016).

Desde então – e especialmente a partir da provocação lançada pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci⁴ –, a doutrina se dividiu em dois grupos: de um lado, aqueles que, por motivos diversos – que abrangem desde a compreensão do precedente como fonte normativa do direito brasileiro (e, por conseguinte, da arbitragem) (Amaral, 2017) até a ideia de que o precedente integraria a ordem pública nacional (Bedaque, 2022), passando pela noção de que a arbitragem estaria vinculada ao modelo constitucional de processo (Cenachi, 2021) e pelo fato de não se autorizar a existência de interpretação peculiar, contrária à segurança e à isonomia (Roque; Gajardoni, 2016) na arbitragem –, sustentam que o árbitro estaria vinculado ao sistema

4 Naquela oportunidade, sustentou o Professor que, equiparando-se a sentença arbitral ao pronunciamento decisório estatal e sendo o árbitro juiz de fato e de direito, uma vez escolhido o Direito brasileiro como lei aplicável à arbitragem, “o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios”. Mesmo reconhecendo inexistir incidência vertical do precedente judicial à arbitragem, “a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral, sobretudo quando aquele estiver consolidado ou até mesmo, pela reiteração, transformado em súmula”. Justamente por isso, e salvo se se tratar de arbitragem por equidade, uma vez invocada a existência do precedente, deixando o Tribunal de enfrentá-lo, a sentença arbitral seria nula nos termos do art. 489, §1º do Código de Processo Civil, por ausência de fundamentação e, como tal, passível de ter a sua nulidade suscitada nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem (Tucci, 2016).

de precedentes judiciais. De outro, uma corrente minoritária, mas com vozes respeitadas tanto no estudo dos precedentes (Temer, 2018) quanto no estudo da arbitragem (Beraldo, 2016), que entende que essa vinculação não deveria ocorrer e que o precedente judicial, em verdade, teria natureza meramente persuasiva em relação à arbitragem.

Em outros tempos, seria de se esperar que este trabalho fizesse coro ao segundo grupo (Marx Neto, 2019) e assentasse que os árbitros não estão vinculados ao sistema de precedentes judiciais. Isso porque: (i) o precedente é, na sua origem, fonte secundária da arbitragem e, como tal, não tem observância compulsória no ambiente arbitral; (ii) não há vinculação ou hierarquia entre a estrutura judiciária e a arbitragem, o que afasta os planos de incidência vertical e horizontal do precedente no ambiente arbitral; (iii) as partes buscam, quando recorrem à arbitragem, uma solução qualitativamente mais técnica (e melhor) do que obteriam no Poder Judiciário. Tudo isso embora o árbitro tivesse o dever de enfrentar o precedente judicial e pudesse se valer dele como elemento de fundamentação da sua decisão, como também para formar o seu convencimento no mesmo sentido assentado pelo Poder Judiciário (Temer, 2018).

O estudo continuado do tema nos fez ver, porém, que é importante ir além dessa discussão e sugerir, na verdade, a sua superação (Cremasco, 2023). Primeiro porque o exame atento sobre o entendimento lançado por cada uma das duas correntes doutrinárias nos permitiu constatar que, se cada qual tem a sua parcela de razão naquilo que sustenta,⁵ o fato é, também, que, sob a perspectiva essencialmente técnica, quando se pensa à luz da teoria dos precedentes e da teoria da arbitragem, é necessário que se façam concessões e relativizações para sustentar um ou outro caminho.⁶ Segundo – e mais importante – porque, sob a perspectiva pragmática, a dicotomia em si, de forma pura, é verdadeiramente estéril – de fato, um falso problema – que não examina as questões que dela derivam e que precisam – e devem – ser enfrentadas, inclusive quanto a arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Em razão disso, o que se propõe neste trabalho é um passo adiante, um olhar para além do debate corriqueiro sobre a fundamentação, observância

5 Entre aqueles que sustentam a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, são bastante razoáveis, por exemplo, as ponderações sobre necessidade de uniformidade na aplicação do direito em território nacional e sobre previsibilidade e segurança como valores inerentes ao ordenamento jurídico e caros aos consumidores da arbitragem. Os partidários da não vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, a seu turno, têm razão em questões como a independência da arbitragem em relação do Poder Judiciário, a incompatibilidade entre o sistema de precedentes encampado pelo Código de Processo Civil e a dinâmica da arbitragem e aos efeitos da não observância dos precedentes pelos árbitros, por exemplo.

6 Como, por exemplo, sustentar a existência de um tratamento diferenciado para o caso de violação a lei e ao precedente entre aqueles que reconhecem a vinculação do árbitro aos precedentes.

ou vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, que nos permita ampliar os nossos horizontes e inserir novos aspectos relevantes no exame do tema.

