

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
FGV DIREITO RIO

GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT

**A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO**

Rio de Janeiro

2016

GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT

**A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da
Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio

Área de concentração: Direito da regulação

Orientador: Prof. Dr. Joaquim de Arruda Falcão Neto

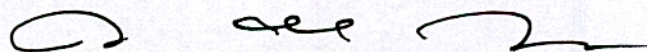
GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT

**A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO.**

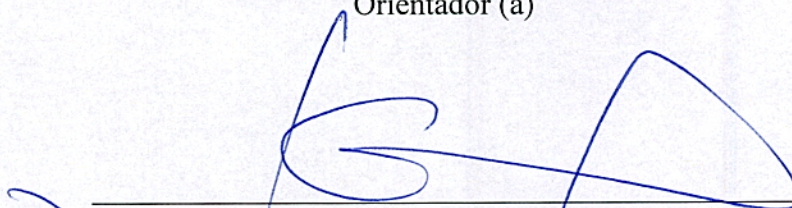
Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 29/02/2016

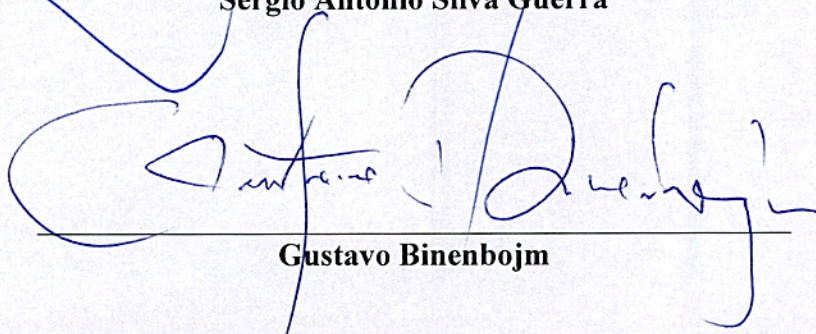
ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke.

Joaquim de Arruda Falcão Neto
Orientador (a)

A large, stylized handwritten signature in blue ink, featuring a prominent loop and a long horizontal stroke.

Sérgio Antônio Silva Guerra

A complex handwritten signature in blue ink, with multiple loops and a long horizontal stroke.

Gustavo Binenbojm

Schmidt, Gustavo da Rocha

A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação / Gustavo da Rocha Schmidt. – 2016.
140 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Orientador: Joaquim Falcão.

Inclui bibliografia.

1. Direito administrativo. 2. Arbitragem e sentença. 3. Administração pública. 4. Direito regulatório. I. Falcão, Joaquim, 1943- . II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. III. Título.

CDD – 341.4618

Aos meus pequenos Rafael, João Alfredo e Helena,
pelo simples fato de existirem.

AGRADECIMENTOS

A vida sempre me foi muito generosa e isso se refletiu, mais uma vez, na trajetória que percorri para chegar até aqui, com o depósito da dissertação de mestrado para a obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio, tendo contado, direta ou indiretamente, com o apoio e a colaboração de um sem-número de pessoas. É nesse sentido que agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus colegas de mestrado e o faço na pessoa dos amigos e juristas Álvaro Jorge (com quem dividi tantas agruras e angústias a respeito da dissertação), Chico Mussnich e Rafael Vêras, que fizeram da sala de aula não apenas um espaço de reflexão acadêmica, mas também um ambiente leve e descontraído, tornando tudo tão mais fácil e divertido.

Agradeço aos meus colegas de escritório (Schmidt – Lourenço – Kingston Advogados Associados), na figura dos sócios Eduardo Schmidt (meu irmão e parceiro de vida) e Alexandre Kingston, pelo aprendizado e convívio diários.

Agradeço à Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, a maior escola de advocacia pública do Brasil, e aos amigos que lá tanto trabalham na defesa dos interesses da cidade maravilhosa e do cidadão carioca.

Agradeço ao meu time do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, pelas discussões, reflexões e aprendizado na temática do direito arbitral.

Agradeço aos meus alunos do curso de graduação da FGV Direito Rio, por, mais do que me escutarem, tanto me ensinarem no dia-a-dia.

Agradeço aos jovens e promissores Mariana Cuozzo e Eduardo Cavaliere Gonçalves Pinto e, ainda, ao amigo e jurista Fernando Villela de Andrade Vianna, pelas reflexões e conversas e pela inestimável colaboração na pesquisa, revisão e formatação do texto.

Agradeço ao meu orientador e mentor, o Prof. Joaquim Falcão, pela amizade, pelos conselhos de vida e pelas portas que sempre me abriu.

Agradeço, por fim, à minha família. Agradeço à minha querida mãe, Angela da Rocha, exemplo maior de integridade, de caráter e de perseverança, pelo carinho, pelo amor incondicional e por ter ajudado a despertar em mim a verve acadêmica. Ao meu pai, Fabio Schmidt, a quem vejo no espelho todos os dias. À minha avó Hermesinda, por ter me ensinado que a vida existe para ser vivida. À minha segunda mãe, Ana Regina. À minha terceira mãe, Sandra Schmidt. Aos meus três irmãos, Eduardo, Felipe e Aninha, os meus melhores amigos; parceiros para a vida toda.

E agradeço, principalmente, à minha melhor metade, à minha esposa e companheira de todos os dias, à minha Juliana, que me deu as três maiores preciosidades da minha vida, os pequenos Rafael, João Alfredo e Helena. Juliana, obrigado por você estar ao meu lado.

RESUMO

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei nº 9.307, 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem. Dentre as modificações introduzidas no direito arbitral brasileiro, possivelmente a mais importante delas é aquela prevista no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem, que passou a admitir indistintamente o uso, pelo Estado, da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo a inserção da correspondente cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral e, inclusive, em convênios, contratos de gestão e termos de cessão e de permissão de uso. A presente dissertação de mestrado tem por objetivo, precisamente, o de permitir uma melhor compreensão do alcance da regra prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, verdadeiro marco regulatório da arbitragem no setor público, e propor, concretamente, linhas de ação voltadas para fomentar o emprego do procedimento arbitral nos conflitos envolvendo a Administração Pública, em especial a regulamentação do instituto no seio da burocracia estatal.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regulação. Regulamentação. Arbitragem. Administração Pública. Setor portuário. Setor de óleo e gás.

ABSTRACT

On May 26, 2015, the Brazilian legislature enacted Law n. 13.129/2015, modifying the Brazilian Arbitration Law (Law n. 9.307/1996), allowing public entities, under § 1st of article 1 of the Brazilian Arbitration Act, not only to settle disputes concerning property rights by arbitration, but also to insert the corresponding arbitration clause in public contracts in general. One of my goals, in this paper, is to provide a better understanding of the scope of the rule laid down in article 1st, § 1, of Law n. 9.307/96, offering a deep explanation of the regulatory framework regarding the arbitration act and its applications to the Brazilian public sector. At the end, I intend to indicate a course of action aimed at promoting the use of arbitration in disputes involving Brazilian administrative agencies. Moreover, I intend to present a draft of an executive decree, directed to regulate arbitration within the state bureaucracy.

Keywords: Administrative Law. Regulation. Decree. Arbitration. Public administration. Port industry. Oil and gas industry.

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 1 - Total de Arbitragens por Câmara (1989-2016)	27
Gráfico 2 - Proporção de Arbitragens por Partes (1989-2016)	28
Gráfico 3 - Total de Arbitragens CAMARB	29
Gráfico 4 - Ano dos Contratos que originaram as Arbitragens CAMARB	29
Gráfico 5 - Proporção de Arbitragens CAMARB	30
Gráfico 6 - Valor das Causas Envolvendo a Administração Pública (1989-2016)	31
Gráfico 7 - Valor das Causas Envolvendo a Administração Pública CCBC	31
Gráfico 8 - Proporção de Arbitragens CCBC	32
APÊNDICE C - Outros gráficos e tabelas aplicáveis	129

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial – BRASIL
CAM-CCBC	Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CBMA	Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CDRJ	Companhia Docas do Rio de Janeiro
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
CPC	Código de Processo Civil (1973)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FGV	Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem
FNE	Federação Nacional dos Engenheiros
IBA	<i>International Bar Association</i>
MAE	Mercado Atacadista de Energia
MP	Medida Provisória
NUCLEP	Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A
NCPC	Novo Código de Processo Civil (2015)
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PLS	Projeto de Lei do Senado
PPP	Parceria Público Privada
REsp	Recurso Especial
SEP	Secretaria Especial de Portos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TCU	Tribunal de Contas da União
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
TMC	Terminal Modal de Coroa Grande

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO:	12
2.HISTÓRICO	14
3.DESAFIOS: REGULAÇÃO E A CULTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	26
4.A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM (LEI Nº 13.129/2015)	40
4.1.ARBITRABILIDADE NOS CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
4.1.1.Arbitrabilidade subjetiva	40
4.1.2.Arbitrabilidade objetiva	42
4.2.ARBITRAGEM DE DIREITO	46
4.3.O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO ARBITRAL. COMO FICA A CONFIDENCIALIDADE?	48
4.4.A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO (ARBITRAGEM INSTITUCIONAL OU ARBITRAGEM AD HOC. LICITAÇÃO. PROCESSO DE ESCOLHA E INDICAÇÃO DE ÁRBITROS	55
5.A ARBITRAGEM NO SETOR PORTUÁRIO (DECRETO Nº8465/2015)	63
5.1.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	63
5.2.ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO SETOR PORTUÁRIO, CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL	66
5.3.ARBITRAGEM INSTITUCIONAL	70
5.4.O PROCEDIMENTO ARBITRAL	72
5.5.A ESCOLHA DOS ÁRBITROS	78
5.6.SENTENÇA ARBITRAL, CUMPRIMENTO DO JULGADO E PRECATÓRIO	81
6.CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, CONTRATOS DE CONCESSÃO E AS RODADAS DE LICITAÇÕES PROMOVIDAS PELA ANP	84
6.1.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	84
6.2.AS RODADAS DE LICITAÇÕES DA ANP	86
6.2.1.A rodada zero (1998)	86
6.2.2.A primeira rodada (1999)	95
6.2.3.A segunda rodada (2000)	97
6.2.4.A terceira rodada (2001)	99
6.2.5.A quarta rodada (2002)	99
6.2.6.A quinta rodada (2003)	101

6.2.7.A sexta rodada (2004)	101
6.2.8.A sétima rodada (2005)	104
6.2.9.A oitava rodada (2006)	105
6.2.10.A nona e a décima rodadas (2007 e 2008)	105
6.2.11.A décima primeira rodada (2013)	105
6.2.12.A décima segunda rodada (2013)	109
6.2.13.A décima terceira rodada (2015)	109
7.CONCLUSÕES	114
APÊNDICE A - Proposta de Decreto	117
APÊNDICE B - Quadro comparativo das rodadas de licitações da ANP	126
APÊNDICE C - Outros gráficos e tabelas aplicáveis	129
REFERÊNCIAS	134

I. Introdução.

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem. Dentre as modificações introduzidas no direito arbitral brasileiro, possivelmente a mais importante delas é aquela prevista no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem, que passou a admitir indistintamente o uso, pelo Estado, da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo a inserção da correspondente cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral e, inclusive, em convênios, contratos de gestão e termos de cessão e de permissão de uso. Além de sepultar, em definitivo, polêmica que se arrastava, de longa data, na doutrina e na jurisprudência, a referida previsão legal abre um novo e enorme campo de atuação para os arbitralistas.

Associado ao § 1º do referido artigo, foram ainda incluídos um § 2º no próprio art. 1º (que estabelece “*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*”) e um § 3º no art. 3º (que informa que “*a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*”).

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo, precisamente, o de permitir uma melhor compreensão do alcance da regra prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015, e propor, concretamente, linhas de ação voltadas para fomentar o uso da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, em especial a regulamentação do instituto no seio da burocracia estatal.

Para tanto, como ponto de partida, pretendo fazer uma breve digressão histórica do instituto, voltada para a compreensão da trajetória percorrida pela legislação, pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência brasileira, no trato da utilização da arbitragem para resolver litígios com o Poder Público.

Em seguida, ocupar-me-ei de tentar identificar os principais desafios para a implementação de uma nova cultura de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública. A adequada compreensão dos entraves existentes demandará a análise de dados disponibilizados por algumas das principais câmaras arbitrais do país, bem como uma breve incursão no campo dos estudos organizacionais, tema afeto à área de Administração, conjugando os conhecimentos lá produzidos com alguns traços característicos da burocracia estatal brasileira (nomeadamente, o viés autoritário que marca a atividade administrativa do

Estado e a influência exercida pelo direito francês na construção teórica do direito administrativo no Brasil).

Pretendo, com isso, demonstrar que a ampliação do emprego da via arbitral pela Administração Pública depende, necessariamente, de uma mais intensa regulação (evidentemente, de boa qualidade). E que, nesse sentido, a regulamentação do instituto pelo Poder Executivo, preferencialmente por decreto, é condição *sine qua non* para que se possa ter algum grau de sucesso no atingimento do objetivo almejado.

Não me parece, no entanto, que a mera identificação dos desafios culturais existentes seja suficiente para a formulação de uma proposta apropriada de regulamentação do instituto, no âmbito da Administração Pública. É também necessário, para tal fim, a perfeita apreensão do estado atual da arte do direito arbitral, no país, e da dogmática aplicável no campo das relações com o setor público. Por isso, como último passo, com base na doutrina e na jurisprudência eventualmente existentes sobre o tema, dedicar-me-ei ao estudo do alcance e da extensão do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 13.129/2015, e realizarei uma criteriosa análise de caso, tanto do setor portuário, como do setor de óleo e gás.

Ao final de tudo, formularei uma proposta de decreto, para regulamentação do uso da arbitragem nas administrações públicas em geral, nos diversos níveis da Federação, a partir das premissas teóricas e experiências concretas expostas ao longo da presente dissertação de mestrado.

O trabalho será dividido em cinco grandes tópicos. O primeiro versará sobre a história, no direito brasileiro, da arbitragem nos litígios envolvendo o Estado (capítulo 2). O capítulo seguinte (capítulo 3) versará sobre as dificuldades envolvidas na implementação, no seio da burocracia estatal, de uma nova cultura de resolução de conflitos, mais isonômica e menos autoritária. O tópico seguinte (capítulo 4) focará nas alterações legislativas promovidas pela Lei nº 13.129/2015 e nos possíveis problemas, de ordem prática e jurídica, que podem surgir na instituição de eventual juízo arbitral envolvendo o Poder Público. O capítulo 5 será dedicado à análise do caso do setor portuário, mediante o estudo do Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, que promoveu a regulamentação do uso da arbitragem para “*dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizatárias ou os operadores portuários*”. O capítulo 6, por sua vez, versará sobre o estudo do caso do setor de óleo e gás, em especial das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão constantes das treze rodadas de licitações promovidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis -

ANP. A proposta de decreto constará do apêndice e será encartada após o capítulo conclusivo (capítulo 7) da presente dissertação de mestrado.

2. Histórico.¹

Não é de hoje que se discute, no Brasil, se poderia a Administração Pública se utilizar do procedimento arbitral para dirimir as controvérsias de que fosse parte. Tamanha é a polêmica que houve, por ocasião da Reforma do Judiciário, a tentativa de alterar a Constituição da República e proibir a utilização da arbitragem nos contratos celebrados com pessoas jurídicas de direito público². Com efeito, quando de sua aprovação na Câmara dos Deputados, a PEC nº 96/1992 – que veio a ser convertida na Emenda Constitucional nº 45/2004 (também conhecida como Reforma do Judiciário) – possuía a seguinte previsão:

Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 98.

§4º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei”.

É verdade que, posteriormente, a sobredita proposta foi rejeitada no Senado Federal³, relegando-se a questão, como há muito é da tradição jurídica brasileira, para o direito infraconstitucional. Nada obstante, a votação da referida PEC (e a sua aprovação na Câmara dos Deputados), por si só, é um excelente indicativo de como o tema é tormentoso, não havendo consenso a respeito.

Não é por outra razão que o legislador, historicamente, sempre evitou o enfrentamento do tema, ora omitindo-se a respeito da possibilidade de utilização da arbitragem nas relações com o Poder Público, ora admitindo-a em situações excepcionais. Assim, por exemplo, o Decreto nº 15.783/22, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, muito embora

¹ Sobre a história, no Brasil, da arbitragem nas relações com a Administração Pública, veja-se: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública, - fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 63/69 e 75/78. TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 60, dez. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em 12 de julho de 2015; TÁCITO. Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997, p. 114/115; dentre outros.

² TIBURCIO, Carmen, *op. cit.*.

³ Ao chegar ao Senado Federal, a PEC da Reforma do Judiciário ganhou nova numeração e passou a ser identificada como PEC 29/2000.

exigisse, como cláusula essencial à validade dos contratos administrativos, a eleição do foro brasileiro como competente para dirimir toda e qualquer controvérsia, nada falava sobre o juízo arbitral⁴.

A falta de previsão genérica para a adoção do juízo arbitral em controvérsias envolvendo a Administração Pública não impediu o Governo Federal de editar atos normativos, com força de lei, instituindo a via arbitral para a solução de controvérsias específicas. O exemplo mais emblemático, sem sombra de dúvida, foi o caso Lage⁵. Por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, foi incorporado ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da Organização Lage, em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, tudo no interesse da defesa nacional e no contexto da Segunda Guerra Mundial. Não chegaram as partes a um consenso quanto ao valor da indenização a ser paga e, em função disso, foi editado o Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que incumbiu a um juízo arbitral a fixação do *quantum* indenizatório, na forma do correspondente art. 4º:

Art. 4º. A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e o respectivo "quantum" será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.⁶

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e em 21 de janeiro de 1948, ao final do processamento do feito, por unanimidade, fixou a indenização em CR\$ 288.460.812,00. Ato seguinte, foi encaminhado projeto de lei à Câmara dos Deputados, solicitando a abertura de crédito especial para pagamento da indenização devida ao Espólio de Henrique Lage e ao Espólio de Renaud Lage. Eis que, mudando a orientação até então adotada, o Governo Federal passou a sustentar a inconstitucionalidade do juízo arbitral e encaminhou mensagem ao Congresso

⁴ “Art. 775. A estipulação dos contractos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. § 1º. São cláusulas essenciais e como taes não podem ser omitidas em contracto algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contractos com pessoas naturaes ou juridicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o fôro nacional brasileiro, para dirimir quaesquer questões judiciárias originadas dos mesmos contractos”.

⁵ O relato do caso Lage pode ser extraído do relatório do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181 (STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974).

⁶ Dispunha, a propósito, o art. 12 do Decreto-Lei nº 9.521/1946: “Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-Leis ns. 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I - decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º; c) o levantamento do passivo das referidas Emprêsas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos têrmos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos têrmos do art. 21, § 1º, das emprêsas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei; II - arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10.”

Nacional, solicitando o cancelamento dos créditos destinados ao espólio. Inconformada, a família Lage ingressou no judiciário, com o objetivo de receber os valores fixados no laudo arbitral. A controvérsia passou por todas as instâncias e chegou, finalmente, ao Supremo Tribunal Federal, na forma do Agravo de Instrumento nº 52.181 – Guanabara, Relator o Ministro Bilac Pinto. Por unanimidade de votos, entendeu o STF pela legalidade do juízo arbitral, inclusive em litígios envolvendo a Fazenda Pública, por acórdão assim ementado:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento.⁷

O voto do Ministro Bilac Pinto reproduz na íntegra, na sua fundamentação, o acórdão proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, da lavra do Ministro Godoy Ilha. Dele se extrai que não havia, sob a égide das Constituições de 1937 e de 1946, qualquer vedação à instituição do juízo arbitral. Mais do que isso, a arbitragem seria um instituto consagrado no direito brasileiro, desde o período imperial, na forma do Decreto nº 3.900, de 26 de julho de 1867, tendo sempre prevalecido o entendimento de que seria aplicável nas relações contratuais, de natureza privada, em que fosse parte a Fazenda Pública. Segundo o Ministro Godoy Ilha, o tribunal arbitral seria uma criação contratual, de natureza consensual, nascida do compromisso das partes. Considerando a existência de autorização legal, na forma do Decreto-Lei nº 9.521/1946, nenhum óbice havia a que fosse instituído o juízo arbitral para resolver a disputa. Daí a conclusão pela constitucionalidade do tribunal arbitral instituído nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 9.521/1946.⁸

Isso, todavia, em nada alterou a resistência que se tinha à utilização do procedimento arbitral nos conflitos com a Administração Pública.

⁷ STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

⁸ *Idem*.

E alguns anos depois, com a edição do Decreto-Lei nº 2.300/86 (também nomeado, à época, de Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos), proibiu-se, textualmente, a adoção do procedimento arbitral nas relações contratuais com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no estrangeiro⁹. Isso perdurou por menos de um ano. Cerca de oito meses após a publicação do Estatuto das Licitações, o então Presidente da República editou o Decreto-Lei nº 2.348/87, alterando a redação do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.300/86, de modo a autorizar a utilização do instituto da arbitragem nas hipóteses nele mencionadas:

Art. 45 (...)

Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral.

Permitiu-se a inserção da convenção de arbitragem, como se vê, nos contratos firmados pela Administração Pública com empresas e investidores estrangeiros; e não com brasileiros.

Não demorou sete anos para que o Congresso Nacional revisitasse a questão e aprovasse uma nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tendo optado, todavia, por nela não disciplinar a arbitragem nas relações com o Poder Público. Na ocasião, instado a se pronunciar sobre o tema, por consulta formulada pelo então Ministro de Minas e Energia, firmou o Tribunal de Contas da União a posição de que *“o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)”*¹⁰.

A edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem, em nada contribuiu para equacionar a polêmica. Nela, na sua redação original, nenhuma referência havia à utilização do instituto da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos.

⁹ Dispunha o art. 45, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.300/86, na sua redação original: “Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral”.

¹⁰ TCU, Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993.

Limitava-se o art. 1º a estatuir que poderiam valer-se da arbitragem “*as pessoas capazes*” e “*para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”¹¹.

O resultado disso, até bem recentemente, era a existência de enorme controvérsia a respeito da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública. É verdade que a doutrina, mesmo a mais tradicional, acenou desde o primeiro momento pela possibilidade de inserção da convenção arbitral nos contratos administrativos. É a lição, dentre outros, de Caio Tácito:

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

Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem – será o meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.

Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração.

Certamente, haverá casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal.

Quanto a estes, somente o Poder Judiciário poderá, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar.

Todavia, quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual.¹²

Em sentido semelhante:

Não há dúvida, portanto, de que nos contratos celebrados pela Administração Pública há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, que

¹¹ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹² TÁCITO. Caio, *op. cit.*, p. 114/115. Em sentido contrário, negando veementemente a possibilidade de adoção da via arbitral nas relações contratuais com a Administração Pública: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Migalhas, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>. Acesso em 26 de julho de 2015.

podem ser objeto de arbitragem. Se é verdade que ‘na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’, ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe’, a Lei 9.307/96 permitiu expressamente a todas as pessoas capazes de contratar (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Pela Lei 9.307, facultativa é sua utilização.¹³

O esforço hermenêutico envidado pela doutrina, entretanto, não sensibilizou o Tribunal de Contas da União. A questão foi examinada pela 2ª Câmara do TCU, no processo administrativo TC 005.250/2002-2, instaurado por força de representação apresentada pela Federação Nacional dos Engenheiros – FNE contra a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública integrante da Administração Pública da União. Em sua defesa, aduziu a CBEE que o fornecimento de energia elétrica constituiria inegável atividade comercial, a permitir que eventuais controvérsias correlatas fossem submetidas ao juízo arbitral. Argumentou, ainda, que a inserção da cláusula compromissória teria amparo na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) e na Medida Provisória nº 29, de 7 de fevereiro de 2002 (que dispunha sobre a criação do Mercado Atacadista de Energia – MAE).

Orientou-se o Tribunal de Contas da União, contudo, no sentido de que o fornecimento de energia elétrica, para lidar com o problema de racionamento de energia, envolveria direito indisponível. Ademais, a Lei nº 8.987/95 não teria o condão de validar a cláusula compromissória, quer porque a CBEE é empresa pública (e não concessionária de serviço público), quer porque nela não havia, na sua redação original, a previsão de solução de controvérsias por via da arbitragem¹⁴. Tampouco seria aplicável à hipótese a MP 29/2002, eis que editada após a celebração dos contratos em questão, tendo por objeto o Mercado

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 38ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 265. Confira-se, também: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012, p. 217/218 e 987/988; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 209, jul./set. 1997, p. 89.

¹⁴ Estatua o art. 23, XV, da Lei de Concessões, de forma genérica, que seria cláusula essencial nos contratos de concessão aquela relativa ao foro e ao modo amigável de solução de controvérsias (Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais). Entendeu o TCU, no entanto, que a referida previsão legal não teria o condão de autorizar a arbitragem nos contratos de concessão. O afastamento da via jurisdicional seria uma exceção no direito brasileiro e, portanto, só seria admissível se previsto expressa e textualmente em lei. A polêmica foi equacionada, apenas, com a entrada em vigor da Lei nº 11.196/2005, que introduziu o art. 23-A na Lei nº 8.987/95, permitindo expressamente o emprego do juízo arbitral para dirimir eventuais controvérsias surgidas no âmbito do contrato de concessão (Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Atacadista de Energia (e não fornecimento de energia elétrica para fins de combate ao racionamento). Assim é que concluiu o TCU pela inadmissibilidade de utilização da via arbitral no âmbito da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da legalidade, tendo em vista a ausência de expressa previsão legal a respeito.¹⁵

Aderindo a posicionamento mais moderado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade e eficácia de cláusulas compromissórias inseridas em contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, com a submissão de eventuais litígios decorrentes dos respectivos ajustes ao juízo arbitral. Segundo a jurisprudência da Corte, a inserção de cláusula compromissória nos contratos com a Administração Pública seria perfeitamente possível, desde que:

- (i) a relação contratual tenha como parte sociedade de economia mista;
- (ii) a empresa estatal explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, na forma do art. 173, § 1º, da Constituição Federal; e

¹⁵ A propósito do tema, colhe-se do corpo do acórdão a seguinte e expressiva passagem: “(...) 10. Uma outra questão levantada diz respeito à cláusula 47 do contrato, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ele, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. Segundo o responsável, tal previsão estaria respaldada na própria Lei nº 9.307/96, uma vez que tratar-se-iam de direitos patrimoniais disponíveis, e também na Lei nº 8.987/95 (artigos 23 e 25) e na MP nº 29/2002 (art. 2º). 11. Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa. 12. No que se refere à Lei nº 8.987/95, o responsável cita o seu art. 23. O inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além do contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem. Já o §2º do art. 25 da mesma lei estabelece que os contratos celebrados entre as concessionárias e terceiros serão regidos pelo direito privado. Entretanto, esse dispositivo não se aplica à CBEE, uma vez que ela não é concessionária de serviços de energia elétrica. 13. Em relação à citada MP nº 29/2002 (posteriormente convertida na Lei nº 10.433/02), além da norma ter sido editada após a celebração dos contratos, o dispositivo que permite que as divergências sejam resolvidas por via arbitral refere-se a operações realizadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia – MAE, não se aplicando ao presente caso. 14. Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Essa cláusula contratual, portanto, deverá ser excluída do contrato (...)” (TCU, Segunda Turma, Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de 28/04/2003). Em sentido semelhante, dentre outros: TCU, Segunda Turma, Acórdão 0537/2006, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 14/03/2006, DOU de 17/03/2006; TCU, Plenário, Acórdão 1099/2006, Relator Ministro Augusto Nardes, julgado em 05/07/2006, DOU de 10/07/2006.

(iii) a disputa envolva direitos patrimoniais, de natureza disponível, ficando excluídos do procedimento arbitral os atos praticados no exercício do poder de império estatal.

Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão prolatado pela 2ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 612.439/RS, da relatoria do Ministro João Otávio Noronha:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.¹⁶

A medida judicial, na origem, havia sido ajuizada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, sociedade de economia mista sediada no Estado do Rio Grande do Sul, em face de AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., tendo por causa de pedir o inadimplemento de contrato firmado para a aquisição de potência e energia elétrica. A AES deduziu, em preliminar de contestação, que haveria previsão no contrato celebrado pelas partes de cláusula compromissória, de sorte que a controvérsia só poderia ser resolvida pela via arbitral.

A juíza de 1ª instância rejeitou a preliminar deduzida pela AES, ao fundamento de que a CEEE, por se tratar de empresa estatal prestadora de serviço público essencial, de produção e distribuição de energia elétrica, não poderia, sem autorização legal em âmbito estadual,

¹⁶ STJ, Segunda Turma, RESP 612439/RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 25/10/2005, DJ de 14/09/2006.

afastar a competência jurisdicional para dirimir o conflito. A referida decisão foi confirmada em 2ª instância, dando ensejo à interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Por unanimidade, em julgamento datado de 25 de outubro de 2005, o STJ firmou posicionamento no sentido de que seria perfeitamente válida e eficaz a estipulação de convenção arbitral nos contratos celebrados com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, haja vista que tais entidades, muito embora integrem a Administração Pública indireta, encontram-se submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos direitos e obrigações civis, comerciais, fiscais e trabalhistas, nos termos do art. 173, § 1º, I, da Constituição Federal.

Nos anos subsequentes, o STJ pacificou definitivamente o tema, em sucessivos julgados¹⁷, merecendo especial destaque o julgamento, pela 1ª Seção, do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF¹⁸. Ali, em voto lapidar da relatoria do Ministro Luiz Fux, mais do que reafirmar a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guardaria qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Na dicção do Ministro:

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação ente disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.¹⁹

¹⁷ STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/2006, DJ de 14/08/2006; STJ, Segunda Turma, RESP 606.345/RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 17/05/2007, DJ de 08/06/2007; STJ, Primeira Seção, MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008, DJe de 19/05/2008; STJ, Terceira Turma, RESP 904.813/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/10/2011, DJe de 28/02/2012.

¹⁸ STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/2006, DJ de 14/08/2006.

¹⁹ *Idem*.

Se a Administração Pública pode dispor de determinado interesse, por via transacional ou contratual, então pode submetê-lo ao juízo arbitral. O raciocínio vale tanto para as empresas estatais (exploradoras ou não de atividade econômica), como para as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público). Extraí-se do voto do Ministro Luiz Fux o substrato teórico necessário para se admitir a arbitragem nos contratos com a Administração Pública, quer a direta, quer a indireta, indistintamente.

É verdade que, em suas razões de decidir, o Ministro Fux também invocou o art. 173, § 1º, inciso II, da Carta de 1988, enfatizando que o regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica seria de cunho predominantemente privado, como era o caso da Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP, só podendo ser afastado por norma expressa em sentido contrário. O regime público seria a exceção; e a regra seria o regime privado. Consequentemente, *“evitar que em um contrato administrativo, firmado entre partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez”*²⁰.

Quer dizer: não haveria, de antemão, qualquer óbice absoluto, de natureza constitucional, a impedir a Administração Pública, aí incluídas as pessoas jurídicas de direito público, de optar pela via arbitral para a resolução de seus conflitos. A diferença é que, em se tratando de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por força do comando normativo contido no art. 173, § 1º, II, da Carta Maior, o regime jurídico aplicável, como regra, seria o de direito privado, estando elas constitucionalmente autorizadas, desde logo, a adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil e comercial, podendo livremente celebrar convenções de arbitragem. Ao passo que, em se tratando de pessoas jurídicas de direito público, o regime jurídico aplicável seria o de direito público, cujas linhas mestras encontram-se consagradas no art. 37 da Constituição Federal, condicionando-se a sua atuação ao atendimento do princípio da legalidade administrativa. Assim, a inserção de cláusula compromissória nos contratos administrativos, nas relações com a União, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias, estaria condicionada à existência de prévia autorização legal.

É nessa linha que surgem leis esparsas, a partir do ano de 1997, autorizando a utilização da arbitragem nos contratos administrativos celebrados com a Administração Pública, sobretudo nos contratos de concessão que envolvem altos investimentos. Assim, a

²⁰ *Idem.*

título ilustrativo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar “*o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais*” (art. 93, XV)²¹. A Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem “*sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional*” (art. 43, X)²². Também, a Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as “*regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem*” (art. 35, XI)²³. Fazem referência à arbitragem, igualmente, a Lei nº 10.438/2002 (Lei de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica e de Expansão da Oferta Emergencial)²⁴, a Lei nº 10.848/2004 (Lei de Comercialização de Energia Elétrica)²⁵, a Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)²⁶⁻²⁷, a Lei nº 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A na Lei nº

²¹ “Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

²² “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

²³ “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”.

²⁴ “Art. 4º (...) § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: (...) V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel”.

²⁵ “Art. 4º (...) § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo. § 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.”

²⁶ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

²⁷ Sobre a arbitragem nos contratos concessão celebrados no âmbito de parcerias público-privadas, confira-se: GOMM-SANTOS, Maurício. *Brazil: a brief overview of arbitration in contracts entered as part of public and private sector partnerships*. In: Mealey’s International Arbitration Report, 21(6), June 2006.

8.987/95 (a Lei de Concessões)²⁸, e mais recentemente a Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos)²⁹.

Paralelamente a isso, foi editada, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 19.477/2011 (a Lei Mineira de Arbitragem), que “*dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que o Estado seja parte*”. Reza o art. 2º do referido Diploma Legal:

Art. 2º O Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível.

Em um notável avanço, sobretudo se comparada com a legislação federal, a lei mineira passou a admitir a adoção da arbitragem generalizada e indistintamente, nas relações contratuais com a Administração Pública do Estado de Minas Gerais, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo a inserção de cláusula compromissória nos contratos de obras públicas firmados com base na Lei nº 8.666/93. Privilegiou o legislador estadual a arbitragem institucional (art. 4º), gerida e regulada por câmara de arbitragem constituída há mais de três anos, com reconhecida idoneidade e experiência na administração de procedimentos arbitrais (art. 10 da Lei).

Persistia, contudo, uma evidente lacuna em âmbito federal. O vácuo normativo foi preenchido, finalmente, pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei de Arbitragem, passando a prever, dentre outras coisas, a possibilidade de utilização da via arbitral nos conflitos envolvendo a Administração Pública (Direta e Indireta) das três esferas da Federação.³⁰

²⁸ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

²⁹ “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

³⁰ A propósito, reza o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015: “§ 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

3. Desafios: regulação e a cultura da Administração Pública no Brasil.

Em 14 de fevereiro de 2014, o Comitê de Arbitragem da *International Bar Association* – IBA reuniu-se em Paris, na França, por ocasião do 17º IBA's *Annual International Arbitration Day*, para debater a importância da aprovação do IBA *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*.

As discussões que se seguiram centraram-se, fundamentalmente, na necessidade de se promover, ou não, maior regulação na arbitragem internacional, mais precisamente no campo da ética profissional. Ao passo que alguns dos painelistas, como Emmanuel Gaillard, defenderam uma regulação mais intensa no setor, na linha das orientações baixadas pela IBA, outros, como o arbitralista londrino Toby Landau, expressaram sérias dúvidas a respeito dos benefícios que adviriam de mais regulação.³¹

Os debates ali travados, ainda que tenham tratado de tema sem maior relevância para a presente dissertação de mestrado, servem para iluminar uma questão importantíssima a propósito do uso, no Brasil, da arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública. Cabe perquirir, com efeito, qual o grau de regulação que se faz necessário para viabilizar a utilização efetiva do juízo arbitral, pelo Poder Público, como via eficaz para a resolução de conflitos.

Já se viu, historicamente, que a falta de um marco regulatório sempre foi considerada, em âmbito doméstico, como o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo o Poder Público. O referido cenário, contudo, passou por uma mudança radical nos últimos vinte anos, primeiro com a aprovação da Lei de Arbitragem, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e na sequência com a edição de leis especiais, várias delas admitindo, em setores específicos da área de infraestrutura, o emprego da via arbitral para equacionar conflitos com o Estado.

Também, em que pesem algumas resistências, em especial do Tribunal de Contas da União, a jurisprudência dos tribunais judiciais, liderada pelo Superior Tribunal de Justiça, gradativamente passou a admitir que a Administração Pública se valesse do instituto da arbitragem para dirimir os conflitos de que fosse parte.

Tudo isso culminou com a aprovação da Lei nº 13.129/2015, a Reforma da Lei de Arbitragem, e com a consagração, em sede normativa, de comando autorizando

³¹ Para uma cobertura do evento, vide: CHADDERTON, Sam. *Arbitration: what does the future hold?*. In: 68 nº 2 *Arbitration Global Insight* 49, abr./maio 2014.

expressamente a utilização do juízo arbitral para resolver conflitos envolvendo os entes estatais, desde que se refiram a direitos patrimoniais disponíveis.

A dúvida que persiste é se o marco regulatório em questão terá, na prática, o efeito de ampliar e fomentar, efetivamente, a utilização da arbitragem pelo Poder Executivo. Ou se haveria a necessidade de regulação mais intensa no âmbito da Administração Pública, com a regulamentação do tema, por decreto, de modo a disciplinar a atuação dos servidores públicos tanto na fase pré-contratual, como após o surgimento do litígio.