1. ARBITRAGEM, CONSTITUIÇÃO E PRECEDENTES: O ALCANCE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A tradição jurídica brasileira reconhece a arbitragem como forma de solução de conflitos desde os tempos da colonização portuguesa⁷ e previu a possibilidade de sua utilização, de forma reiterada e recorrente, em diplomas legislativos internacionais⁸ e nacionais⁹ os mais diversos no curso da história. Diferentemente do que ocorre com o regramento do Poder Judiciário, no

-
- 7 As Ordenações Filipinas de 1603 contemplavam a regulamentação “Dos Juízes Árbitros”, no Título XVI, Livro III.
 - 8 No âmbito da legislação internacional, o Brasil firmou o Protocolo de Genebra, de 1923, e o Código Bustamante, em 1929. Em tempos mais recentes, firmou também a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1975, a Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, em 1958, e o Protocolo de Las Leñas, em 1992.
 - 9 Três dos mais importantes diplomas do período imperial já faziam referência à arbitragem: a Constituição de 1824, que facultava às partes nomear árbitros em causas cíveis e penais civilmente intentadas, o Código Comercial de 1850, que previa a arbitragem obrigatória, compulsória e independente da vontade das partes para determinados tipos de conflitos, e o Regulamento 737, também de 1850, que é, talvez, o grande marco na legislação nacional quanto à criação de normas relativas ao procedimento de arbitragem, fosse ela de natureza voluntária ou obrigatória. Esse caráter compulsório – tão estranho à arbitragem nacional em tempos atuais – foi suprimido da estrutura legislativa brasileira ainda no século XIX, pela Lei nº 1.350/1866, que deu azo à edição do Decreto-Lei nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Este, por sua vez, regulamentou o Juízo Arbitral do Comércio, fazendo constar que ele seria “sempre voluntário” (art. 2º) e só poderia “ser instituído mediante o compromisso das partes” (art. 3º). Ainda no plano da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 1916 disciplinou a figura do compromisso, que poderia ser firmado por “pessoas capazes de contratar” para que árbitros pudessem resolver as suas pendências judiciais ou extrajudiciais, sem limitação quanto ao seu objeto. A figura do “juízo arbitral” – nomenclatura que acompanharia a arbitragem até a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 – alcançou o Código de Processo Civil de 1939, igualmente sem qualquer restrição quanto a quais temas poderiam ser submetidos a essa modalidade de solução de conflitos e sem qualquer referência, também, a quem poderia se valer dela. Na sequência, foi prevista também pelo Código de Processo Civil de 1973, cujo art. 1.072 não só limitou o uso do juízo arbitral às “pessoas capazes de contratar”, mas, pela primeira vez, indicou que elas só poderiam fazê-lo em relação aos conflitos “concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Por fim e ainda antes que se chegasse ao texto da Lei nº 9.307/96, o juízo arbitral também foi previsto na redação originária da Lei n.º 9.099/95, ao autorizar que as partes, uma vez não sendo obtida a conciliação, poderiam escolher um árbitro para julgar a controvérsia existente entre elas, no âmbito dos Juizados Especiais.

plano constitucional, as referências à arbitragem sempre foram pontuais¹⁰ ficando a cargo da legislação infraconstitucional cuidar da sua disciplina.

O tratamento dispensado pelo texto da Constituição Federal – que não só diz muito pouco sobre arbitragem, mas também inclui a autonomia privada entre os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, II – suscita uma questão: estaria a arbitragem subordinada aos preceitos constitucionais ou, a partir do momento em que as partes optassem por esta via de solução de conflitos estranha à jurisdição estatal, elas estariam, na verdade, se encaminhando para uma ordem jurídica arbitral interna, própria, autônoma, independente, no Direito brasileiro?

Convenções de arbitragem e procedimentos nacionais ou estrangeiros que tenham o “direito brasileiro” como lei aplicável ou que pretendam produzir sentenças eficazes no país, passíveis de serem aqui executadas – especialmente mediante cumprimento de sentença perante o Poder Judiciário –, precisam, a nosso ver, estar em consonância com os preceitos previstos na Constituição Federal. Isso não quer dizer, contudo, que a arbitragem se insira na estrutura de solução de conflitos do Poder Judiciário prevista pela Constituição Federal ou que esteja adstrita às diretrizes da Constituição que se direcionem ao processo judicial do qual ela não é sucedânea. Isso porque, embora a arbitragem não dê ensejo à criação de uma ordem jurídica autônoma e esteja inserida nas diretivas entabuladas pelo texto constitucional, é certo

10 Sob a perspectiva constitucional, além da previsão na Constituição do Império de 1824, o instituto também foi referido na Constituição da República de 1891 – que previu o “arbitramento” como mecanismo de solução de conflito antecedente à declaração de guerra – e na Constituição de 1934 – que manteve a estrutura da Constituição de 1891 para o “arbitramento” e igualmente previu o uso deste recurso para que os Estados resolvessem as suas questões de limites territoriais. Além disso, estabeleceu a competência da União para legislar sobre “arbitragem comercial”, mantendo-se, contudo, a competência dos Estados para legislar sobre o tema, de forma “supletiva ou complementar”. Isso, frise-se, jamais ocorreu durante a vigência daquele texto constitucional. Após um hiato na Constituição de 1937, a arbitragem voltou a ser referenciada no texto da Constituição de 1946, mais uma vez, como forma de se evitar a guerra, mas com a inovação de que esta deveria ser regulada “por órgão internacional de segurança” do qual o Brasil fosse parte. O instituto não foi mencionado nos textos das Constituições de 1967 e de 1969, voltando à tona apenas na Constituição de 1988, em dois momentos: no art. 114, §1º, como forma de solução de conflitos para litígios coletivos do trabalho e no art. 217, §1º, ao tratar de demandas desportivas.

que ela se constitui como um sistema de solução de conflitos independente e distinto do Poder Judiciário e do processo judicial.¹¹

Enquanto tal, é indispensável que a arbitragem se desprenda daquilo que se consolidou como um “modelo constitucional de processo” e que se estructure a partir da criação de um “modelo constitucional de arbitragem” que, muito antes de pretender dar-lhe contornos que ela não tem e que, frise-se, a Constituição não determina que tenha, estabeleça uma sistematização harmônica entre o instituto e os valores constitucionais, o que é perfeitamente possível.

Sobre esse aspecto, é preciso notar, inicialmente, que a própria Lei de Arbitragem – que tem cunho essencialmente procedimental, que não disciplina a aplicação do direito material e cuja redação é posterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 – incorporou princípios e garantias constitucionais referentes à condução do processo, notadamente, o due process.¹² Por outro lado, previsões constitucionais direcionadas ao Poder Judiciário e ao processo estatal que não encontram aderência à dinâmica da arbitragem não são adotadas, sem que isso represente qualquer fissura ou trauma entre a Constituição Federal e o instituto que, como cediço, teve a

11 Afirma Eduardo Parente que: “O processo arbitral, embora inserido na teoria geral do processo, tem instrumentos próprios, produzidos em sua realidade. Possui fechamento operacional. Isso o torna autorreferencial e autônomo relativamente aos demais sistemas de direito, inclusive quanto ao processo estatal. [...] Embora tenha macroestruturas semelhantes às do processo estatal, os mecanismos que o processo arbitral utiliza são bem típicos. Na maioria dos casos, ausentes no processo judicial. Mas mesmo os institutos equivalentes do processo judicial, quando presentes no processo arbitral, funcionam de maneira bastante diversa” (Parente, 2009, p. 315-316) Em tempos mais recentes, o autor chega a sustentar a existência dessa “ordem jurídica arbitral” no Brasil, destacando que: “[...] não se pode negar que o arcabouço que no entorno e no núcleo da arbitragem é bem diferente do que está no processo estatal, o paradigma clássico utilizado para efeito de comparação. Não se está diante de uma singela operação de aplicar um ditame frio de uma lei a uma crise jurídica. A complexidade do ato de julgar no modelo arbitral, com todos os ingredientes mencionados, aponta para um feixe típico. A concatenação da vontade (como pressuposto) de arbitrar com a vontade para direcionar o procedimento (partes e árbitro) junto da influência de ditames processuais constitucionais e decisões judiciais, assim como da forma tailor made com que o direito material ingressa nesse modelo, leva a uma conclusão que somente pode ser de especificidade [...]” (Parente, 2017, p. 79).

12 É o que ocorreu com o art. 21, §2º, que contempla aquilo que se considera as diretrizes fundamentais da arbitragem e que determina que “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e de seu livre convencimento”. Igualdade entre as partes (art. 5º, *caput*), contraditório (art. 5º, LIV) e imparcialidade (art. 5º, XXXVII) são valores inspirados pelo texto constitucional. Da mesma forma, também tem origem em concepções insertas na Constituição os princípios da celeridade (art. 5º, LXXVIII), da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) – que, embora não estejam positivados na Lei nº 9.307/96, são aplicados à arbitragem. O mesmo ocorre com as previsões do art. 26, II, da Lei de Arbitragem – que estabelece a fundamentação como um dos requisitos obrigatórios da sentença arbitral, na esteira do que determina o art. 93, IX, segunda parte, da Constituição –, e do art. 2º, §3º, também da Lei nº 9.307/96 – que assegura a publicidade das arbitragens que envolvem a administração pública, em observância ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

sua constitucionalidade debatida, examinada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, há mais de duas décadas.¹³

Nesse cenário, a questão que se coloca é: será que, a partir do momento em que a Constituição Federal cria decisões judiciais de caráter vinculante – e, por conseguinte, reconhece a existência de precedentes vinculantes –, essa previsão constitucional é compatível com a arbitragem e, portanto, deve ser aplicada à dinâmica do procedimento arbitral?

A Constituição Federal, na sua redação originária, em 1988, não previu a existência de decisões judiciais de caráter vinculante no País. A incorporação desse modelo no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo ocorreu apenas a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que cuidou da chamada “Reforma do Poder Judiciário” e inseriu os artigos 102, §2º e 103-A no texto constitucional.

O primeiro desses artigos dispõe que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações de declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade “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”. Ele cuida, portanto, das consequências decorrentes do posicionamento, pela Corte Suprema, quanto à compatibilidade ou incompatibilidade de lei ou ato normativo com os preceitos constitucionais.

O segundo artigo, por sua vez, cria a figura da “súmula vinculante”, por força da qual o Supremo Tribunal Federal pode, após reiteradas decisões sobre um determinado tema, e desde que aprovado por dois terços de seus membros, editar enunciados que, uma vez publicados, terão “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

A Constituição Federal não criou, portanto, um “sistema de precedentes” no Brasil, isto é, uma estrutura normativa com tipos de decisões vinculantes, meios para a sua obtenção e efeitos do seu reconhecimento para o sistema de solução de conflitos.¹⁴ Mas estabeleceu situações pontuais

13 É o que ocorre, por exemplo, com a garantia de publicidade de atos e julgamentos do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição Federal, que é dirigida ao processo judicial e não possui contrapartida na arbitragem, que admite que a confidencialidade do procedimento possa ser prevista pelas partes. O mesmo ocorre com o princípio do duplo grau de jurisdição, recorrente no âmbito do Poder Judiciário, apesar de não ser universal, que vê na arbitragem um procedimento que, em regra, se desenvolve em instância única. Ou, ainda, com a garantia de assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV), que assegura aos litigantes desprovidos de recursos que possam se valer do processo judicial como forma de solução de conflitos, mas não isenta o recolhimento de custas e despesas na arbitragem.