O fato concreto, de toda sorte, é que a alteração verificada no cenário normativo, ao longo dos últimos anos, até o presente momento não repercutiu em um aumento significativo no número de arbitragens envolvendo os entes estatais. Os gráficos 1 e 2 retratam bem a situação:

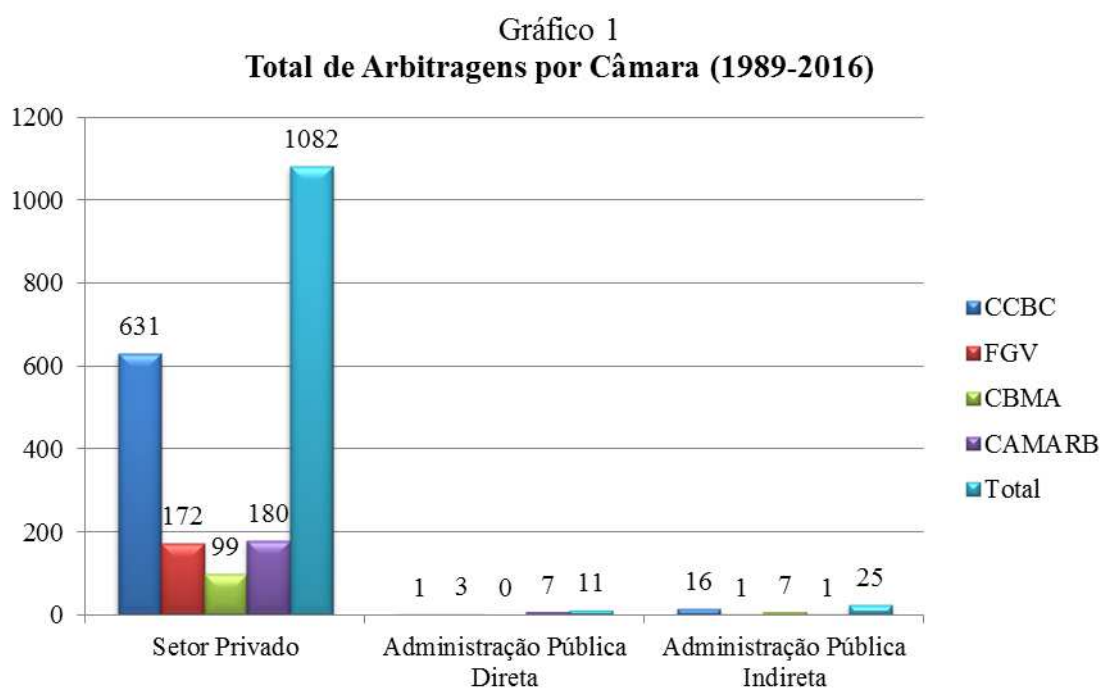
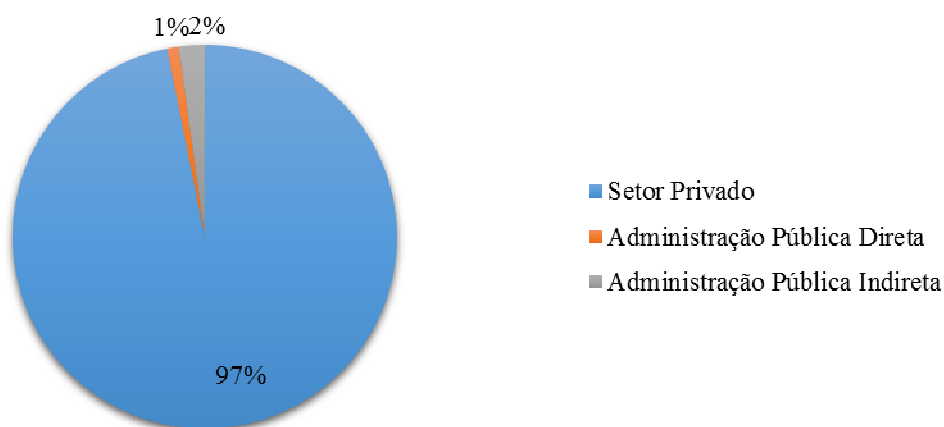


Gráfico 2
Proporção de Arbitragens por Partes (1989-2016)



Os dados neles referidos foram disponibilizados por quatro das maiores câmaras de arbitragem do Brasil: a Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (FGV CÂMARA), a Câmara de Arbitragem Empresarial – BRASIL (CAMARB) e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

Como se extrai do gráfico 1, de um contingente de mil e oitenta e duas arbitragens administradas pelas referidas instituições arbitrais, desde o ano de 1989, apenas trinta e seis foram instituídas para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública (Direta e Indireta). Destas, onze tinham a Administração Direta como parte e vinte e cinco envolveram a Administração Indireta.

O gráfico 2 confirma que o número total de arbitragens envolvendo a Administração Pública é irrisório, sobretudo se comparado com o percentual de procedimentos arbitrais voltados para a solução de conflitos estritamente privados. As arbitragens envolvendo a Fazenda Pública correspondem a, tão somente, três por cento da totalidade de juízos arbitrais instaurados perante as referidas câmaras especializadas.

A análise dos dados disponibilizados pela CAMARB demonstra, ainda, que não há, no curto prazo, qualquer evidência de que a aprovação de um marco regulatório sobre o tema possa resultar na efetiva ampliação do emprego da arbitragem para equacionar litígios com o Poder Público. O gráfico 3, em princípio, poderia sugerir o contrário: que teria havido, no Estado de Minas Gerais, um aumento no número de arbitragens com o setor público, como resultado da aprovação da Lei nº 19.477/2011 (a Lei Mineira de Arbitragem). Ocorre que, como se vê no gráfico 4, conquanto as referidas arbitragens tenham sido instituídas, em

especial, nos anos de 2014 e 2015, elas têm por objeto controvérsias surgidas no bojo de contratos (e respectivas cláusulas compromissórias) celebrados antes da edição da Lei Mineira de Arbitragem, que data de 2011.

Gráfico 3
Total de Arbitragens - CAMARB

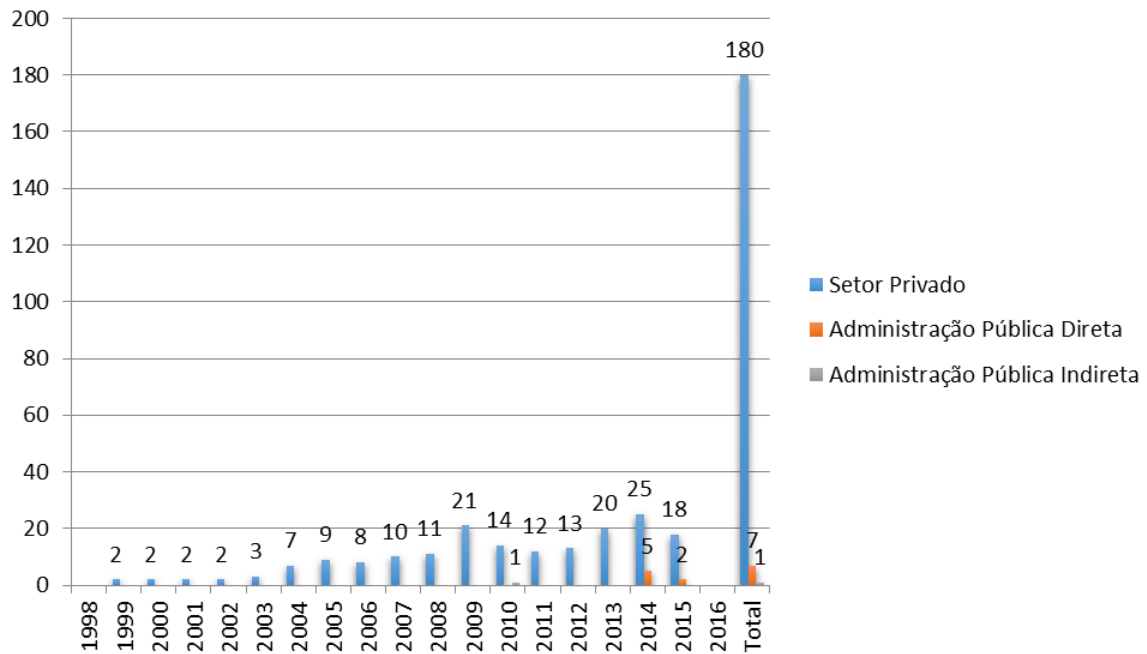
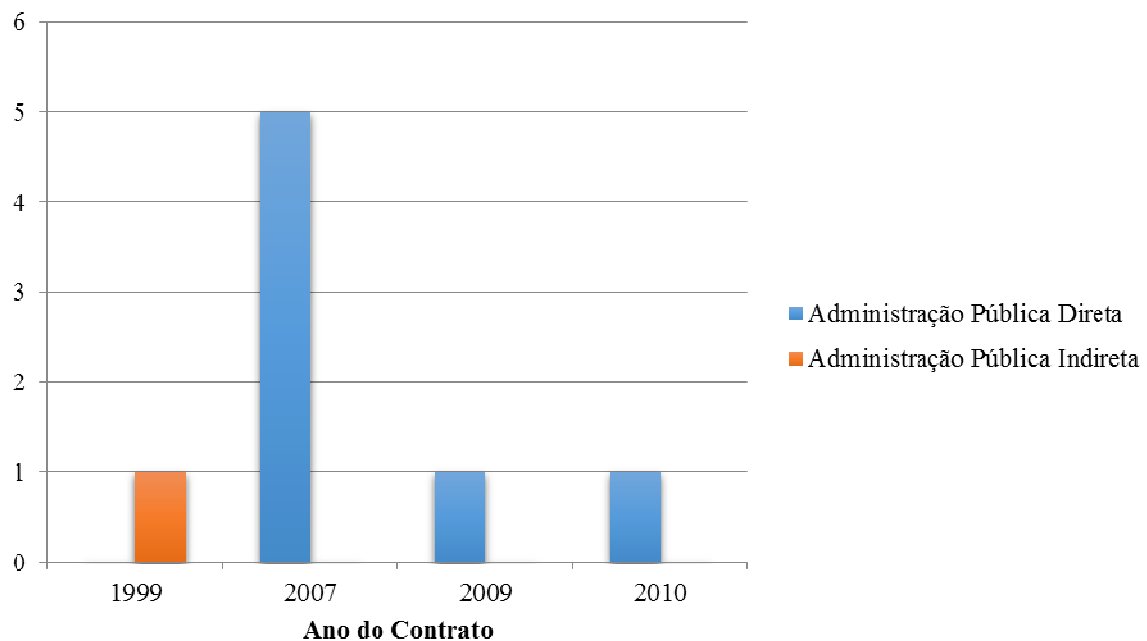
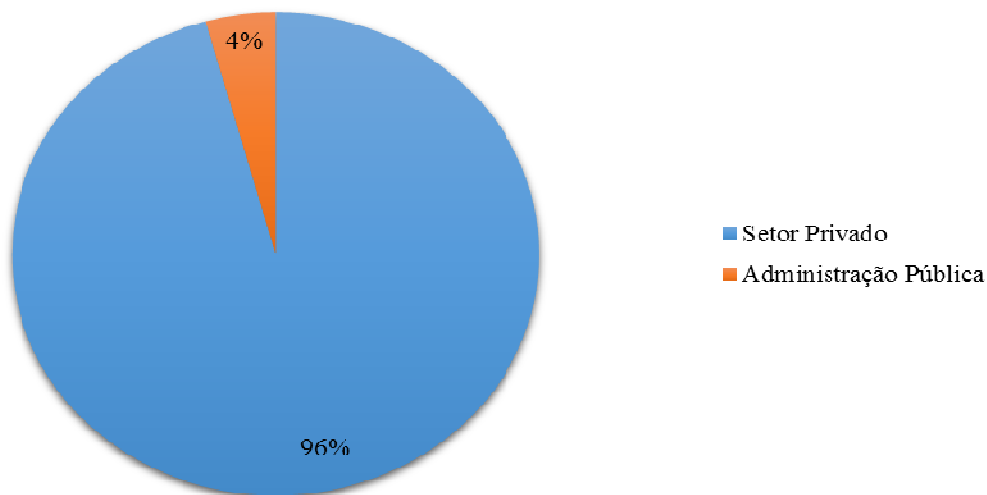


Gráfico 4
Ano dos contratos que originaram as Arbitragens - CAMARB



Perceba-se, ademais, que, mesmo no âmbito do Estado de Minas Gerais, o percentual de arbitragens envolvendo a Administração Pública não discrepa de forma significativa da média nacional, correspondendo a apenas quatro por cento do contingente total de procedimentos instaurados na câmara local, a CAMARB.

Gráfico 5
Proporção de Arbitragens - CAMARB



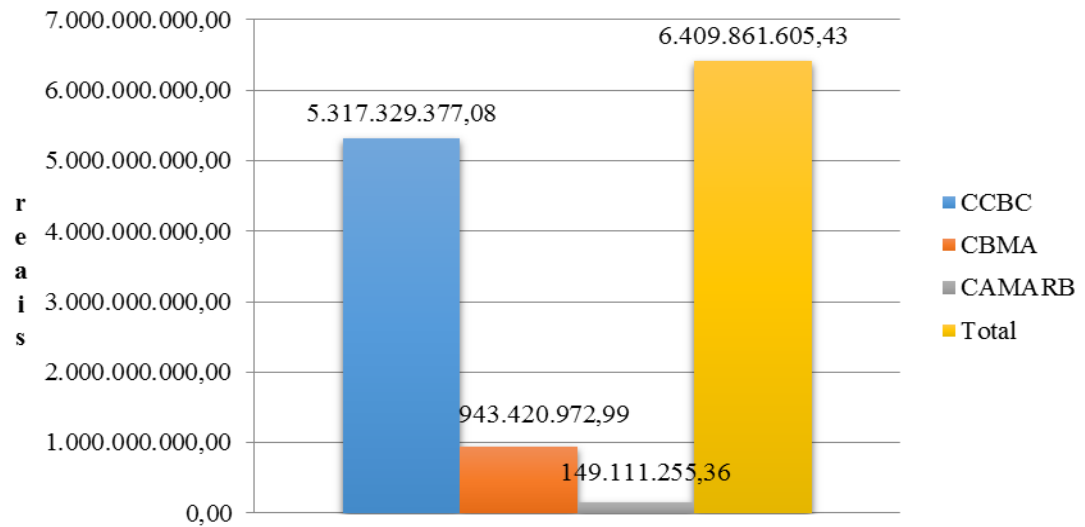
Vale lembrar, por relevante, que o art. 4º da Lei nº 19.477/2011 exige que o juízo arbitral seja administrado, necessariamente, por instituição especializada, com sede, preferencialmente, no próprio Estado de Minas Gerais. Assim, é juridicamente impossível que eventuais arbitragens que tenham a Administração Estadual como parte sigam a modalidade *ad hoc*, assim como é bastante improvável que o procedimento arbitral seja gerenciado por outra entidade especializada, distinta da CAMARB, a mais importante e renomada câmara arbitral sediada no Estado de Minas Gerais. Consequentemente, os dados disponibilizados pela CAMARB tendem a refletir, fielmente, a realidade da arbitragem nos conflitos envolvendo os entes estatais mineiros.

Ou seja: não há indicativo, ao menos até o presente momento, de que a edição da Lei Mineira de Arbitragem, datada de 2011, tenha provocado qualquer impacto positivo no número de arbitragens envolvendo o ente público estadual, em Minas Gerais.

Não obstante isso, é incontestável o enorme potencial que existe para a utilização da via arbitral nos conflitos de natureza patrimonial que digam respeito aos entes administrativos em geral, quer em função da complexidade técnica das questões litigiosas, quer, em especial, em função dos altíssimos valores envolvidos nos contratos com a Administração Pública,

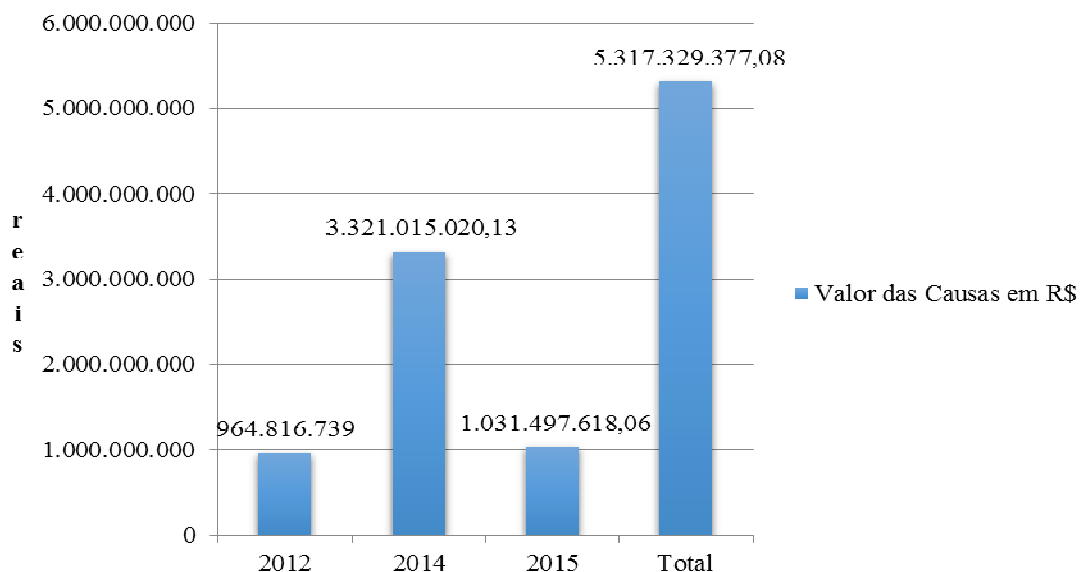
nomeadamente no setor de infraestrutura (concessões e PPPs). O gráfico 6 ilustra bem essa realidade:

Gráfico 6
Valor das Causas Envolvendo a Administração Pública (1989-2016)



Quer dizer: em que pese o número ínfimo de arbitragens que tem o setor público como parte, as cifras em litígio são sempre substanciais. Só a CAM-CCBC já teve a oportunidade de gerenciar procedimentos arbitrais cujo somatório dos valores envolvidos alcança o montante de R\$ 5.317.329.377,08 (cinco bilhões, trezentos e dezessete milhões, trezentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e sete reais e oito centavos). *Vide o gráfico 7:*

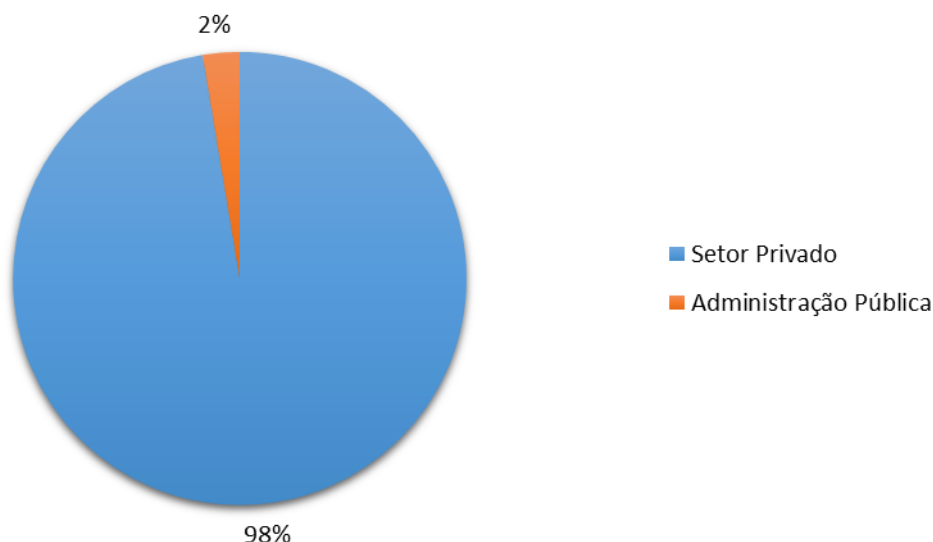
Gráfico 7
Valor das Causas Envolvendo a Administração Pública - CCBC



Para se ter uma dimensão da relevância dos valores envolvidos, basta atentar para o fato de que, segundo informações prestadas diretamente pela CAM-CCBC, o numerário total em disputa nas arbitragens instauradas desde 2009, na referida instituição arbitral, corresponde a aproximadamente doze bilhões de reais. Ou seja, o valor litigioso nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública representa quase 50% (cinquenta por cento) do total em disputa na sobredita câmara especializada, desde 2009.

E isso – atente-se – muito embora o percentual de arbitragens envolvendo a Administração Pública corresponda a pouco mais de dois por cento do contingente total de procedimentos por ela administrados. *Vide* gráfico 8:

Gráfico 8
Proporção de Arbitragens - CCBC



A aprovação da Lei nº 13.129/2015 representa, sem sombra de dúvida, passo fundamental para que se possa avançar no uso da arbitragem como método adequado para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Da mesma forma, a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a Lei de Mediação, tem papel essencial para fomentar a utilização da mediação e das demais vias alternativas de resolução de disputas que tenham o setor público como parte.

Existem, no entanto, inúmeros desafios a serem enfrentados. E a regulamentação do uso da arbitragem, por decreto administrativo, com a definição de regras claras sobre o assunto e o oferecimento de incentivos para a sua adoção, parece indispensável para superá-los.

Em percuente exame da matéria, sob a ótica da realidade institucional e cultural norte-americana, Chris Carlson e Heather Anderson apontam seis obstáculos frequentes para a

adoção de programas de fomento ao uso das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) no setor público estadunidense³²:

- (i) insegurança jurídica;
- (ii) ausência de incentivos;
- (iii) ausência de liderança e de apoio para a implementação da mudança;
- (iv) falta de recursos financeiros;
- (v) falta de treinamento; e
- (vi) resistência nas organizações públicas a mudanças.

Em um esforço de sistematização, os entraves à implantação das vias alternativas de resolução de conflitos, em sede administrativa, podem ser reagrupados em três grandes temas:

- (i) insegurança jurídica, fruto da ausência de um marco regulatório claro e da ausência de parâmetros normativos mínimos para a atuação dos agentes públicos;
- (ii) inexistência (ou deficiência) de políticas públicas e de programas de governo voltados para fomentar, de forma eficaz, o uso das ADRs para a resolução de conflitos com a Administração Pública; e
- (iii) resistência, no âmbito dos entes administrativos, às mudanças culturais e de hábitos na condução de suas relações com a esfera privada.

Mapeadas as referidas dificuldades, esclarecem Carlson e Anderson que:

Lideranças no campo das ADRs começaram a dar alguns passos para superar essas barreiras. Eles identificaram e trabalharam com campeões em vários níveis – lideranças públicas que poderiam influenciar outras pessoas e exercer pressão nas instituições existentes a adotar novas práticas. Eles trabalharam pela aprovação de atos legislativos e executivos, exigindo a implementação de programas de ADRs e disponibilizando pessoas e fundos. Eles envidaram esforços para criar incentivos (e remover desincentivos) para o uso de ADRs.³³

³² CARLSON, Chris & ANDERSON, Heather. *Dispute resolution in the public sector: what makes programs survive, thrive, or die?* In: 20 N° 3 Dispute Resolution Magazine 11, 2014.

³³ *Idem* (tradução livre).

Enfatizam, nada obstante, que o “*obstáculo mais persistente era a resistência das organizações a mudanças*”³⁴. E concluem:

Nós subestimamos a resistência das organizações a mudanças. Para introduzir com sucesso novos programas em cortes e agências administrativas é necessária uma compreensão destas instituições, porque, como o sociólogo John W. Meyer já escreveu: “suas culturas, costumes e hábitos são tais que os indivíduos e organizações, ao enfrentar novos problemas, usam as velhas soluções que estão acostumados, tenham ou não estas soluções algum dia funcionado ou houvesse a razoável expectativa de que funcionassem”. A instituição bem-sucedida de uma nova prática ou programa deve exigir maior atenção a como integrar novas abordagens associadas às práticas tradicionais – ou mesmo como modificar tais práticas tradicionais. Isso é uma ordem que tem que vir de cima, particularmente quando tais práticas se encontram solidamente institucionalizadas, como no caso da burocracia governamental.³⁵

Em qualquer organização (pública ou privada), a mudança de hábitos e de práticas sedimentadas, em geral, encontra sempre resistências. Não à toa, a resistência à mudança é temática central no campo dos estudos organizacionais, precisamente por corresponder a um comportamento frequente, no seio de organizações já consolidadas, voltado para a preservação do *status quo*, sempre que surgem pressões, internas ou externas, para alterá-lo. Embora indivíduos e organizações se defrontem, cada vez mais, com um ambiente em constante mutação, a exigir respostas rápidas e atitudes e comportamentos flexíveis, acredita-se que a resistência à mudança seja uma tendência natural dos seres humanos. No entanto, ainda que possa ocorrer com certa frequência, a resistência à mudança não é vista como uma reação inevitável e de ocorrência certa.³⁶

As razões para a resistência à mudança nas organizações públicas e privadas podem ser inúmeras, embora a literatura especializada aponte principalmente como causas: hábito e inércia; temor associado ao desconhecimento; ausência das competências ou dos recursos necessários para lidar com a mudança; temor de perda de poder por parte de grupos específicos dentro da organização; valores, crenças e normas vigentes contrários à mudança; e

³⁴ *Idem* (tradução livre).

³⁵ *Idem* (tradução livre).

³⁶ A respeito do tema, vide: HERNANDES, José Mauro da Costa & CALDAS, Miguel Pinto. *Resistência à mudança: uma revisão crítica*. In: Revista de Administração de Empresas, v. 41, n. 2, 2001, p. 31/45; PIDERIT, Sandy Kristin. *Rethinking resistance and recognizing ambivalence: a multidimensional view of attitudes toward an organizational change*. In: Academy of Management Review, v. 25, n. 4, 2000, p. 783/794.

difficuldade de perceber alternativas.³⁷ Sandy Piderit, por sua vez, sugere que a resistência pode situar-se tanto no plano comportamental, como no emocional ou no de valores.³⁸

A resistência à adoção de inovações pode ser vista como um caso particular de resistência à mudança. Uma inovação tende a ser tanto mais facilmente adotada quanto mais se assemelhe às práticas anteriores que pretende substituir. Além disso, quando os potenciais adotantes daquela inovação têm consciência das vantagens que ela pode proporcionar, a implementação dela tende a ocorrer de forma mais célere. Todavia, tanto indivíduos quanto organizações diferem em sua propensão a inovar e isso, naturalmente, afeta, radicalmente, a velocidade em que se viabiliza a implementação da mudança almejada. Finalmente, as normas sociais e jurídicas vigentes podem ser mais ou menos favoráveis à implantação de determinadas categorias de inovação. Práticas adotadas por longos períodos de tempo, já incorporadas às normas sociais e jurídicas, são mais difíceis de serem alteradas.³⁹

Entre os motivos que dificultam, ou impedem, a adoção de novas práticas, há diferentes espécies de custos, como bem ensina John Gourville⁴⁰. São de particular relevância para o presente estudo o “custo de aprendizado”, relacionado ao tempo, investimentos e esforços necessários para que se possa mudar a cultura dominante em uma determinada instituição, e sobretudo o “viés de status quo”, ou seja, a tendência (presente, muitas vezes, no subconsciente das pessoas) a preferir o que já se faz em detrimento de alguma novidade, mesmo quando a nova prática traz nítidas vantagens em comparação com o modelo anterior.⁴¹

Isso – repita-se – vale tanto para a esfera privada como para a esfera pública. Não são poucos os estudos que constataram como é difícil a implementação de novas práticas na esfera da Administração Pública, tanto no Brasil como no exterior. Assim, por exemplo, em análise sobre a implementação de mudanças em hospitais públicos no Reino Unido, Aoife McDermott, Louise Fitzgerald e David Buchanan, muito embora tenham identificado diferentes respostas às novas práticas propostas, não divergem quanto a existência de complexos desafios para superar as resistências de funcionários e burocratas, refratários aos

³⁷ Veja-se, dentre outros: AGÓCS, Carol. *Institutionalized resistance to organizational change: denial, inaction and repression*. In: Journal of Business Ethics, v. 16, n. 9, 1997, p. 917/931.

³⁸ PIDERIT, Sandy Kristin, *op. cit.*

³⁹ ROGERS, Everett. *Diffusion of innovations*, 4ª ed., New York: Free Press, 1995.

⁴⁰ GOURVILLE, John. *Vendedor afoito, comprador Arisco: A psicologia da adoção de novos produtos*. In: Harvard Business Review (Brasil), junho 2006, p. 67/75.

⁴¹ *Idem.*

novos programas que lá se pretendiam implementar.⁴² Outro estudo, realizado no Brasil, com servidores públicos mineiros, a propósito da implementação pelo Governo do Estado de Minas Gerais, no mandato do Governador Aécio Neves, da avaliação de desempenho individual, no contexto do programa “Choque de Gestão”, constatou ser “*elevada a média dos servidores que tendem a resistir à mudança proposta*”⁴³.

A saudável perpetuação no tempo de organizações (públicas e privadas) guarda enorme dependência da sua própria capacidade de se reinventar e de absorver novas práticas e inovações. Isso depende de liderança, de uma boa estratégia de comunicação e, sobretudo, de planejamento e da adoção de medidas concretas, voltadas para fomentar a adoção das últimas (e boas) novidades e viabilizar as mudanças culturais necessárias, tudo levando em consideração as especificidades da instituição. A implementação no Brasil, contudo, do uso da arbitragem nos litígios que envolvam o Estado assume contornos ainda mais dramáticos, por exigir a quebra de paradigmas há muito enraizados na cultura do direito administrativo e da própria administração pública brasileira.

É verdadeiramente desafiador para a doutrina administrativista mais tradicional a incorporação ao direito público de novos institutos, mais consensuais e menos imperativos. É lembrar que, desde a lição secular de Temístocles Brandão Cavalcanti⁴⁴, sob a inspiração da “*l'École du Service Public*”, todo o arcabouço doutrinário que dá suporte ao direito administrativo se desenvolve e se constrói, em âmbito nacional, sob a premissa de que a Administração Pública estaria submetida a um regime de prerrogativas e privilégios derogatório do direito comum (isto é: o regime jurídico de direito público).

O desenvolvimento teórico do direito administrativo francês (fruto da construção jurisprudencial levada a efeito pelo *Conseil D'État*⁴⁵, e doutrinária, com especial destaque à

⁴² Confira-se: MCDERMOTT, Aoife. M., FITZGERALD, Louise & BUCHANAN, David A. *Beyond acceptance and resistance: entrepreneurial change agency responses in policy implementation*. In: British Journal of Management, Supplement, v. 24, 2013, p. 93/115.

⁴³ MARQUES, Antônio Luiz, BORGES, Renata, MORAIS, Kelly & SILVA, Mariane Coimbra. *Relações entre resistência a mudança e comprometimento organizacional em servidores públicos de Minas Gerais*. In: Revista de Administração Contemporânea, v. 18, n. 2, 2014, p. 161/175. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552014000200004. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

⁴⁴ Dizia o jurista: "O essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir." CAVALCANTI, Temístocles Brandão *apud* MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Serviço público no Brasil: origens, evolução e caracterização atual do conceito*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 97, março 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56877>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

⁴⁵ Costuma-se indicar como marco inicial da noção de serviço público (e do próprio direito administrativo) o caso “Blanco”. Nele, havia sido formulado pedido de indenização em função de atropelamento da menina Agnés Blanco, por vagão da Cia. Nacional do Fumo, entidade estatal integrante da administração pública francesa. No curso do processo, foi suscitado conflito

l'École du Service Public, de Léon Duguit e Gaston Jéze, e ao contraponto de Maurice Hauriou)⁴⁶ tem como elemento comum o reconhecimento do direito público como categoria jurídica autônoma e evoluiu, nitidamente, no sentido de que a atuação estatal deve dar-se com base em regras e princípios próprios (prerrogativas e privilégios estatais). Deles se serve o Estado para atender ao interesse público, incidindo em benefício do Poder Público um direito especial, consubstanciado nas normas privilegiadas de direito público.⁴⁷ É da doutrina francesa que se abebera o direito administrativo brasileiro, para depois se enraizar e se irradiar pela Administração Pública.

Some-se a isso o ranço autoritário entranhado no aparato estatal, muitas vezes de forma camuflada, fruto da própria formação histórica do Estado brasileiro. “*O protagonismo histórico do Poder Público nos arranjos sociais, o patrimonialismo e a tradição de pensamento nacionalista autoritário brasileiro*”, na atenta percepção de Demian Guedes, “*marcam a evolução de nossas instituições, desde sua formação colonial até a redemocratização da década de 1980*”⁴⁸. E influenciam, profundamente, a forma de atuar e o pensamento dominante no âmbito da Administração Pública⁴⁹.

Evidentemente, tudo isso desperta, no seio da burocracia estatal, enorme resistência à adoção de práticas mais igualitárias e menos impositivas, em que a superação do viés autoritário, no agir do Poder Público, assume papel fundamental. Na feliz síntese de Vanice Regina Lório do Valle:

Num e n’outro aspecto, o avanço é lento, sempre constricto por uma visão mais tradicionalista daquilo que se possa reputar uma conduta da Administração

de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. E o Tribunal de Conflitos firmou entendimento pela competência da jurisdição administrativa, tendo em vista que a matéria em discussão envolvia a análise de responsabilidade decorrente da prestação de um serviço público. Sobre o tema, confira-se, dentre outros: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 27/28.

⁴⁶ Embora se verifiquem consideráveis diferenças entre as teses esposadas por Duguit, Jéze e Hauriou, não há dúvidas de que tiveram, cada uma ao seu modo, impactante influência na ruptura com as teorias do direito até então desenvolvidas, levando a noção de serviço público para o centro do direito administrativo (CRETILLA JUNIOR, José. *Conceito moderno do serviço público*. Revista da Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p. 202/203. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66490/69100>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015). Em especial, ofereceram o substrato teórico necessário para justificar a concessão de prerrogativas especiais para a Administração Pública, a fim de que possa fazer uso do instrumental necessário para fazer frente à sua missão de atender às necessidades da coletividade.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 78.

⁴⁸ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e processo administrativo no Brasil: tradição, transição e poderes consolidados*. 2015. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 145.

⁴⁹ *Idem* (vide a obra como um todo).

Pública compatível com aquelas categorias originárias do direito administrativo francês — fonte de boa parte de nossa arquitetura doutrinária no campo. Assim, em que pese vozes precursoras no imperativo de reavaliação do direito administrativo no Brasil, ainda hoje há temáticas que despertam resistência, notadamente aquelas que envolvem a incorporação do vezo da consensualidade no agir de um Estado-Administração que sempre se pautou, ao contrário, pela atuação fundada na imperatividade.

Se a ideia de uma Administração que possa construir relações fundadas no consenso já se tem presente em institutos como o das relações de parcerias das mais variadas ordens; isso não significa dizer ainda que se tenha compreendido as novas fronteiras de atuação de um Estado em que o recurso à incitação, à prestação de informações para orientar a conduta — um Estado propulsivo, portanto — se possa apresentar tão meritória como os velhos padrões da ordem, da imposição e da limitação à liberdade.

Um dos símbolos dessa hesitação entre as novas perspectivas do Estado neo-moderno, e um direito administrativo que se revele apto a municiá-lo para o cumprimento de seus misteres, é o tema da transigibilidade que envolva a Administração. Uma aproximação dessa matéria a partir da atualização dos parâmetros de construção do agir administrativo é de ter início a partir da constatação de que há mais no horizonte de validade do agir administrativo, que o velho dualismo válido x inválido.⁵⁰

O emprego de métodos alternativos para a resolução de disputas entre particulares e a Administração Pública torna mais equilibrada a relação entre as partes. Rompe com o dogma da verticalização das relações administrativo-contratuais, colocando as partes em pé de igualdade em matéria de solução de conflitos.⁵¹ E afasta, ainda, a incidência de privilégios processuais próprios da atuação da Fazenda Pública em juízo.

É natural, por isso mesmo, que os burocratas de plantão sejam refratários à sua implementação. Tem receio das consequências que podem advir da implantação de uma nova cultura de resolução de conflitos no seio do Poder Público. A revelia inoperante, prevista no art. 320, II, do CPC⁵², assim como o duplo obrigatório de jurisdição (ou reexame necessário), consagrado no art. 475, I, do diploma processual de 1973⁵³, sempre protegeram os interesses da Administração, em juízo, contra as suas próprias ineficiências e idiossincrasias. A

⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011, p. 9/18.

⁵¹ Assim, dentre outros: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 52, jun. 2005.

⁵² “Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...) II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

⁵³ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

existência de prazos mais dilatados para a defesa da Fazenda Pública é apenas outra faceta desta mesma realidade. É o reconhecimento legislativo de que as ineficiências estatais (que muitas vezes dificultam a obtenção de informações e documentos no âmbito da burocracia estatal) exigem a adoção de medidas paliativas, como é o caso do prazo em quádruplo para contestar previsto no art. 188 do CPC/1973⁵⁴, de modo a permitir que o direito de defesa e o contraditório sejam exercidos pelo Estado em sua plenitude, com a obtenção de todas as informações necessárias e disponíveis.

Disso se vê, claramente, que a mera autorização legislativa, conforme prevista na Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, é insuficiente para viabilizar a expansão do uso das ADRs, sobremodo do instituto da arbitragem, nos conflitos envolvendo o setor público. O efeito da aprovação da Lei nº 13.129/2015 na ampliação da utilização da arbitragem na esfera da Administração Pública tende a ser ínfimo, se não vier acompanhado da adoção de medidas concretas de fomento a uma nova cultura de uso dos métodos alternativos de resolução de disputas pelo Poder Público. E tais medidas devem, necessária e inexoravelmente, levar em consideração as práticas arraigadas na burocracia estatal, para que se possa almejar algum grau de sucesso na sua implementação.