14 Isso só ocorreu com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que, como registra Fredie Didier Jr., tem na estruturação dogmática de um sistema de precedentes um de seus pilares, fruto da transformação do direito brasileiro. A propósito, cf: Didier Jr., 2015, p. 383-398.

– específicas e típicas – capazes de produzir efeitos erga omnes e vincular o Poder Judiciário e a Administração Pública, em todas as suas esferas, ao entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a determinada questão. E previu, ainda, a figura da reclamação constitucional para aquelas situações e circunstâncias em que o entendimento consolidado não fosse observado, de modo a garantir a preservação da competência e a autoridade das decisões oriundas daquele Tribunal (art. 102, I, ‘f’ e art. 103-A, §3º).

Nesse contexto, a análise dos dois *únicos* dispositivos do texto constitucional que versam sobre precedentes na Carta de 1988 deixa claro que os destinatários que estão *vinculados* ao comando dessas decisões – vale dizer, que devem cumpri-las obrigatoriamente – são certos e determinados. O texto da Constituição Federal diz que, embora essas decisões produzam eficácia perante “todos”, quem está vinculado ao seu conteúdo – isto é, quem deve observá-lo e sofre consequências em virtude dessa inobservância – são apenas os “demais órgãos do Poder Judiciário e à *administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Não há, assim, previsão no texto constitucional de que árbitros ou partes privadas estejam vinculadas, *per se* e automaticamente, ao comando dessas duas decisões que, conforme redação dos artigos 102, §2º e 103-A, “não produzem efeitos de vinculação além dos sistemas judicial e administrativo” (Marques, 2013, p. 126)¹⁵.

O texto constitucional não instituiu, assim, vinculação obrigatória de tese fixada em precedente vinculante no ambiente privado, nem instrumentos para impor essa vinculação caso ela não ocorra, talvez porque tenha preferido prestigiar a autonomia de partes capazes para tratar da autodeterminação de seus interesses disponíveis, dentro dos limites que lhe são próprios. Mas deixou claro que a Administração Pública tem o dever de observá-los.

2. OS PRECEDENTES NÃO-CONSTITUCIONAIS PREVISTOS NO ART. 927, DO CPC: A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀQUELES ORIUNDOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Quando o art. 927 do Código de Processo Civil definiu os precedentes no Direito brasileiro, inseriu entre eles: (i) precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal, como aqueles decorrentes do julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e outrora não vinculantes editadas pela Corte e aqueles derivados do julgamento de recurso extraordinário; (ii) decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça, como é o caso do julgamento de recurso especial repetitivo e das súmulas editadas pelo Tribunal; (iii) decisões de Tribunais de 2º grau, como

¹⁵ No mesmo sentido, cf.: Wladeck, 2014, p. 144-146. Em sentido contrário, cf.: Dinamarca, 2013, p. 212-213.

é o caso de acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, além das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No âmbito da justiça comum, o Brasil conta com 35 tribunais¹⁶ integrantes do Poder Judiciário, com inúmeros órgãos internos competentes para editar precedentes à luz da legislação processual. Desses, 33 tribunais estão situados em cidades diferentes, pertencentes a Estados e regiões com características distintas, que são compostos por desembargadores e ministros com as mais variadas formações e concepções, os quais, embora por vezes consigam alcançar entendimentos uniformes entre si, não raro – e como é natural em um ambiente dialético como o Direito – produzem decisões contendo interpretações opostas sobre o mesmo tema, que só irão se encontrar, para exame final e pacificação de entendimento, no âmbito dos Tribunais Superiores.

O precedente oriundo de cada um desses tribunais de 2º grau tem sua eficácia vertical determinada pelos limites estabelecidos para a sua jurisdição, de modo que, enquanto os tribunais estaduais e o tribunal distrital estão adstritos ao território dos respectivos estados e do Distrito Federal, os tribunais regionais federais abarcam, cada qual, o território dos estados que compõem a sua região e os jurisdicionados que ali estão.

Dentro dessa estrutura, não há espaço para superposição de competência de forma indefinida. Ainda que, em algum momento, a competência para processar e julgar o conflito seja questionada, a questão será objeto de análise e haverá uma definição fixando o juízo competente para atuar no caso, que estará vinculado a um único tribunal.¹⁷

Em virtude disso, se houver dissenso entre a tese fixada por precedentes dos dois tribunais quanto a determinada questão, é possível que a parte interessada – que teve seu caso examinado à luz do precedente de um tribunal de 2º grau e sabe da existência de precedente diverso no outro – valha-se dessa divergência para, desde que presentes os requisitos de admissibilidade constantes, respectivamente, nos artigos 105, III e 102, III da Constituição Federal, submeter o caso ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, de forma a ver analisado o tema e alcançada a uniformização de sua interpretação por tribunais que, eles sim, exercem jurisdição sobre todo o território brasileiro.

16 O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os 26 Tribunais de Justiça estaduais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e os 6 Tribunais Regionais Federais.

17 Com efeito, não é possível que determinado caso esteja sujeito, simultaneamente, a precedentes originários tanto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quanto do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tendo em vista a competência definida para um juízo vinculado a um ou outro Tribunal.

Quando se pensa nos impactos dos precedentes sobre a arbitragem, a ausência de liame de subordinação entre os árbitros e o Poder Judiciário apresenta um ponto importante a ser enfrentado, que é a determinação do quadro de decisões que podem ser consideradas pelo Tribunal Arbitral na definição do arcabouço jurídico da sua decisão, na ausência de convenção das partes a este respeito.

Esse ponto é particularmente desafiador, na medida em que a disciplina da Lei nº 9.307/96, é bastante econômica ao fazer referência a elementos de territorialidade da arbitragem, o que se dá essencialmente em relação ao local da sentença – tanto no art. 10, IV (entre os elementos obrigatórios do compromisso arbitral), quanto no art. 26, IV (entre os elementos obrigatórios da sentença arbitral), como no art. 34, parágrafo único, com vistas a distinguir a arbitragem doméstica (aquela com sentença proferida dentro do território brasileiro) da arbitragem internacional (aquela com sentença prolatada fora dos domínios pátrios) e no tocante ao local (ou aos locais) onde se desenvolverá a arbitragem, elemento facultativo do compromisso arbitral, nos termos do art. 11, I, da Lei nº 9.307/96. Tanto o local da sentença quanto o local (ou locais) onde podem ser realizados atos inerentes ao procedimento arbitral são escolhidos livremente entre as partes, de acordo com a sua conveniência. Elas também podem optar por determinar uma sede para a arbitragem à qual ela estará vinculada para fins legais, administrativos e fiscais, em que pese o fato de que a Lei de Arbitragem não faça menção a isso (Braghetta, 2006).

Muito embora seja comum que essas três referências acabem se fixando em uma única localidade e que, tratando-se de arbitragem institucional, usualmente, essa localidade coincida com a cidade onde está instalado o escritório da câmara de arbitragem responsável por administrar o procedimento, por razões de comodidade, nada impede que se opte por estabelecer localidades distintas para cada um desses territórios. Ou, ainda, que se opte, apenas, por indicar o local da sentença, que, como se apontou, é o único dos elementos cuja fixação é obrigatória pela Lei de Arbitragem, em virtude da necessidade de se determinar a sua nacionalidade e, por conseguinte, de se estabelecer o regime de execução à qual estará submetida (Santos, 2011).

Nesse cenário e não havendo convenção das partes nesse sentido, poderiam os árbitros vir a ser impactados pelos precedentes oriundos de um tribunal de 2º grau, ainda que a arbitragem conte com a participação da Administração Pública? Em caso positivo, esse tribunal seria aquele do local da sede da arbitragem, do local da sentença, do local em que atos são realizados ou de todos eles?

Sendo a arbitragem um ecossistema autônomo e independente do Poder Judiciário, falta entre eles elemento de vinculação ou subordinação

que assegure a eficácia dos precedentes no procedimento arbitral, tanto sob a perspectiva horizontal quanto sob o prisma vertical. Esse fato se revela como um impeditivo intransponível para que se pretenda outorgar aos precedentes de tribunais de 2º grau a capacidade de impactar a arbitragem compulsoriamente, mesmo quando o procedimento tem a Administração Pública como uma das partes.¹⁸ De um lado, em razão da sua relação com a territorialidade – que tem contornos líquidos e plurais – e da consequente dificuldade de se estabelecer um parâmetro estável. De outro, porque a interpretação do direito alcançada pelos tribunais de 2º grau pode estar sujeita à revisão (e, por conseguinte, à alteração) perante os Tribunais Superiores.¹⁹

Nada impede, contudo, que as partes indiquem, na sua convenção, os tribunais de 2º grau que devem ter os seus precedentes considerados, ainda que não haja necessidade de qualquer justificativa para a escolha realizada nem que os precedentes de 2º grau possam ser utilizados de forma persuasiva, para enriquecer a fundamentação de partes e árbitros no bojo dos procedimentos arbitrais. Mas não há como se exigir o seu enfrentamento pelos árbitros quando a decisão na arbitragem já se encontra calcada em outros elementos suficientes para embasá-la, tampouco necessidade de justificação de entendimento diverso que o Tribunal Arbitral tenha em relação às decisões de 2º grau.

Diferente, porém, é a situação quanto aos precedentes fixados pelos Tribunais Superiores. Eles, sim, são dotados de maior estabilidade e definitividade, uma vez que, como regra, não estão sujeitos a recursos adicionais que busquem discutir o entendimento na instância subsequente, mas apenas a eventual revisão/superação futura, além de serem emanados de Tribunais que exercem jurisdição em todo o território nacional e, ainda, devido à própria função que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal exercem na ordem jurídica estruturada a partir do texto constitucional, no sentido de uniformizar a interpretação e aplicação do Direito no País (Theodoro Jr., 2019, p. 1173).

A diferença fundamental aqui não está na aplicação do entendimento do precedente em si, mas na imperatividade de que os precedentes dos Tribunais Superiores tenham os seus fundamentos e a tese neles fixada

18 Isso porque não há, no tocante aos precedentes não constitucionais previstos no Código de Processo Civil, norma que obrigue a sua vinculação à Administração Pública, nos moldes como ocorre no tocante aos precedentes constitucionais.

19 Vale registrar que, mesmo quando a decisão que fixa o precedente no tribunal de 2º grau transita em julgado em um caso concreto, a revisão do entendimento pelos Tribunais Superiores pode vir a ocorrer em um caso seguinte, cujo precedente seja invocado e aplicado, e a parte, inconformada, submeta a decisão a Recurso Especial ou Extraordinário, se for o caso. Daí porque nem mesmo o trânsito em julgado é indicativo de estabilidade, definitividade e segurança, quanto a esse aspecto.

tomados em consideração pelos árbitros e sejam enfrentados na sentença arbitral, em todos os seus termos.