Não basta – repita-se – mera autorização legislativa. É indispensável mais regulação, evidentemente equilibrada e de boa qualidade, que não desconsidere as especificidades e práticas da Administração Pública no Brasil, para viabilizar, gradualmente, a implementação de uma nova cultura de resolução de conflitos em sede administrativa. É nesse sentido que a regulamentação do art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, pelo Poder Executivo, assume especial relevância. Não se pode desconsiderar que no cotidiano da burocracia estatal, na correta percepção de Demian Guedes, “*muitas vezes uma instrução normativa vale mais que a Constituição*”⁵⁵. Evidentemente, nenhuma estratégia voltada para a ampliação do emprego da arbitragem no setor público terá sucesso, se não levar a referida realidade em consideração. Além disso, a regulamentação a ser proposta deve também levar em consideração o atual estado da arte do direito arbitral, no Brasil, e a dogmática aplicável no campo das relações com o setor público. É fundamental, nesse sentido, compreender o alcance e a extensão do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 13.129/2015, bem como proceder a uma análise

⁵⁴ “Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

⁵⁵ GUEDES, Demian, *op. cit.*, p. 28.

criteriosa dos casos em que já tenha sido eleita a via arbitral para dirimir conflitos com entes estatais, como servem de exemplo o setor portuário e o setor de óleo e gás.

4. A reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015).

4.1. Arbitrabilidade⁵⁶ nos conflitos com a Administração Pública.

Nem todas as controvérsias podem ser resolvidas por via da arbitragem. A ordem jurídica estabelece limites subjetivos e objetivos ao uso da arbitragem. O Estado conserva, como bem ensinam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio “*o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável*”⁵⁷. A arbitrabilidade é, portanto, um requisito de validade da convenção de arbitragem.

A arbitrabilidade subjetiva delimita quais são as pessoas que podem valer-se do juízo arbitral para a resolução de conflitos; já a arbitrabilidade objetiva delimita as matérias que podem ser equacionadas pela via do procedimento arbitral.⁵⁸

4.1.1. Arbitrabilidade subjetiva.

Nem todas as pessoas podem submeter-se a uma arbitragem. Só as capazes, nos termos da lei civil. A Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), em sua redação original, já

⁵⁶ A propósito do conceito de arbitrabilidade (objetiva e subjetiva), confira-se: GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 106/109; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*, 2ª ed. (rev. e amp.), Curitiba: CRV, 2014, p. 31/42; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitrabilidade*. In: *Manual de arbitragem para advogados*, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 48/63.

⁵⁷ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. *Arbitrabilidade*. In: *Direito internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵⁸ Vide PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *op. cit.*, p. 49: “A arbitrabilidade pode ser vista sob um ângulo subjetivo, ou seja, quem pode submeter-se à arbitragem, e objetivo, relativo às matérias ou tipos de controvérsias ou pretensões passíveis de solução arbitral. De certo modo, definir a arbitrabilidade corresponde a se examinar a possibilidade jurídica da arbitragem em uma certa situação”.

dispunha em seu art. 1º que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.⁵⁹

Muito se discutiu, nada obstante, a respeito da possibilidade de a Administração Pública submeter-se ao juízo arbitral. Ninguém recusava – é verdade - capacidade de contratar às pessoas jurídicas de direito público. Ainda assim, a ausência de expressa previsão legal inibiu, por muitos anos, a utilização da arbitragem como meio para a resolução de conflitos com a Administração Pública, sobretudo nos contratos celebrados com base na Lei nº 8.666/93.⁶⁰ Admitia-se a adoção da via arbitral, apenas, naqueles casos textualmente previstos em lei, sobretudo nos conflitos surgidos no âmbito de contratos de concessão. A questão foi definitivamente equacionada com a recente publicação da Lei nº 13.129/2015. Hoje, não há mais dúvidas a respeito da capacidade dos entes da Administração Pública de se valerem da via arbitral para a solução de conflitos. O § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, é categórico a respeito:

“§ 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Significa dizer que mesmo as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) podem firmar convenções de arbitragem e resolver os conflitos correlatos por meio do procedimento arbitral. Disso resulta a possibilidade de inserção de cláusula compromissória nos contratos celebrados com fulcro na Lei nº 8.666/93 (por exemplo: contratos de engenharia, de prestação de serviços, de fornecimento de mercadorias, de obras públicas etc). Abre-se um amplo leque de possibilidades para a utilização da arbitragem nos conflitos com a Administração Pública, permitindo-se a inserção da convenção arbitral não apenas nos contratos administrativos, mas também em convênios, contratos de gestão e termos de cessão e de permissão de uso, e assim por diante.

⁵⁹ Em sentido semelhante, o art. 851 do Código Civil admite o “compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

⁶⁰ Vide, a propósito da discussão, o tópico anterior deste trabalho, que tratou do tema em profundidade. Confira-se, ainda: BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*. In: *Temas de direito constitucional – tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 593/636, em especial fls. 610/627.

4.1.2. Arbitrabilidade objetiva.

Muito mais complexo, no entanto, é o debate a respeito dos conflitos que podem ser objeto de arbitragem nas relações com a Administração Pública. A lei enuncia que a arbitragem poderá ser utilizada “*para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. A dificuldade reside, precisamente, em delimitar, dentre o plexo de direitos de titularidade do Poder Público, aqueles que se enquadram na categoria de direitos patrimoniais disponíveis.

Isso porque, na tradição jurídica brasileira, o interesse público sempre foi enxergado como de natureza indisponível. É o que se convencionou chamar por princípio da indisponibilidade do interesse público. A premissa, aqui, é a de que os bens e interesses da Administração pertencem à coletividade e não aos agentes públicos. Cabe aos servidores públicos, por isso mesmo, gerir e conservar tais bens e direitos, não podendo, evidentemente, deles livremente dispor.⁶¹ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.⁶²

Enraizado na doutrina nacional, como um dos pilares do direito administrativo, a indisponibilidade do interesse público era, possivelmente, o principal obstáculo à adoção da arbitragem no seio da Administração Pública. No subconsciente dos publicistas de plantão, somente o Poder Judiciário poderia dirimir os conflitos de interesse que envolvessem a Fazenda Pública. Entregar a prestação jurisdicional, por via contratual (cláusula compromissória), a árbitros privados seria o mesmo que dispor da coisa pública. E isso seria

⁶¹ A propósito do princípio da indisponibilidade do interesse público, veja-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 34.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 13ª ed. (rev., at. e amp.), São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34. Em sentido idêntico: MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 108: “Dele [do princípio da supremacia do interesse público] decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia”. *Vide*, também: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 70.

incompatível com toda a teoria do direito administrativo desenvolvida no Brasil nos últimos dois séculos. É a tese defendida pelo ilustre catedrático da PUC-SP:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “extra commercium”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.⁶³

A referida orientação, todavia, encontra-se atualmente superada, sendo minoritária na doutrina nacional. Não há, como preleciona o Professor e Ministro Eros Roberto Grau, “*correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público*”⁶⁴. Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes.⁶⁵ É igualmente o que se dá quando o Poder Público promove o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, ou quando realiza uma desapropriação amigável, pela via administrativa.

A satisfação do interesse público, em tais hipóteses, é resultado de um ajuste, de caráter patrimonial, entre a Administração Pública e o particular. O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, Migalhas, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>. Acesso em 26 de julho de 2015.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2000, p. 20; Vide, ainda: BINENBOJM, Gustavo. *Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras*. In: *Estudos de direito público: artigos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 195/197.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 653: “A indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal não significa a indisponibilidade dos direitos de que a Administração Pública é titular. Aliás, se prevalecer o entendimento contrário à arbitragem, a Administração Pública nem sequer poderia participar de contratos administrativos. Nem se lhe poderia reconhecer autonomia para produzir qualquer manifestação de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros”.

coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade, a prática de atos de disposição patrimonial. A doutrina do Ministro Eros Grau é esclarecedora:

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daqueles.⁶⁶

Contrariedade ao interesse público haveria – aí sim - se o Poder Público se apossasse da propriedade privada, ou de um serviço prestado, sem pagar o justo valor de mercado. O interesse público primário, de índole constitucional, consistente na proteção da propriedade privada estaria sendo negligenciado, em desrespeito aos arts. 5º, XXII, e 170, II, da Constituição da República.

A aquisição de um terreno, a construção de um prédio ou ainda a contratação de pessoal terceirizado não correspondem ao objetivo existencial do Estado. Representam o instrumental necessário para que o interesse finalístico estatal, de caráter primário, seja atendido. O interesse envolvido na contratação é secundário e, por consequência, disponível, podendo ser objeto de arbitragem, em caso de conflito entre os contratantes (particular e Administração Pública). Indisponível é, apenas, o interesse público primário, de que são

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 20.

exemplos a saúde pública⁶⁷, a mobilidade urbana⁶⁸, a livre iniciativa e a livre concorrência⁶⁹, o patrimônio cultural⁷⁰, dentre outros. Conforme elucida Selma Lemes:

Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.⁷¹

Por isso é que eventual conflito na definição de políticas públicas, quer na área de saúde, quer em tema de mobilidade urbana ou patrimônio cultural, refoge à competência do juízo arbitral, ainda que surja no seio de um contrato de concessão ou de um contrato de gestão. Envolve direito (leia-se: poder/dever) indisponível e, portanto, é tema que está interditado à via da arbitragem.⁷² No mais, na atenta percepção do Professor Gustavo Binjenbojm, “*salvo nos casos de interdição expressa e específica à disponibilidade de bens ou direitos, como no caso de bens de uso comum do povo e de uso especial (Código Civil, art. 100), as causas envolvendo outros direitos patrimoniais serão arbitráveis*”⁷³.

⁶⁷ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

⁶⁸ “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

⁶⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência”.

⁷⁰ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...)”.

⁷¹ LEMES, Selma Ferreira, *op. cit.*, p. 131.

⁷² Confira-se, em sentido semelhante: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 89.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 196.

4.2. Arbitragem de direito.

A regra nas relações contratuais de natureza privada é a autonomia da vontade, estando os indivíduos livres para contratar o que melhor lhes aprouver. A liberdade contratual, naturalmente, não é absoluta. Os agentes privados são livres para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. É a inteligência do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁷⁴.

Como consequência disso, a Lei de Arbitragem enuncia, em seu art. 2º⁷⁵, que as partes, em ajustes privados, têm liberdade para escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, podendo optar, inclusive, pelo julgamento por equidade ou, ainda, no sentido de que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. A liberdade na escolha das regras aplicáveis encontra limites nos bons costumes e na ordem pública.⁷⁶

O princípio da legalidade, contudo, tem dupla acepção. Ao passo que, para o cidadão, na forma do art. 5º, inciso II, da Carta de 1988, representa uma redoma de proteção contra a intromissão indevida do Estado na sua esfera de liberdade, para a Administração Pública o princípio da legalidade significa que só podem os entes administrativos fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, conforme consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

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

⁷⁴ Vide, a respeito do princípio da legalidade: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 32ª ed. (rev. e atual.), São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 420/430.

⁷⁵ O art. 2º da Lei de Arbitragem, na sua redação original, antes da inclusão nele do § 3º, pela Lei nº 13.129/2015, possuía a seguinte redação: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

⁷⁶ Nesse sentido, ensina Joaquim de Paiva Muniz que “[o] artigo 2º da Lei de Arbitragem autoriza as partes a escolherem, livremente, as regras aplicáveis à solução do mérito do litígio. Essa autorização engloba não só a possibilidade de eleger a lei de países estrangeiros, como de escolher fontes que não sejam propriamente ordenamentos jurídicos, tais como princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais do comércio e até mesmo julgamento por equidade. Essa escolha não poderá, contudo, resultar em infração aos bons costumes ou à ordem pública” (MUNIZ, Joaquim de Paiva, *op. cit.*, p. 43).

particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.⁷⁷

Ou seja: o administrador público, seja ele agente político, seja ele servidor público, está condicionado, em seu atuar, às prescrições legais existentes. Pauta a sua atuação na lei. Faz (ou deveria fazer) aquilo que a lei determina ou autoriza. A lei, ao mesmo tempo que representa uma proteção para o cidadão contra abusos estatais, oferece segurança jurídica ao agente público quanto à licitude dos atos praticados, no exercício de suas funções. Se a Administração Pública está obrigada a atuar nos limites do direito posto, é natural que eventuais conflitos em que se envolva sejam dirimidos com base no direito aplicável. Seria um contrassenso exigir do Poder Público que atue em consonância com as normas jurídicas em vigor e, ao mesmo tempo, julgar os seus atos com base em regras de equidade. Lembre-se: o Poder Público, diferente dos particulares, não tem liberdade de escolha; não pode atuar por equidade (ainda que a sua atuação, finalisticamente, tenha por objetivo a satisfação de interesses públicos de cunho primário, como é o caso da realização da justiça). Logo, eventuais conflitos em que se envolva devem ser dirimidos com base nos princípios da legalidade e da juridicidade.⁷⁸ Foi feliz, portanto, o legislador ao estabelecer que as arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito (art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015).⁷⁹

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 89. Em sentido semelhante: SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 427/428. E ainda: BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 615/616 (“Para o Poder Público, todavia, o princípio da legalidade assume feição diversa. Ao contrário dos particulares, que se movem por vontade própria, aos agentes públicos somente é facultado agir por imposição ou autorização legal. Inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima. A simetria é patente. Os indivíduos e pessoas privadas podem fazer tudo o que a lei não veda; os Poderes Públicos somente podem praticar os atos determinados pela lei. Como decorrência, tudo aquilo que não resulta de prescrição legal é vedado ao administrador. Os dois sentidos do princípio são, na verdade, complementares, tendo-se em conta que todo ato do Poder Público importa em alguma medida restrição à esfera de liberdade dos indivíduos, o que, como já referido, exige fundamento legal”).

⁷⁸ Vide, em linha semelhante, SALLA, Ricardo Medina. *Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública*. In: HOLANDA, FLAVIA & (coord.). *A nova lei de arbitragem brasileira*, São Paulo: IOB SAGE, 2015, p. 29/30.

⁷⁹ Em sentido contrário, defendendo (antes da edição da Lei nº 13.129/2015) a adoção da arbitragem por equidade nos conflitos com a Administração Pública, baseada na experiência chilena, confira-se: LEMES, Selma Ferreira, *op. cit.*, p. 279/281.

4.3. O princípio da publicidade e seus reflexos no procedimento arbitral. Como fica a confidencialidade?

É corriqueira na doutrina a afirmação de que administração pública, em sentido objetivo, corresponde à atividade de gerir os interesses da coletividade.⁸⁰ Significa dizer que os agentes públicos, no exercício de suas funções, administram e zelam por interesses que não lhe pertencem (de titularidade da sociedade) e, como tal, não apenas devem prestar contas de seus atos, como estão, ainda, sujeitos ao controle social.

Reconhecendo isso, o constituinte de 1988 consagrou, dentre os princípios reitores da atividade administrativa do Estado, o princípio da publicidade (*vide* art. 37, *caput*, da Constituição). A publicidade dos atos administrativos, com a consequente transparência que dela vem a reboque, como bem anota Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “*guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB), possibilitando o exercício do [controle] social sobre os atos públicos*”⁸¹. A atuação sigilosa do Estado, desprovida de transparência, é típica dos regimes autoritários; não encontra respaldo no ambiente democrático.

Eis a razão de o legislador ordinário, ao promover a reforma da Lei de Arbitragem, ter associado a instauração de arbitragem nas relações com a Administração Pública ao princípio da publicidade: a necessidade de controle social e de fiscalização dos atos administrativos. Sempre que surgir uma eventual controvérsia envolvendo a Fazenda Pública haverá o interesse da coletividade na solução que a ela for dada. Daí a necessidade de se respeitar o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Fazenda Pública, nos precisos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96⁸², com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 11 e 34. Ensina Hely Lopes Meirelles, com a clareza que lhe é peculiar, que “administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum” (MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 85).

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p. 29.

⁸² “Art. 2º (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

A consequência lógica disso é que, diferentemente do que ocorre nas arbitragens privadas, não será possível a contratação da rotineira confidencialidade nas arbitragens que envolvam a Administração Pública.⁸³

Cabe perquirir, neste ponto, a quem compete o dever de publicidade: se é um dever exclusivamente estatal ou se recai também sobre os árbitros e eventual entidade especializada indicada para gerir o procedimento arbitral. Induvidosamente, o princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Carta de 1988 dirige-se, única e exclusivamente, à Administração Pública, a quem cabe por ele zelar, assegurando aos cidadãos amplo acesso às informações e documentos que versem sobre o exercício da atividade administrativa do Estado.

A prática das entidades especializadas – não é de hoje – tem sido a de entender que o dever de publicidade recai, tão somente, sobre o Poder Público. A câmara arbitral seria uma mera prestadora de serviços e, por consequência, na qualidade de contratada, nenhuma obrigação teria de dar publicidade aos seus atos e, muito menos, ao procedimento arbitral que por ela é administrado. É assim – perceba-se – com todo e qualquer prestador de serviços ou fornecedor de produto que possua vínculo contratual com o Estado. Competiria, portanto, à própria Administração Pública a tomada de providências para dar transparência à arbitragem, publicando no Diário Oficial os principais atos praticados no curso do procedimento arbitral, como o teor da sentença final, sem prejuízo de assegurar a eventuais interessados a obtenção de cópia das peças e documentos que instruem os autos arbitrais. Prosseguindo no argumento, o art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, nela incluído pela Lei nº 13.129/2015, teria o efeito apenas de reforçar o dever estatal de respeitar a publicidade, já estampado no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Trata-se de uma prática anterior à edição da Lei nº 13.129/2015. Tenho, contudo, que a reforma da Lei de Arbitragem promoveu alteração significativa nesse cenário. Fosse tão somente para exigir que a Administração Pública respeite o princípio da publicidade, nenhuma necessidade haveria de inclusão, no art. 2º da Lei nº 9.307/1996, de um § 3º, voltado para enunciar isso. É de se intuir, portanto, que a intenção do legislador foi a de criar um regime jurídico especial para a publicidade no campo das arbitragens com o Estado. Até porque, na clássica doutrina de Carlos Maximiliano, “[a]s expressões de Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos,

⁸³ FITCHNER, José Antonio. *A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003*. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira & SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

inúteis”⁸⁴. *Verba cum effectu, sunt accipienda*, isto é, “*não se presumem, na lei, palavras inúteis*”⁸⁵, já diz o antigo brocardo. Cabe extrair, por consequência, algum efeito da regra contida no art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem.

A exegese literal é sempre, como cediço, o ponto de partida para a compreensão e definição do alcance do texto legal, não podendo ser descartada⁸⁶. E a leitura atenta do mencionado § 3º é reveladora. Diz lá que “*a arbitragem*” que tenha a Administração Pública como parte “*respeitará o princípio da publicidade*”. A regra legal – observe-se – refere-se à tramitação do procedimento arbitral e não à atuação do Poder Público. Assim, o processamento da arbitragem, em si, deverá ser conduzido de forma pública, sem que recaia sobre ele eventual sigilo ou confidencialidade. Em outras palavras, independentemente do dever estatal de dar publicidade aos seus atos, imposição esta que recai sobre o Estado, por força do art. 37 da Constituição de 1988, a lei exige que o próprio procedimento arbitral seja público. É ao menos a exegese que se extrai, em caráter preliminar, da letra da lei.