3. UMA QUESTÃO DE CONSENSO: OS ÁRBITROS DEVEM ENFRENTAR OS PRECEDENTES NA SUA FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação das decisões é um aspecto essencial ao processo decisório. Ela consiste em declinar, de forma precisa, os motivos pelos quais uma determinada escolha foi feita, apontando os critérios – fáticos, jurídicos e probatórios – que foram utilizados para se chegar à conclusão indicada.

É ela que possibilita, de um lado, que as partes envolvidas no conflito conheçam, às claras, as razões que nortearam o julgador na tomada de decisão, conferindo transparência e legitimidade ao processo. De outro lado, a fundamentação possibilita o controle e a fiscalização da atuação do órgão julgador, o que se dá com a verificação se a tomada de decisão se deu com base no arcabouço jurídico aplicável ao caso e se ela está em conformidade com os valores e princípios constitucionais. Além disso, quando é o caso, a fundamentação das decisões é vital para a criação de precedentes – por conseguinte, para a ampliação da previsibilidade e segurança no ambiente de solução de conflitos – e é ela que também permite que, quando possível, as partes recorram da decisão, apontando a existência de eventuais erros no procedimento e no julgamento que autorizam a sua revisão. Ela é, assim, indispensável para o funcionamento adequado do sistema de solução de conflitos e, em última análise, garantia inerente ao próprio Estado de Direito.

Além de ser prevista na Constituição como princípio inerente à atividade judicante (art. 93, IX), tanto no Código de Processo Civil (arts. 11 e 489, II) quanto na Lei de Arbitragem (art. 26, II), o legislador incluiu a fundamentação como elemento essencial – requisito obrigatório – da sentença. Em um e em outro método, portanto, os julgadores devem analisar as questões de fato e de direito que lhes foram submetidas pelas partes à luz do contexto fático, jurídico e probatório constante nos autos e indicar as razões pelas quais se convenceram ou deixaram de se convencer a respeito de cada uma delas. Se não o fazem, isso é causa de nulidade da sentença.

Além de prever a fundamentação como parte integrante da sentença, o legislador de 2015 foi além e declinou, no §1º do art. 489 do CPC, uma série de situações que, se verificadas no caso concreto, comprometem a fundamentação adequada das decisões. Com efeito, o texto do dispositivo faz duas referências ao precedente: de um lado, impede que ele seja aplicado sem que se demonstre a similitude entre o caso que deu origem ao precedente e o caso em julgamento. De outro, impede que o precedente seja afastado sem que se demonstre a ocorrência de distinção ou a necessidade de superação

do entendimento. Ambas as previsões têm o intuito de assegurar a adequada utilização do precedente no caso concreto, reafirmando o dever dos juízes e tribunais de observá-lo necessariamente, salvo distinção ou superação, e, em contrapartida, inibindo a sua utilização sem que haja pertinência para tanto. A existência e a utilização do precedente, no âmbito judicial, devem ser enfrentadas pelos magistrados na fundamentação de suas decisões, com vistas a garantir a própria higidez daquilo que decidiram.

Na relação entre os precedentes e a sentença arbitral, não parece ser diferente: as questões afetas ao precedente que forem pertinentes ao caso em julgamento na arbitragem devem ser objeto de consideração pelos árbitros na sua sentença, independentemente de quem forem as partes e de qual a matéria envolvida na discussão. Não porque se trata de questão abarcada pelo precedente, mas porque é assim que se espera que os árbitros se posicionem em relação àquilo que for relevante para o julgamento da arbitragem que conduzem.

O trabalho dos árbitros deve começar já no relatório, quando fazem menção à lei aplicável à arbitragem e, por conseguinte, definem a estrutura normativa que incide sobre o procedimento. Nessa oportunidade, eles devem verificar se as partes autorizam, em tese, a utilização dos precedentes ou se afastam a sua incidência no caso, conforme convenção firmada entre elas, ou se se mantêm silentes a esse respeito.

Ainda no relatório, os árbitros também devem deixar claro se há precedente invocado para os temas de procedimento ou mérito tratados na arbitragem e, em caso positivo, indicar se houve contraditório prévio das partes a respeito da sua aplicação no caso, apresentando os pontos e contrapontos por elas lançados por ocasião do debate.

Na sequência, já na fundamentação, é preciso que os árbitros indiquem, a partir do conjunto probatório produzido na arbitragem, a existência de identidade fática entre o caso que originou o precedente e o caso em julgamento, assentando, por conseguinte, a sua aptidão, a priori, para que ele seja levado em consideração no julgamento, ou a existência de distinção que afaste a sua aplicação. É preciso, então, que os árbitros enfrentem o precedente em todos os seus termos e que, nessa análise, deixem claro a opção pela sua aplicação ou a constatação quanto à existência de eventuais percalços – omissões, incongruências ou erros incorridos na construção da tese – que porventura deem ensejo à censura da decisão alcançada no Poder Judiciário e que, enquanto tal, recomendem outra construção para o caso concreto.

Eventual omissão dos árbitros relacionada a qualquer desses aspectos dá ensejo a apresentação de pedido de esclarecimentos pela parte interessada e, se a fundamentação da sentença for inexistente – o que, frise-se, é improvável

–, pode vir a ensejar também futura ação declaratória de nulidade da sentença arbitral.