A interpretação literal, contudo, é precária e insuficiente para fornecer o verdadeiro sentido da norma jurídica⁸⁷. Já dizia Carlos Maximiliano, a esse propósito, que “[*q*uem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático”⁸⁸. É ponto de partida; porém não necessariamente o ponto de chegada. Compete ao intérprete, por isso mesmo, validar a conclusão que deriva da interpretação literal por via dos demais métodos interpretativos.

E, nessa toada, tanto o critério histórico como o critério sistemático reforçam a conclusão que advém da exegese literal do art. 3º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Por intermédio da interpretação histórica, como sabido, busca o intérprete apurar a *mens legis*, vale dizer, a vontade do legislador. É mecanismo interpretativo de alcance limitado e que precisa estar alinhado com os demais critérios de hermenêutica colocados à disposição do jurista. “A

⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 250.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ Vide, por todos, SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 9. A propósito do tema, ensina o jurista: “A interpretação literal, gramatical ou filológica constitui sempre o ponto de partida do labor jurídico, quando se trata de lei escrita, ordinária ou constitucional”. Em sentido semelhante, ensina Luís Roberto Barroso que “a interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto de lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131).

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, 112.

interpretação histórica”, conforme esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso, “*consiste na busca do sentido da lei através de precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da occasio legis*”⁸⁹. Poucos foram os debates, no curso do processo legislativo que precedeu à aprovação da Lei nº 13.129/2015, que tenham tratado do princípio da publicidade e que foram devidamente documentados. Há notícia, contudo, de parecer emitido pela Comissão Especial instituída para analisar o Projeto de Lei nº 7.108/2014, que, ao opinar pela rejeição de emenda parlamentar de autoria do Deputado Laércio Oliveira, enfatizou que a definição dos limites da publicidade deverá ser feita pelos árbitros, no curso do procedimento arbitral. Confira-se o parecer da Comissão Especial, da relatoria do Deputado Edinho Silva, na parte que interessa:

Princípios também têm limites, e ao árbitro caberá decidir a amplitude da publicidade a ser dada ao processo. Em havendo trato de questão sensível ou da existência de fato que justifique o segredo de justiça, esse será concedido, até porque o princípio da publicidade sempre deve ser aplicado em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Cabe considerar ainda que o sigilo pode ser de interesse do ente público, e não somente do ente privado.⁹⁰

A contrário senso, caberá ao tribunal arbitral conduzir a arbitragem, como regra, com observância do princípio da publicidade, podendo, excepcionalmente, decretar o segredo do procedimento arbitral.

Reforça tudo isso a interpretação sistemática das normas que tratam do sistema arbitral brasileiro. A exegese lógico-sistemática parte da premissa que as normas jurídicas devem ser compreendidas de acordo com o seu papel no sistema em que estão inseridas. Não há como entendê-las de forma isolada e aleatória. Na dicção de Carlos Maximiliano:

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito de outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

(...)

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁰

Disponível

em:

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8113C76E85776A35B3652D0E3412E5DB.nod e1?codteor=1229142&filename=Avulso+-PL+7108/2014. Acesso em 31 de janeiro de 2016.

Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que a primeira vista pareça imperceptível.

(...)

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio.⁹¹

O art. 2º, § 3, da Lei de Arbitragem é parte de um todo orgânico e harmônico. Há de ser compreendido no contexto da Lei nº 9.307/1996; jamais de forma isolada. Pois a lei de regência, *in casu*, não é legislação voltada para disciplinar a atuação da Administração Pública. É ato normativo voltado para regular o procedimento arbitral. É nesse contexto que a regra do art. 2º, § 3º, deve ser entendida, como uma norma dedicada a disciplinar a arbitragem, o procedimento arbitral, e não a atividade administrativa do Estado. Pública, aqui, é a arbitragem. E isso repercute, naturalmente, na atuação dos árbitros e das câmaras especializadas.

E faz todo sentido que assim o seja. A arbitragem, ainda que possua uma conotação contratual, é modalidade de resolução de conflitos de natureza jurisdicional⁹² (ou semi-jurisdicional), ainda que não seja conduzida pelo Poder Judiciário. O interesse público na resolução de conflitos, pela via arbitral, é amplamente reconhecido, por guardar relação com um dos objetivos finalísticos da atuação estatal, que é a pacificação social. Sucede que a atividade das câmaras arbitrais tem natureza *sui generis*, não podendo ser equiparada à mera prestação de serviços. E a relação que a instituição constitui com o Estado, quando da administração de um procedimento arbitral que tenha a Administração Pública como parte, em nada se assemelha a outras modalidades de prestação de serviços. Ao contrário, é algo bastante singular, justificando eventual tratamento diferenciado. Mais do que isso, a resolução

⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos, *op. cit.*, 130. Sobre o tema, vale conhecer, também, os ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso: “O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. P direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Sistema pressupõe ordem e unidade. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas” (BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 140).

⁹² Advogando pela natureza jurisdicional da arbitragem, veja-se, dentre outros: CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 123/129.

de disputas que envolvem a Administração Pública é de maciço interesse da coletividade, justificando que se dê publicidade diferenciada às arbitragens que tenham o Estado como parte.

Como consequência, sem prejuízo do dever primário de publicidade que recai sobre o Estado, na forma do *caput* do art. 37 da Lei Fundamental, incide sobre a arbitragem propriamente dita (e, portanto, sobre os atores responsáveis pela sua condução) um dever secundário de publicidade, fruto do preceito contido no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996.

Isso não quer dizer, no entanto, que as partes estejam obrigadas a publicizar seus segredos comerciais, desenhos industriais, patentes e outros documentos e informações sigilosas. A publicidade não é um princípio absoluto, podendo ser relativizada, quando em antinomia com outras normas constitucionais, de igual hierarquia. A decretação do sigilo (ou segredo de justiça arbitral) poderá justificar-se por três razões distintas:

- (i) por força da existência no processo de documentos, informações ou dados que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado;
- (ii) quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada, como, por exemplo, segredos comerciais, patentes, informações fiscais ou os respectivos livros comerciais; e
- (iii) por fim, quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, colocar em risco direitos de terceiros, de natureza sigilosa.

Não se aplica a ampla publicidade, ademais, às estatais exploradoras de atividade econômica, submetidas ao regime de concorrência, na forma do art. 173 da Constituição Federal. Incide, neste particular, a regra do art. 5º, § 1º, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012⁹³, que regulamentou, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

As informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, por sua vez, só poderão permanecer em segredo de justiça se classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, nos termos e na forma dos arts. 23 e 24 da Lei nº

⁹³ “Art. 5º (...) § 1º: “§ 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.”

12.527/2011. Não é papel do Tribunal Arbitral, evidentemente, classificar como sigilosos, ou não, os documentos trazidos pelo Poder Público ao procedimento arbitral. Não há, neste particular, qualquer margem de discricionariedade para o árbitro. Caso a informação tenha sido classificada como sigilosa pelo Estado, conforme o procedimento estatuído pela Lei de Acesso à Informação, deverá o Tribunal Arbitral decretar o segredo de justiça ou, ao menos, preservar o sigilo da informação. Do contrário, prevalecerá o princípio da publicidade.

Bem diversa é aquela situação em que o Tribunal Arbitral se depara com pedido da parte privada para que o procedimento arbitral corra em segredo de justiça, por conter informações sigilosas, de sua titularidade ou de terceiros, tais como segredos comerciais, desenhos industriais, prontuários médicos, documentos fiscais, contratos celebrados com terceiros, dotados de cláusula de confidencialidade, etc. Neste cenário, caberá ao árbitro, como juiz de fato e de direito da causa, zelar pelos direitos da parte privada, resguardando a confidencialidade da informação, inclusive mediante a decretação, se necessário, do segredo do procedimento arbitral. Conforme assinala José Antonio Fichtner:

A impossibilidade de contratar a confidencialidade, nas hipóteses ora consideradas, não quer dizer que diante de relevantes informações e documentos, não devam os árbitros, no caso concreto, classificar tais documentos como sigilosos.⁹⁴

O árbitro – repita-se – é o juiz de fato e de direito da causa, conforme estatui o art. 18 da Lei nº 9.307/96. Poderá, nesta condição, classificar documentos como sigilosos e, eventualmente, se for o caso, decretar o segredo de justiça para o procedimento arbitral, em situações excepcionais. Nada obstante, na linha preconizada por Marçal Justen Filho para os processos administrativos que tratam dos contratos celebrados pela Administração Pública, “*existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado, mas nos estritos limites da necessidade*”⁹⁵. Quer dizer: a restrição ao princípio da publicidade deve limitar-se ao estritamente necessário para a tutela do bem jurídico contraposto. Se a preservação do sigilo do documento, por si só, for suficiente para a proteção dos direitos em risco, o procedimento arbitral não poderá correr em segredo de justiça.

⁹⁴ *Idem*, p. 185.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *op. cit.*, p. 77.

Como é intuitivo, não pode o árbitro decretar o sigilo, ou o segredo de justiça, sem que tenha sido formulado pedido a esse respeito por qualquer das partes. O árbitro não age de ofício. A decretação do sigilo, além de ser matéria estranha ao mérito do procedimento arbitral, é exceção nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, somente podendo ser admitida se tiver sido formalmente requerida por qualquer das partes e, naturalmente, desde que presente justificativa legal (e constitucional) para tanto.

É perfeitamente possível, ademais, que a proteção do sigilo não possa aguardar a formação do Tribunal Arbitral, quer porque a informação tenha que constar, desde logo, do requerimento de instauração da arbitragem, quer porque o interesse envolvido seja de tamanha relevância que o requerente não possa assumir o risco de ter a informação indevidamente divulgada. Em tais circunstâncias, pode a parte interessada recorrer ao judiciário para resguardar seu direito, inclusive se servindo da medida cautelar de que trata o art. 22-A da Lei nº 9.307/96, nela acrescido pela Lei nº 13.129/2015. Pode, também, em se tratando de arbitragem institucional, postular a decretação do sigilo pela câmara gestora.

Aliás, é recomendável que o Poder Executivo e, igualmente, as câmaras institucionais regulamentem a publicidade nos respectivos procedimentos arbitrais, indicando, inclusive, as hipóteses e a forma pela qual o sigilo será decretado. Isso muito facilitará o trabalho dos árbitros e evitará que fiquem receosos de decretá-lo. É de suma importância, ainda, que existam regras disciplinando a forma de acesso ao procedimento e de divulgação dos atos processuais. É assim nos processos judiciais e, igualmente, nos processos administrativos. É pleno o acesso às informações, mas existe um rito para que os interessados obtenham as cópias necessárias. E apenas alguns atos processuais precisam ser publicados em diário oficial, sobretudo o termo de arbitragem (ou um extrato dele) e a sentença arbitral. A publicidade exigida nas arbitragens com a Administração Pública não pode implicar na ineficiência da via arbitral. A regulamentação a ser baixada, portanto, deve assegurar a todos o amplo acesso à informação, sem prejudicar a celeridade e eficiência do procedimento.

4.4. A necessidade de regulamentação (Arbitragem institucional ou arbitragem ad hoc. Licitação. Processo de escolha e indicação de árbitros).

Muito se debateu, no curso dos trabalhos legislativos, a respeito da necessidade de se emendar o Projeto de Lei nº 7.108/2014, para que a implementação da arbitragem nas relações com a Administração Pública ficasse condicionada à prévia regulamentação do tema no âmbito do Poder Executivo. A emenda apresentada (e aprovada) na Câmara dos Deputados,

de autoria do Deputado Miro Teixeira, tinha por objetivo dar ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 a seguinte redação:

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.

A proposta gerou certa inquietação na comunidade jurídica, preocupada, sobretudo, com a possibilidade de o Poder Executivo inviabilizar, por omissão, a implementação do juízo arbitral nos litígios envolvendo a Administração Pública. Caio Cesar Rocha, um dos integrantes da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a reforma da Lei de Arbitragem, assim se manifestou sobre o tema, na ocasião:

Percebe-se, de plano, dois retrocessos. Condiciona a arbitragem a um regulamento, a ser editado posteriormente pelo Executivo. Desnecessário discorrer sobre o risco que isso representa, tanto em relação ao tempo, quanto em relação ao conteúdo. O tal regulamento pode demorar demais, pondo em risco as arbitragens existentes e em curso atualmente, relacionadas à Administração, e o dito regulamento, ficando à discricção do executivo, pode conter aspectos ainda mais restritivos, podendo limitar o uso da arbitragem a certos valores ou determinadas modalidades de contratos.

O segundo retrocesso apresenta-se na imposição de que a cláusula compromissória seja necessariamente prevista no edital ou firmada no contrato. Isso impede, por consequência, que a Administração firme um compromisso arbitral, ou seja, não pode acordar submeter um litígio à jurisdição arbitral sem que haja previsão no edital ou no contrato. Isso contraria o que hoje é pacífico no STJ, conforme decidido no REsp 904.813 acima mencionado.

Além disso, a persistir a emenda, surgiria outra dúvida: o regulamento nela referida deve ser promulgado por qual ente federativo? Seria necessário um regulamento no âmbito federal e outros regulamentos nos âmbitos de cada estado? São questões que permanecerão sem resposta por muito tempo, trazendo incertezas para o uso da arbitragem pela Administração Pública.

É de se esperar, portanto, que referida emenda seja suprimida pelo Senado, que irá analisar novamente o PLS 406/2013. Só assim poderá ser honrada a tradição brasileira de prestigiar-se a arbitragem e assegurar o seu uso pela Administração Pública.⁹⁶

Em função da emenda, o projeto de lei teve que voltar ao Senado Federal (PLS nº 406/2013), onde fora inicialmente deflagrado o processo legislativo, para análise e eventual

⁹⁶ ROCHA, Caio Cesar. *Regulamento para arbitragem na administração é retrocesso*, Consultor Jurídico, 29 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-29/fora-tribunal-regulamento-arbitragem-administracao-retrocesso#author>. Acesso em 27 de julho de 2015.

aprovação. Prevaleceu lá, entretanto, a redação original proposta pela Comissão de Juristas, presidida Ministro Luis Felipe Salomão, que veio a ser convertida na Lei nº 13.129/2015, rejeitando-se a emenda aprovada na Câmara dos Deputados.

De fato, a previsão legal de regulamentação era desnecessária e, mais do que isso, poderia oferecer ao Poder Executivo os elementos necessários para descumprir a lei, por omissão. Foi previdente e providencial, por isso mesmo, a rejeição da emenda aprovada na Câmara dos Deputados. Muitos eram os riscos; poucos os benefícios.

Isso não significa, no entanto, que a regulamentação esteja descartada. Muito pelo contrário, a regulamentação do uso da arbitragem nas controvérsias envolvendo a Administração Pública é de todo conveniente, para orientar os agentes públicos na implementação da reforma promovida na Lei de Arbitragem.

É só imaginar os diversos questionamentos que vão surgir no âmbito da Administração Pública, por ocasião da implementação da lei. A título ilustrativo: o Poder Público poderá servir-se da arbitragem institucional ou terá que recorrer à arbitragem *ad hoc*? Como será feita a escolha da câmara arbitral? Quais serão os requisitos para que um órgão arbitral possa receber arbitragens envolvendo a Administração Pública? Haverá a necessidade de se realizar licitação? Quem fará a escolha do árbitro indicado pela Administração Pública? Qual será a qualificação exigida para que um profissional possa ser indicado como árbitro pela Administração Pública? Qual será a autoridade que poderá firmar a convenção arbitral? O ideal é que tais questões estejam disciplinadas em ato (decreto, regulamento ou resolução) do Poder Executivo.

Na dicção de Joaquim de Paiva Muniz, “*as arbitragens podem ser processadas perante uma entidade administradora pré-constituída (rectius, arbitragem institucional ou administrada) ou por um árbitro ou painel de árbitros nomeados exclusivamente para aquele fim, sem a administração de qualquer entidade (i.e, arbitragem ad hoc ou avulsa)*”⁹⁷. A arbitragem institucional é, flagrantemente, mais apropriada para dirimir os conflitos que tenham o Poder Público como parte. Não é sem razão que o art. 4º da Lei Mineira de Arbitragem (Lei nº 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais) estabelece que “*o juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional*”. Em linha semelhante, o Decreto nº 8.465/2015, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, conquanto admita as duas modalidades, dá “*preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem ad hoc*” (art. 4º).

⁹⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva, *op. cit.*, p. 64.

Ana Lucia Pereira enumera alguns dos problemas que podem surgir em função da opção pela arbitragem *ad hoc*:

- (i) a necessidade de se ter um “secretário”, selecionado de comum acordo pelas partes, que ficará responsável “*pelo encaminhamento das comunicações, pelo arquivo do procedimento, pelo saneamento da arbitragem, de modo que esta possa se desenvolver normalmente, sem nenhum incidente de percurso*”⁹⁸;
- (ii) a negociação dos honorários dos árbitros diretamente pelas partes⁹⁹, sem o órgão institucional arbitral para intermediá-la e sem os parâmetros estabelecidos pelas respectivas tabelas de honorários;
- (iii) a definição da forma como serão custeadas e pagas as despesas com a arbitragem, como a locação de espaços e equipamentos para a audiência, estenotipia, gravação dos depoimentos etc;¹⁰⁰
- (iv) a importância de se inserir, no contrato administrativo, cláusula compromissória cheia, com a indicação detalhada dos procedimentos a serem seguidos para a instauração da arbitragem, com a indicação de prazos e os critérios para a nomeação de árbitros, dentre outros;¹⁰¹
- (v) a ausência de procedimento disciplinando a forma de substituição dos árbitros¹⁰², em caso de impedimento, incapacidade ou morte.

Tudo isso resulta em um procedimento bem mais moroso, juridicamente inseguro e com risco real e efetivo de desafogar no Judiciário, a fim de que possam ser resolvidas eventuais divergências a respeito da instauração da arbitragem *ad hoc* e da formação do Tribunal Arbitral. Basta pensar em um caso em que o requerido, para protelar o procedimento arbitral, recuse-se a indicar o seu coárbitro, ou, ainda, que se negue a pagar as despesas com a arbitragem e os honorários dos árbitros. É possível vislumbrar, também, situação hipotética (mas realista) em que os coárbitros não consigam chegar a um consenso a respeito do

⁹⁸ PEREIRA, Ana Lucia. *A função das entidades arbitrais*. In: *Manual de arbitragem para advogados*, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 88.

⁹⁹ *Idem*, p. 89.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

presidente do Tribunal Arbitral. A solução de tais questões vai exigir o ajuizamento da ação de cumprimento prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, recaindo sobre o Poder Judiciário a responsabilidade por dirimir o conflito. Com isso, desaparecem (ao menos em parte) os benefícios inerentes à adoção da via arbitral.

O modelo institucional minimiza as chances de o procedimento arbitral desaguar na esfera judicial. Nele, compete às câmaras (órgãos arbitrais institucionais), na forma dos respectivos regulamentos, a tomada de tais decisões (e tantas outras indispensáveis ao salutar desenrolar da arbitragem, tais como a “*nomeação, confirmação, impugnação e substituição dos árbitros*”¹⁰³, a fixação do valor dos honorários correspondentes, a verificação quanto a “*existência prima facie de jurisdição arbitral*”¹⁰⁴ e *extensão da cláusula compromissória a partes não indicadas e/ou terceiros*”¹⁰⁵, etc).

A percepção de que a via institucional é a mais adequada para a condução dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública conduz ao seguinte questionamento: como será feita a escolha da câmara gestora? No universo privado, como sabido, a escolha é livre aos contratantes e toma por base, nomeadamente, a credibilidade da instituição arbitral e os preços definidos no respectivo regimento de custas e de honorários (taxa de administração e honorários dos árbitros). Quando, todavia, um dos contratantes é o Poder Público, o racional é completamente diferente. A instituição arbitral, neste caso, nada mais é do que um prestador de serviços, numa relação envolvendo a Administração Pública. Em função disso, sustenta José Antonio Fichtner que, “*no que respeita à escolha da Instituição ou Câmara para processamento da arbitragem, como se trata de um serviço, não há como fugir da licitação*”¹⁰⁶.

Não me parece seja esta a melhor orientação. A dificuldade, aqui, reside em definir critérios que permitam medir a competitividade entre os eventuais interessados em prestar os serviços de gestão de procedimentos arbitrais. O preço é um fator importante, sem sombra de dúvida. Assim como o é a qualidade técnica dos serviços a serem prestados. Poder-se-ia supor, à vista disso, que o melhor modelo, para a contratação de instituição arbitral, seria a

¹⁰³ MUNIZ, Joaquim de Paiva, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ FITCHNER, José Antonio, *op. cit.*, p. 185.

realização de licitação do tipo “técnica e preço”¹⁰⁷. Ocorre que é virtualmente impraticável definir critérios objetivos que sirvam para medir, tecnicamente, a melhor proposta. A atuação das instituições arbitrais engloba não apenas a prestação de serviços de secretaria, semelhante (em termos, evidentemente) aos de um cartório judicial, mas em especial – e o que é mais importante – a tomada de decisões nos procedimentos arbitrais, com a assessoria de arbitralistas altamente qualificados, especialistas no direito arbitral e conhecedores das melhores práticas nacionais e internacionais, de sorte a assegurar que a arbitragem tenha regular processamento. Andou bem, neste talante, o Decreto nº 8.465/2015, ao estabelecer que a escolha da instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 7º, § 3º¹⁰⁸). Incide, na hipótese, a regra do art. 25, *caput* e inciso II, da Lei nº 8.666/93¹⁰⁹, ficando autorizada a contratação direta, tão-somente, de entidade com notória especialização na gestão de procedimentos arbitrais, comprovada pela anterior e adequada prestação dos serviços respectivos, conforme exigência contida no § 1º do referido dispositivo legal¹¹⁰.

Existem no Brasil, nada obstante, algumas – poucas, é verdade - instituições arbitrais com notória experiência e especialização na gestão de procedimentos arbitrais. Uma alternativa interessante para fomentar a competição entre elas na prestação de tais serviços seria a utilização da figura do credenciamento. Todas as entidades que atenderem às exigências mínimas estabelecidas pelo Poder Executivo, em ato regulamentar, poderiam postular o seu credenciamento¹¹¹. A escolha da instituição arbitral, entretanto, não poderá ficar a critério da Administração Pública. A indicação da câmara de arbitragem, dentre

¹⁰⁷ Como bem esclarecem Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, “quatro são os tipos de licitação existentes na L. 8.666, art. 45, § 1º, I a IV: a) menor preço; b) melhor técnica; c) técnica e preço, e d) maior lance ou oferta” (RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações*, 7ª ed. (rev. e atual), São Paulo: Saraiva, 2008, p. 213).

¹⁰⁸ “Art. 7º (...) § 3º A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes”.

¹⁰⁹ “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

¹¹⁰ “Art. 25 (...) § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

¹¹¹ Vide, em sentido semelhante: OLIVEIRA, Gustavo Justino & SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. *Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44/2015, p. 158.

aquelas que obtiverem o credenciamento, deve ficar a cargo do particular. À luz da doutrina de Marçal Justen Filho:

Note-se que a Administração não impõe aos particulares a escolha do profissional a ser consultado. Nada impede que um profissional credenciado seja o único escolhido por todos os beneficiários e que outros não sejam procurados por quem quer que seja.

Nas situações de credenciamento, verifica-se inexigibilidade de licitação, em virtude de inviabilidade de competição, que se verifica por dois fundamentos. Por um lado, há ausência de exclusão entre os possíveis interessados. Por outro, a escolha do particular a ser contratado depende de critérios variáveis e insuscetíveis de uma comparação objetiva.¹¹²

Naturalmente, os requisitos e condições para o credenciamento devem estar previstos em regulamento editado pela Administração Pública. O Decreto nº 8.465/2015, por exemplo, exige que a entidade arbitral atenda às seguintes exigências, para que possa funcionar nos litígios portuários envolvendo a Administração Pública:

- (i) que tenha sede no Brasil;
- (ii) que esteja regularmente constituída há pelo menos três anos;
- (iii) que esteja em funcionamento como instituição arbitral; e
- (iv) que tenha reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.¹¹³

Já a Lei Mineira de Arbitragem condiciona a escolha da câmara de arbitragem ao atendimento dos seguintes requisitos:

- (i) que tenha sede, preferencialmente, no Estado de Minas Gerais;
- (ii) que esteja regularmente constituída há pelo menos três anos;
- (iii) que esteja em funcionamento como instituição arbitral;
- (iv) que tenha como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; e

¹¹² JUSTEN FILHO. Marçal, *op. cit.*, p. 49.

¹¹³ “Art. 7º (...) § 3º A instituição arbitral escolhida para compor o litígio deverá atender aos seguintes requisitos: I - ter sede no Brasil; II - estar regularmente constituída há pelo menos três anos; III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.”

(iv) que tenha reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.¹¹⁴

Não há – reconheça-se – uma fórmula aprioristicamente correta para tratamento do tema. É possível, todavia, indicar desde logo alguns parâmetros mínimos a serem observados no ato que, eventualmente, vier a regulamentar o credenciamento de instituições arbitrais para a gestão de conflitos envolvendo o Poder Público. Assim, com efeito, é indispensável que se exija da entidade a comprovação de prévia e efetiva experiência na gestão de procedimentos arbitrais. Fundamental, também, é que a instituição arbitral possua a infraestrutura necessária para a gestão de procedimentos arbitrais, como sala de audiência com a tecnologia necessária e salas de apoio para testemunhas e peritos. Não há espaço aqui para aventureiros e nem principiantes. A dimensão econômica dos litígios que desaguam em uma arbitragem e o interesse público envolvido nas causas que envolvem a Administração Pública não permitem que se coloque em risco o bom e regular andamento do procedimento arbitral, com a escolha de uma entidade incapaz de prestar os serviços correlatos.

Agora, as exigências impostas para o credenciamento têm que se limitar ao mínimo absolutamente necessário para salvaguardar a qualidade dos serviços a serem prestados e a idoneidade da instituição arbitral. Exigências excessivas e desarrazoadas são incompatíveis com os princípios administrativos da impessoalidade e da competitividade. Podem servir, muito ao contrário, para indevidamente direcionar a contratação de determinada entidade, em prejuízo dos legítimos interesses dos litigantes, que, em tais circunstâncias, têm usurpada a prerrogativa de escolher a instituição arbitral que melhor lhes convém, levando em consideração as taxas cobradas e a qualidade dos serviços prestados.

A edição de regulamento também ajudaria a orientar os agentes públicos na indicação do respectivo coárbitro, quando da instauração da arbitragem. Lembre-se, de uma vez por todas, que não há liberdade no atuar do Poder Público. Por força do princípio da legalidade, a Administração Pública pode fazer, apenas, aquilo que a lei autoriza ou determina. O art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem confere ao Estado a possibilidade de se valer do juízo arbitral, mas

¹¹⁴ “Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. § 1º As intimações relativas à sentença arbitral e aos demais atos do processo serão feitas na forma estabelecida pelas partes ou no regulamento da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento.”

não disciplina como isso se dará. A regulamentação, portanto, deve definir a autoridade à qual competirá a escolha do coárbitro, assim como a qualificação técnica a ser preenchida, mandatoriamente, por aqueles que sejam indicados para o exercício da função, por escolha da Administração Pública.

A tendência é que a indicação dos árbitros fique a cargo do órgão jurídico responsável pelo patrocínio dos interesses da Fazenda Pública, seja ele a procuradoria do ente estatal, seja ele a Advocacia Geral da União. Ainda assim, permanece a dúvida a respeito da autoridade à qual competirá a palavra final para definir o árbitro a ser indicado pelo ente estatal, podendo ser tanto o Advogado Geral da União, em âmbito federal, ou o Procurador Geral, nos âmbitos estadual e municipal. Pode ser mais conveniente, a depender da dimensão do órgão jurídico competente, a delegação do poder decisório para a autoridade responsável pelo contencioso judicial, ou ainda pela chefia regional. E – não se pode olvidar – existem ainda aqueles municípios que não possuem procuradoria organizada, se valendo da contratação de advogados privados ou de advogados públicos não concursados. Caberá ao Poder Executivo, mediante regulamento, levando em consideração as especificidades administrativas do ente estatal, definir o procedimento aplicável à indicação dos árbitros e a autoridade competente para a tomada de decisões a respeito.

E o ideal é que o regulamento a ser baixado também defina parâmetros mínimos (ainda que abertos) para a escolha e indicação de árbitros pela Administração Pública. Isso não significa, obviamente, que haja a necessidade de se fazer alguma espécie de procedimento licitatório para tal fim. Neste particular, tem razão José Antonio Fichtner quando afirma que os árbitros “*podem e devem ser escolhidos com fundamento na sua especialização*”¹¹⁵, sendo inexigível a licitação, na forma do art. 25, inciso II, conjugado com o art. 13, ambos da Lei nº 8.666/93.

5. A arbitragem no setor portuário (Decreto nº 8.465/2015).

5.1. Considerações preliminares.

É verdade que, desde 2013, com a aprovação do novo marco regulatório do setor portuário (a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013), já havia previsão de utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas

¹¹⁵ FITCHNER, José Antonio, *op. cit.*, p. 185.

portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes – ANTAQ¹¹⁶.

O referido comando normativo – perceba-se – nada tem de pioneiro. Já o art. 35, XI, da Lei nº 10.233/2001 estabelecia como cláusula essencial nos contratos de concessão celebrados no âmbito da ANTAQ a previsão de “*regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem*”.

Também, a Lei Geral de Telecomunicações (vide art. 93, XV, Lei nº 9.472/97), a Lei Geral do Petróleo (art. 43, X, a Lei nº 9.478/97), a Lei de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica e de Expansão da Oferta Emergencial (Lei nº 10.438/2002), a Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei nº 10.848/2004), a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e a Lei de Concessões (Lei nº 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987/95) fazem expressa referência à via arbitral como mecanismo de solução de controvérsias.

Curiosamente, muito embora já existissem, por quase duas décadas, diversas normas esparsas admitindo o uso do juízo arbitral no âmbito de setores regulados, até bem recentemente nenhuma delas havia sido regulamentada pela Chefia do Poder Executivo Federal.

Isso – é verdade – não impediu que a cláusula compromissória fosse inserida nos contratos de concessão. E os contratos assinados no setor de óleo e gás, como resultado das rodadas de licitação promovidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, bem exemplificam isso¹¹⁷. Em todos há a previsão da convenção de arbitragem, ainda que a redação da cláusula compromissória tenha sido alterada no curso do tempo.

É inquestionável, no entanto, que a falta de regulamentação no âmbito do Poder Executivo tende a inibir a utilização do juízo arbitral pelo setor público, gerando indesejável insegurança jurídica para aqueles que, eventualmente, têm que decidir pela inserção da cláusula compromissória nos contratos de concessão ou que têm a incumbência de atuar nos procedimentos arbitrais. Muitas são as decisões a tomar (arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional; escolha da câmara de arbitragem; cláusula compromissória cheia ou cláusula vazia; nomeação de árbitro; pagamento de honorários de árbitro; etc), sem que exista qualquer

¹¹⁶ Vide art. 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013.

¹¹⁷ O tema será abordado mais adiante.

parâmetro decisório para a atuação do servidor público. Como bem assinalou Carlos Augusto da Silveira Lobo:

Nesse sentido, por ser um conjunto de comandos administrativos, o Decreto 8.465 poderá constituir incentivo aos agentes públicos para convencionarem arbitragem ao amparo de normas aprovadas pela presidência da República. Eis aí o “marco regulatório”, que aliviará o agente público do receio de reprimendas por confiar a um tribunal privado a decisão de causa do interesse da administração pública...¹¹⁸

É nesse contexto que a publicação do Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015, a reboque da aprovação da Reforma da Lei de Arbitragem (sancionada alguns dias antes, mais precisamente no dia 26 de maio de 2015), representa significativo avanço na implementação de uma nova cultura de utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Com efeito, o Decreto nº 8.465/2015 “*regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário*”, dispondo sobre “*normas para a realização de arbitragem para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizatárias ou os operadores portuários em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq*” (art. 1º). E nele existem regras voltadas para disciplinar temas como arbitrabilidade objetiva, procedimento arbitral, direito aplicável, publicidade, escolha de árbitros, etc.

Inúmeros são os defeitos contidos no Decreto nº 8.465/2015. E não é sem razão que tem ele sido alvo de críticas severas pela doutrina especializada¹¹⁹. De fato, aquilo que, no

¹¹⁸ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Arbitragem no setor portuário (Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015)*. In: Migalhas, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226100,21048-Arbitragem+no+setor+portuario>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

¹¹⁹ Para uma crítica aguda ao Decreto nº 8.465/2015, veja-se: CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas>. Acesso em 20 de janeiro de 2016. Tamanha a insatisfação com o teor do Decreto nº 8.465/2015 que Carlos Alberto Carmona chega a sustentar que o Poder Executivo Federal teria criado, no setor portuário, uma espécie de arbitragem de “segunda categoria”. Vide, ainda: HOLANDA, Flavia. *A arbitragem no setor portuário*. In: HOLANDA, FLAVIA & SALLA, Ricardo Medina (coord.). *A nova lei de arbitragem brasileira*, São Paulo: IOB SAGE, 2015, p. 329/335; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O decreto 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto*. In: Migalhas, 27 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047-O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

geral, o Poder Executivo deu com uma mão, tomou com a outra. Quer a arbitragem, mas nem tanto. Assim, por exemplo, estipulou que a cláusula compromissória deverá excluir “*de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza*” (art. 6º, § 2º, II¹²⁰). De outra banda, impõe ao particular o pesado ônus de ter que adiantar as despesas com a arbitragem (art. 3º, VII¹²¹). Ao final, fica a impressão de que a Administração Pública Federal tem receio das consequências que a adoção do juízo arbitral sobre ela pode ter. É medo do desconhecido.

Ainda assim, é inegável que constam do Decreto nº 8.465/2015 todos os elementos necessários a permitir a atuação dos agentes públicos nas diversas facetas de uma arbitragem, oferecendo parâmetros tanto para a celebração de cláusula compromissória (e também do compromisso arbitral, quando for o caso), como para a atuação da Administração Pública nos procedimentos arbitrais.

5.2. Arbitrabilidade objetiva no setor portuário, cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Muito embora o art. 1º do Decreto nº 8.465/2015, em sintonia com o teor literal do art. 62, § 1º, da Lei nº 8.465/2015, fale na utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos relacionados ao “*inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq*”, o seu art. 2º¹²² acrescentou, dentre as matérias passíveis de sujeição ao procedimento arbitral, (i) a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes, (ii) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e (iii) outras questões relacionadas ao inadimplemento de tarifas portuárias.

¹²⁰ “Art. 6º (...) § 2º A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada: I - constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato; e II - excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza, observados os requisitos do art. 9º.”

¹²¹ “Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...) VII - as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento;”

¹²² “Art. 2º Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto: I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.”

Poder-se-ia questionar, a propósito, a legalidade do art. 2º do sobredito Decreto, por ter extrapolado os limites delineados pelo art. 62, § 1º, do novo marco regulatório do setor portuário, inovando no mundo jurídico, em descompasso com a regra do art. 84, IV, da Constituição Federal.

A questão, contudo, ficou superada com a promulgação da Lei nº 13.129/2015, às vésperas da edição do Decreto nº 8.465/2015. A autorização legal nela contida, de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, dá amparo à decisão do Poder Executivo, de ampliar o espectro de matérias que podem ser submetidas ao juízo arbitral no setor portuário.¹²³

Poderia o Poder Executivo, inclusive, ter utilizado a fórmula genérica consagrada no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, relegando a definição do alcance da expressão “*direitos patrimoniais disponíveis*”, nos contratos de concessão e arrendamento, para a jurisprudência arbitral. A linguagem adotada pelo art. 2º do Decreto nº 8.465/2015, nada obstante, é bem razoável, englobando todas as hipóteses de inadimplemento contratual que possam surgir no bojo dos contratos celebrados com a administração do porto ou com a ANTAQ e, ainda, os rotineiros pedidos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro dos referidos ajustes.

Para tornar arbitrável o litígio, cabe ao Poder Público, tão somente, inserir a cláusula compromissória “*de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato*” (art. 6º, § 2º, I), observado o regramento aplicável previsto no Decreto nº 8.465/2015¹²⁴.

Até aqui, o Poder Executivo tinha andado muito bem. Talvez fosse interessante, apenas, a fixação de um piso mínimo de valor, quiçá de um milhão de reais, para que a controvérsia fosse arbitrável. E isso porque, em causas de menor relevância econômica, o custo da arbitragem pode representar, no mais das vezes, verdadeira negativa de acesso à justiça. Assim, em se tratando de controvérsias de menor monta, abrir-se-ia a via judicial para aquele que teve o seu direito violado, a um custo satisfatório e razoável. A via da arbitragem ficaria reservada para as controvérsias de maior dimensão econômica.

¹²³ Em sentido semelhante: LOBO, Carlos Augusto da Silveira, *op. cit.*

¹²⁴ “Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013, poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto. § 1º Em caso de opção pela inclusão de cláusula compromissória de arbitragem, o edital de licitação e o instrumento de contrato farão remissão à obrigatoriedade de cumprimento das normas deste Decreto.”