4. UMA PROPOSIÇÃO: OS ÁRBITROS PODEM PROMOVER DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO NO CASO CONCRETO

No curso de um processo judicial, o afastamento dos precedentes a partir do momento em que eles se estabelecerem só irá ocorrer em duas circunstâncias: quando for o caso de superação – total ou parcial – do entendimento fixado na decisão primitiva e, portanto, de *overruling* ou *overriding* ou se se entender que a hipótese é de distinção do caso em julgamento em relação àquele que foi julgado anteriormente, e, logo, de *distinguishing*.

No caso da superação, ela traz consigo algo que é inerente à dinâmica do Direito: as inúmeras mudanças – sociais, culturais, econômicas e políticas – que afetam a vida e as relações sociais em diferentes momentos da história e que, como tal, tocam os princípios e valores que determinam as diretrizes do processo de interpretação e aplicação da estrutura jurídica. Embora, a estabilidade das relações sociais e a previsibilidade do Direito sejam valores importantes, que lastreiam a criação e estruturação do sistema de precedentes, não deve haver descompasso entre o cenário que deu ensejo à fixação de um dado entendimento e os valores reconhecidos pela sociedade. O Direito deve estar atento aos valores inerentes à sociedade de cada época e de cada lugar. Se a sociedade muda, as relações mudam, os valores mudam e o Direito e a sua interpretação precisam se adaptar, ainda que isso importe em relativização de precedentes outrora fixados.

Isso pode ocorrer, essencialmente, de duas formas distintas: na primeira delas, a norma jurídica sobre a qual recaiu o precedente a ser superado permanece a mesma, mas o Poder Judiciário altera o seu entendimento em relação à interpretação existente, em virtude da mudança de contexto – social, político, cultural ou econômico – em que o entendimento anterior se formou.²⁰ Ocorre, aqui, o fenômeno conhecido como *overruling*.

Por meio desse fenômeno, o órgão julgador responsável pela fixação do precedente primitivo ou outro de instância superior promove a superação da tese anterior, não sem antes fomentar e realizar amplo debate acerca da

20 Foi o que ocorreu, por exemplo, no Direito brasileiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação à interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal e ao consequente cabimento (ou não) de prisão em segunda instância. O texto legislativo é o mesmo desde a redação originária do texto constitucional, mas, desde então, a Corte mudou o seu entendimento nos anos de 2009, 2016 e 2019, por vezes admitindo a prisão e por vezes a desautorizando. Ou, ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à interpretação dos arts. 205 e 206, § 3º, V, do Código Civil e ao prazo prescricional da responsabilidade civil contratual. O texto de lei é o mesmo desde a entrada em vigor da lei civil, mas, não obstante, o STJ mudou o seu entendimento em 2019, tendo fixado o prazo, inicialmente, em três anos e, posteriormente, em dez anos.

revisão – e da mudança – de entendimento, não sem fundamentar de forma adequada e específica a alteração promovida e não sem cuidar de modular os efeitos decorrentes da superação, se for o caso, de forma a preservar o interesse social, a segurança jurídica e a isonomia.²¹

No segundo caso, não ocorre a rediscussão e revisão do paradigma, mas surge um novo princípio ou uma nova regra no direito positivo que, de forma superveniente, não afasta, mas limita os efeitos do precedente anterior, em alguma proporção. Trata-se, nesse caso, do fenômeno conhecido como *overriding* (Mendes; Marinoni; Wambier, 2014, p. 182).

Para além das hipóteses de superação, porém, há outra situação que pode ocorrer no caso concreto, que é a constatação de que o precedente existente é inaplicável ao caso em julgamento, na medida em que não estão presentes os parâmetros que autorizam a sua incidência, como a similitude fática ou identidade da questão jurídica objeto de apreciação (Mendes; Marinoni; Wambier, 2014, p. 180). Essa situação, conhecida como *distinguishing*, ocorre quando se promove o cotejo analítico entre o precedente existente e as premissas por ele estabelecidas – de contexto fático que ensejou a decisão, de questões jurídicas apreciadas e de entendimento fixado – e a situação presente. Se há algum desvio em relação ao arcabouço fático ou quanto ao arcabouço jurídico, a hipótese é de distinção, e o precedente não deve ser aplicado (Didier Jr., 2015, p. 311). A distinção efetiva não se confunde com a “falsa distinção” que importa, na verdade, em violação literal ao precedente judicial (*defiance*, Didier Jr., 2015, p. 327-328), que, uma vez constatada, pode – e deve – ser enfrentada no âmbito do Poder Judiciário, com a utilização dos instrumentos cabíveis para tanto (Didier Jr., 2015, p. 301-333).

Quando o que está em conta, porém, é a relação entre precedentes e arbitragem, é preciso compreender os contornos que podem alcançar *distinguishing*, *overruling* ou *overriding*.

No que toca à distinção, não parece haver dúvidas de que o árbitro pode – e deve – fazê-lo sempre que tiver razões para diferenciar o caso do precedente do caso da arbitragem, vale dizer, sempre que encontrar diferenças relevantes entre os fatos e as circunstâncias do caso atual e os fatos e as circunstâncias do caso anterior que ensejaram a formação da tese fixada pelo precedente. Ao promover a distinção, o árbitro deve realizar a análise cuidadosa dos fatos relevantes, do direito aplicável à arbitragem e de todo o arcabouço jurídico a ele inerente, explicando claramente na fundamentação da sentença as razões pelas quais o precedente não se amolda ao caso em

21 Isso está consignado na estrutura de precedentes contemplada pelo Código de Processo Civil, nos termos do art. 927, §§ 2º, 3º e 4º.

juízo, não produzindo impactos – ao menos de forma direta²² – em relação a ele.

No que concerne à superação, a análise estrita da teoria dos precedentes imporia a afirmação de que o árbitro não está autorizado a promovê-la, na medida em que lhe falta competência para tanto. De fato, no plano ortodoxo, apenas o Tribunal que editou o precedente vinculante tem o condão de promover a revisão da tese outrora fixada e de eventualmente superá-la, não sem promover amplo debate prévio a esse respeito com todos os interessados.

A partir do momento, porém, que falta entre a arbitragem e o Poder Judiciário liame que assegure que os envolvidos no procedimento arbitral tenham acesso aos tribunais estatais e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para buscar a revisão do precedente²³ e, mais do que isso, quando se tem em conta que um dos motivos pelos quais as partes buscam a arbitragem é pela virtude da sentença – assim considerada a qualidade técnica da decisão que será alcançada naquela sede –, é preciso ir além e avançar nesse debate. É preciso também reconhecer que, se na sistemática inerente aos precedentes, os árbitros não dispõem de competência para revisá-los e superá-los, em benefício dos atributos da sentença arbitral, eles estão autorizados a afastar a sua aplicação no caso concreto, quando revelada a superação da tese outrora adotada, seja em virtude de mudança legislativa, seja em razão do contexto valorativo no qual o precedente foi construído.

Nesse caso, o afastamento dependerá de “um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o ‘princípio da presunção a favor do precedente’” (Zaneti Jr., 2019, p. 319). Isso significa, mais uma vez, que os árbitros devem cuidar para que a fundamentação de suas decisões revele, de forma suficiente, técnica e adequada, os motivos pelos quais a tese fixada no precedente não foi considerada na arbitragem em julgamento.²⁴

É importante destacar que não há espaço, aqui, para insurreições criativas. A decisão dos árbitros que reputa que a tese do precedente se tornou obsoleta deve estar pautada em aspectos essencialmente objetivos,

22 Diz-se aqui de forma direta, pois nada impede que o árbitro possa utilizar aspectos inseridos no precedente como elemento persuasivo para embasar a construção da decisão na arbitragem, caso em que o impacto indireto da decisão judicial poderia vir a ocorrer.

23 Por meio da interposição, por exemplo, de recurso especial ou de recurso extraordinário apto a ensejar o novo debate a respeito da tese fixada. Nesse sentido, cf: Câmara, 2016.

24 Como registra Robert Alexy: “Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso” (Alexy, 2001).

isto é, que a tese do precedente foi fixada com base em uma determinada norma, que acabou alterada ou revogada, de forma substancial, por outra norma, ou, ainda, que a tese do precedente foi fixada com base em um cenário posteriormente modificado em razão de circunstâncias supervenientes. A decisão estará adstrita às partes da arbitragem e não tem o condão de provocar qualquer impacto sobre a eficácia do precedente no âmbito do Poder Judiciário, que seguirá integralmente submetido ao sistema de revisão previsto no Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um método de solução de conflitos autônomo e independente do Poder Judiciário, pautado, essencialmente, pela autonomia privada das partes que, entre outras escolhas, têm a possibilidade de optar pelas regras de direito que querem ver aplicadas ao seu conflito e ao procedimento responsável por sua solução.

Apesar disso, historicamente, decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário sobre temas de direito debatidos na arbitragem, não raro, permearam o procedimento arbitral nas manifestações apresentadas pelas partes e nas sentenças proferidas pelos árbitros.

Com a edição e entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no Brasil um sistema de precedentes vinculantes, o debate em torno da possível vinculação dos árbitros às teses fixadas nesses precedentes ganhou força, inclusive no tocante a arbitragens envolvendo a Administração Pública. A partir do debate levado a efeito na doutrina nos últimos anos o que se procurou neste trabalho foi, a partir da superação da dicotomia entre vinculação e não vinculação, ampliar horizontes no tocante ao debate do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial precedent and arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Processo arbitral que não segue decisão judicial com eficácia vinculante pode ser anulado*. Migalhas, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359364/decisao-judicial-com-eficacia-vinculante-pode-ser-anulado>. Acesso em: 17 fev. 2024.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Os precedentes judiciais na arbitragem*. Disponível em: http://www.esamg.org.br/artigo/Os%20precedentes%20judiciais%20na%20arbitragem_62.pdf. Acesso em: 17 fev. 2024.

BRAGHETTA, Adriana. A escolha da sede na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, p. 7-13, set. 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 17. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 17 fev. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Consultor Jurídico, 12 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes?imprimir=1>. Acesso em: 17 fev. 2024.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. *Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro as fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem rediga pelo direito brasileiro*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

CREMASCO, Suzana Santi. *Arbitragem e precedentes: uma proposta de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2023.

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: MARX NETO, Edgard Audomar et al. (org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 893-907.

DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 383-398. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 10, n. 38, p. 96 -137, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 301-333. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC), v. 3.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Existiria uma ordem jurídica arbitral?* In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Gen-Atlas, 2017.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, v. 2, p. 167-188.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?* Jota, 7 nov. 2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016> Acesso em: 17 fev. 2024.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *A nacionalidade da sentença arbitral: critério territorialista do direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 8, v. 30, p. 271-286, jul./set. 2011.

TEMER, Sofia. *Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória*. *Revista de Processo*, v. 278, abr. 2018.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. *Consultor Jurídico: Conjur*, 1 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 17 fev. 2024.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*, Salvador: JusPodivum, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