No mais, nenhuma regra adicional sobre o tema era necessária. Extremamente infeliz, todavia, foi a decisão de excluir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da abrangência das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão, arrendamento e autorização (art. 6º, § 2º, II). É da natureza e da própria vocação do juízo arbitral a resolução de disputas de cunho predominantemente técnico, como é o caso de controvérsias que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos com o Poder Público. Tanto assim que o art. 9º, § 2, do Decreto informa que “*será dada preferência à arbitragem... nos casos de litígios que envolvam análise técnica de caráter não jurídico*”. Mais do que isso, a recomposição do equilíbrio contratual é o típico exemplo de litígio que se refere a direitos patrimoniais disponíveis.

Não há qualquer justificativa, sob o ponto de vista jurídico, para excluir do alcance da cláusula compromissória os pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Só o receio (ou cautela, diriam alguns) do Poder Executivo de ser, sucessivamente, condenado a recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito do setor portuário explica a decisão tomada. Eis aqui um excelente exemplo do fenômeno de que tratei no capítulo 2, qual seja, a resistência à introdução de mudanças institucionais, de inovações, tão característica das organizações públicas no Brasil.

Isso não significa – perceba-se – que tenha o Decreto nº 8.465/2015 proibido, em definitivo, a instituição do juízo arbitral para dirimir conflitos que envolvam pedidos de restauração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados no âmbito do setor portuário. Interdita-se o tema, tão somente, do alcance da cláusula compromissória. Assim, se o conflito surgir, a questão deverá ser levada ao judiciário. Pode a ANTAQ (ou mesmo a administração portuária), entretanto, firmar compromisso arbitral para submeter, pontual e casuisticamente, questões dessa natureza à via arbitral.

Cabe lembrar, por relevante, que o Superior Tribunal de Justiça, por acórdão da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já se manifestou pela validade de compromisso arbitral celebrado pela Administração Pública, mesmo na falta de previsão da arbitragem no edital de licitação. Confira-se, a propósito e na parte que interessa, a ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

(...)

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público,

notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral;

instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.¹²⁵

O termo a ser assinado deverá atender aos requisitos do art. 8º do Decreto nº 8.465/2015¹²⁶. Mais do que isso, deverá a Administração Pública justificar, fundamentadamente, a opção pela celebração do compromisso arbitral, quando for o caso, demonstrando sempre a presença do interesse público correlato, sob pena de incorrer em violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Diz o § 1º do art. 9º que o ente

¹²⁵ STJ, Terceira Turma, RESP 904813/PR, Relator Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/10/2011, DJe de 28/02/2012.

¹²⁶ “Art. 8º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral, além das cláusulas indicadas no art. 10 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996: I - o local onde se desenvolverá a arbitragem; II - a obrigatoriedade de que o árbitro ou os árbitros decidam a questão segundo as normas de direito material estabelecidas pela legislação brasileira aplicável; III - a obrigatoriedade de cumprimento das normas deste Decreto; IV - o prazo para a apresentação da sentença arbitral, que não poderá ser superior a vinte e quatro meses, podendo ser prorrogado por acordo entre as partes; V - a fixação dos honorários dos árbitros; e VI - a definição da responsabilidade pelo pagamento: a) de honorários dos árbitros; b) de eventuais honorários periciais; e c) de outras despesas com o procedimento de arbitragem. § 1º Na hipótese de acordo entre as partes, o compromisso arbitral poderá delimitar o objeto do litígio mediante a fixação de limites mínimos e máximos considerados incontroversos pelas partes. § 2º O compromisso arbitral será firmado pelas partes que tenham interesse jurídico no objeto do litígio, observadas as seguintes condições: I - se a União tiver interesse jurídico na questão, a competência para firmar o compromisso arbitral será da autoridade da administração pública direta a quem competir firmar aditivos contratuais, sendo necessária a interveniência da Antaq e da autoridade portuária; e II - nos casos de litígios que não envolvam interesse jurídico da União, os compromissos arbitrais serão firmados pelos dirigentes máximos da Antaq ou da autoridade portuária, conforme o caso.”

estatal “*deverá avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa*”. Evidentemente, não pode o gestor público, por capricho ou preferência pessoal, firmar a convenção de arbitragem com determinado particular e denegar o mesmíssimo pedido a outros em situação idêntica. O princípio da igualdade assegura a todos aqueles que se encontrem em situação idêntica que recebam tratamento igualitário do Poder Público.

5.3. Arbitragem institucional.¹²⁷

Informa o *caput* do art. 4º do Decreto nº 8.465/2015 que a arbitragem instaurada para dirimir litígios envolvendo a ANTAQ ou a Administração Portuária poderá ser institucional ou *ad hoc*. A preferência, todavia, é sempre pela gestão do procedimento por câmara arbitral de reconhecida idoneidade, competência e experiência, na forma do que estabelece o § 1º do sobredito artigo, de modo que a opção pela arbitragem *ad hoc* poderá ser feita, apenas, em caráter excepcional e deverá ser devidamente justificada.

A rigor, nada aconselha que se convencie que a arbitragem se dê pela via *ad hoc*. As dificuldades envolvidas na fase pré-contratual (com a necessidade de elaboração de cláusula compromissória cheia) e na tomada de decisões necessárias ao regular andamento do procedimento arbitral (como, por exemplo: a fixação de honorários; a definição da forma como serão custeadas as despesas; a definição do procedimento aplicável; a nomeação de árbitros, quando isso se fizer necessário; a análise *prima facie* da validade e eficácia da cláusula compromissória; a nomeação, confirmação, impugnação e substituição de árbitros; a extensão da cláusula compromissória a terceiros; etc) recomendam que se eleja entidade especializada para gerir o procedimento arbitral, sob o risco de, a cada questiúncula, a arbitragem desaguar no Judiciário, em função do ajuizamento da ação de cumprimento prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, com o desaparecimento dos benefícios inerentes à adoção da via arbitral, em especial a celeridade na solução do litígio.

¹²⁷ Reporto-me, aqui, a tudo o que foi dito no item 3.4 da presente dissertação de mestrado. Nele, após examinar detidamente os modelos de arbitragem institucional e de arbitragem *ad hoc*, concluí no sentido de que a arbitragem institucional seria o modelo mais apropriado para dirimir os conflitos envolvendo a Administração Pública. Aplica-se à arbitragem no setor portuário tudo o que lá se encontra deduzido.

A escolha do órgão arbitral institucional, a teor do art. 7º, § 3º¹²⁸, do Decreto há de ser tida como contratação direta, por inexigibilidade de licitação, conforme disciplinado no art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

E nem poderia ser diferente, haja vista a natureza singular dos serviços prestados pelas câmaras arbitrais. A gestão de procedimentos arbitrais – repita-se – alberga a tomada de decisões fundamentais para o salutar desenvolvimento da arbitragem, dependendo da assessoria de arbitralistas altamente qualificados, especialistas no tema e conhecedores das melhores práticas nacionais e internacionais em vigor.

Para que possa ser eleita para a gestão de eventual procedimento arbitral, exige o art. 4º, § 2º, do Decreto 8.465/2015 que a instituição tenha sede no Brasil, esteja regularmente constituída há pelo menos três anos, esteja em regular funcionamento e tenha reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de arbitragens. Por atender flagrantemente às exigências contidas no Decreto, a Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC, uma das mais tradicionais e respeitadas instituições arbitrais do país, foi escolhida para gerir a primeira arbitragem instituída no setor portuário, após a publicação do referido ato normativo, em que contendem, de um lado, União Federal e Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP e, de outro, Libra Terminais S/A e Libra Terminal 35 S/A¹²⁹.

Da leitura do referido artigo, surge uma crítica e, também, uma preocupação.

A exigência regulamentar de que a câmara arbitral tenha sede no Brasil impossibilita que instituições com larga experiência na administração de arbitragens com entes públicos e ampla atuação no Brasil, como é o caso da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, possam oferecer a sua notória expertise em benefício da resolução de litígios no setor portuário. Estabeleceu-se, com isso, uma injustificável reserva de mercado em favor das instituições sediadas no país¹³⁰, desconsiderando-se a própria história da arbitragem no Brasil e o protagonismo exercido pela CCI no setor, sobretudo na administração de arbitragens na área de infraestrutura.

¹²⁸ Art. 7º (...) § 3º A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes.

¹²⁹ Vide extrato do Termo de Compromisso publicado no Diário Oficial da União, nº 169, Seção 3, de 3 de setembro de 2015. Curiosamente, não há qualquer referência, no extrato do termo de compromisso, à câmara selecionada para gerir o litígio. A referida informação, contudo, é de domínio público e encontra-se no compromisso arbitral propriamente dito.

¹³⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*

O importante, evidentemente, não é a nacionalidade da câmara arbitral. Isto, aliás, é absolutamente irrelevante. O que importa, aqui, é que a entidade, além de ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na gestão de procedimentos arbitrais, esteja apta a prestar serviços no Brasil, quer dizer, que tenha ao menos filial no país, com escritório dotado de secretaria e de instalações adequadas (como, por exemplo, sala de audiências com a tecnologia necessária para tal fim e salas de apoio para testemunhas e peritos).

Preocupa, por outro lado, a forma como será feita a escolha da câmara de arbitragem para a administração do litígio. A opção feita no caso Libra Terminais, indiscutivelmente, atende aos requisitos do art. 4º, § 2º, do Decreto em questão. Mas a indicação poderia ter sido diferente e bem menos republicana. Ademais, se é verdade que a escolha do órgão arbitral institucional se enquadra dentre as hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, não é menos verdade que existem outras câmaras aptas a prestar o mesmo serviço. A fórmula aberta definida no Decreto nº 8.465/2015 não ajuda muito a resolver a questão. E também não parece adequado burocratizar em excesso o procedimento de eleição das câmaras de arbitragem. A solução que proponho passa pelo credenciamento, no âmbito da Administração Pública, das instituições arbitrais interessadas em prestar os serviços correlatos, nos moldes sugeridos no item 3.4 do presente trabalho, dando-se absoluta transparência do cadastro que vier a ser criado para tal fim, de modo a permitir a sua fiscalização e controle pela sociedade e pelos órgãos estatais competentes. A transparência, de mais a mais, deve estar presente não apenas no processo de credenciamento dos órgãos arbitrais interessados, mas também e sobretudo no momento da escolha da câmara que vai, efetivamente, fazer a gestão da arbitragem, mediante a indicação, no extrato a ser publicado no Diário Oficial, da entidade eleita pelas partes.

5.4. O procedimento arbitral.

Em linha com o estatuído pelo art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96 (com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015), preconiza o art. 3º, I, do Decreto nº 8.465/2015 que as arbitragens que versem sobre litígios instaurados no âmbito do setor portuário serão sempre de direito, vedado o juízo arbitral por equidade¹³¹.

¹³¹ “Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade”.

Ademais, “*as regras de direito em que se baseará a decisão arbitral*” (isto é, o direito material aplicável) serão as da lei brasileira, sendo permitida, no entanto, a adoção de normas especiais para o procedimento arbitral, como, por exemplo, as regras da United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL (art. 3º, II, do Decreto¹³²). Incide, neste particular, a norma contida no art. 21 da Lei de Arbitragem, cujo teor é o seguinte:

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.
 (...)”

O procedimento arbitral deverá observar aquilo que dispuser a cláusula compromissória (ou o compromisso arbitral, quando for o caso), dando-se preferência à arbitragem institucional, com a aplicação das regras previstas no regulamento da câmara arbitral eleita pelas partes, na forma do art. 4º, § 1º, do Decreto em questão¹³³.

A arbitragem terá o Brasil como sede e será conduzida no vernáculo (art. 3º, III¹³⁴). A opção pela arbitragem doméstica livra as partes de um problema inerente às arbitragens internacionais, qual seja, a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme exige o art. 35 da Lei nº 9.307/96¹³⁵. Disso resulta maior celeridade na execução das sentenças arbitrais, quando não houver o seu cumprimento espontâneo pela parte vencida.

A arbitragem, como não poderia ser diferente, deverá respeitar o princípio da publicidade. Preocupa, todavia, a falta de previsão regulamentar de mecanismos que viabilizem a proteção de dados e documentos sigilosos. A leitura que se tem do art. 3º, IV, do Decreto nº 8.465/2015, conjugado com o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, é a de que todas as informações constantes da arbitragem devem ser publicizadas. E isso pode, eventualmente,

¹³² “Art. 3º (...) II - as regras de direito em que se baseará a decisão arbitral serão as da legislação brasileira, sem prejuízo da adoção de normas processuais especiais para o procedimento arbitral”.

¹³³ “Art. 4º A arbitragem poderá ser institucional ou ad hoc. § 1º Será dada preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem ad hoc.”

¹³⁴ “Art. 3º (...) III - a arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa”.

¹³⁵ Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

importar em ofensa a direitos protegidos por sigilo legal, colocando em risco, sobretudo, o sigilo fiscal e bancário dos particulares, bem como eventuais segredos comerciais e industriais.

Caberá ao árbitro, mediante provocação, como juiz de fato e de direito da causa, zelar pelos direitos da parte privada, resguardando a confidencialidade da informação, inclusive mediante a decretação, se necessário, do segredo do procedimento arbitral. Faculta-se à parte interessada, ainda, o recurso ao judiciário para ter os seus direitos preservados, em havendo o risco de divulgação prematura e indevida de informações acobertadas por sigilo consagrado em lei, podendo se servir, inclusive, da medida cautelar de que trata o art. 22-A da Lei nº 9.307/1996. Pode, igualmente, enquanto não estiver instituído o painel arbitral, postular a decretação do sigilo pela câmara especializada, caso a hipótese seja de arbitragem institucional.¹³⁶

Reza ainda o art. 3º, V, do Decreto nº 8.465/2015 que “*em caso de questões cujo valor econômico seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o litígio deverá ser dirimido por colegiado de no mínimo três árbitros*”. Aduz Carlos Alberto Carmona, a propósito da referida disposição regulamentar, que seria absolutamente inconveniente e equivocada a estipulação de “*um quantum que norteie a composição colegial ou monocrática do órgão julgador*”¹³⁷. Assevera o ilustre arbitralista, com efeito, que:

a arbitragem – sabem todos (menos quem redigiu o Decreto) – é fruto da vontade dos contratantes. Trata-se de mecanismo de solução de litígios que leva em conta o desejo dos contendentes de escolher um modo diferente daquele padronizado pelo Estado para a resolução de conflitos, sejam eles eventuais (futuros e incertos, com previsão no contrato de uma cláusula compromissória), sejam eles atuais e concretos (com a celebração de um compromisso arbitral). Deste modo, cabe às partes escolher o modo de composição do órgão julgador, que pode ser singular ou colegiado, mantendo-se apenas a exigência de número ímpar de componentes. Qual a importância do valor da causa para a composição do órgão julgador? Haverá certamente causas de valor maior do que 20 milhões de reais que sejam de grande simplicidade, enquanto poderão ocorrer conflitos de valor menor, que ensejem maiores dificuldades técnicas. Cabe às partes – e apenas a elas – a formatação do órgão julgador. E sabendo-se que a União (direta ou indiretamente) participará destas demandas, cumpre aos seus representantes, ao prepararem os editais de licitação (que conterão a previsão para a realização de arbitragem), ao redigirem as cláusulas compromissórias ou ao celebrarem os compromissos

¹³⁶ Vide, sobre o tema, o item 4.3 da presente dissertação de mestrado.

¹³⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*

arbitrais, escolher – de acordo com a hipótese concreta – qual a melhor composição do tribunal arbitral. Não há necessidade de imposição regulamentar, que serve mais para engessar do que para proteger um resultado confiável e adequado do processo arbitral.¹³⁸

Não atentou o jurista, contudo, para o fato de que, em se tratando de conflito envolvendo a Administração Pública, o objeto do litígio é sempre a *res publica* (ou coisa pública). Isso, por si só, singulariza e diferencia, profundamente, os conflitos que envolvem o Estado dos demais, de índole meramente privada. Aqueles (litígios com a Fazenda Pública), tratam de questões que são, necessariamente, de interesse de toda a coletividade; estes (conflitos privados), de questões de interesse apenas das partes¹³⁹. Daí o imperativo de se modelar o uso da arbitragem, nos litígios em que o Estado for parte, de forma a minimizar os riscos de captura e de erro de julgamento.

Muito sábia, por isso mesmo, é a regulamentação baixada pelo Poder Executivo. Na arbitragem, como sabido, não cabe recurso contra as decisões proferidas pelo juízo arbitral. Efeito disso é a maior celeridade do procedimento, sobretudo em comparação com o processo judicial. Perde-se, em compensação, qualidade na decisão, por não se permitir a sua revisão e eventual aperfeiçoamento em grau recursal. O julgamento da controvérsia por um órgão colegiado amplia o espaço de debate e discussão, qualificando a sentença arbitral e permitindo que seja a expressão de uma comunhão de vontades e convicções; e não a convicção isolada de um árbitro. Reduz-se com isso a chance de erro de julgamento e minimizam-se os riscos que derivam da inexistência do duplo grau de jurisdição. Poderia a Chefia do Poder Executivo, inclusive, ter estabelecido um piso mais reduzido para tal fim. Em se tratando de verba pública, é sempre recomendável que se tomem precauções para reduzir o risco de captura e de erro de julgamento. Talvez um piso de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) fosse mais adequado para preservar os interesses envolvidos.

A previsão, em favor de ambas as partes, de um prazo mínimo de quarenta e cinco dias para a apresentação de defesa também se mostra apropriada (art. 3º, VI¹⁴⁰). No mundo ideal, a Administração Pública estaria apta a se defender com a mesma agilidade e eficiência

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Não se nega, aqui, que conflitos privados possam indiretamente interessar a terceiros, como os empregados de uma empresa, o fisco e mesmo os consumidores de produtos e serviços disponibilizados por determinada entidade privada no mercado. Ainda assim, o interesse imediato é da empresa e apenas reflexamente atinge a coletividade.

¹⁴⁰ “Art. 3º (...) VI - o procedimento de arbitragem deverá assegurar às partes prazo de defesa de no mínimo quarenta e cinco dias”.

que os particulares em geral. Todavia, a burocracia envolvida na obtenção de informações, com o encaminhamento de ofícios, a tramitação de processos administrativos e o cadastramento de expedientes, dentre outras medidas que fazem parte do cotidiano do servidor público, impedem na prática que a Fazenda Pública tenha condições de elaborar uma defesa minimamente estruturada, em reduzido espaço de tempo. O zelo com a coisa pública, sobretudo considerando a dimensão econômica envolvida nas arbitragens, justifica o oferecimento às partes de um prazo mais ampliado para a apresentação de defesa, permitindo que os advogados (públicos e privados) tenham uma margem de tempo razoável para colher as informações necessárias à sua defesa.

Ressalte-se, por relevante, que a regulamentação do tema, neste particular, se deu de forma bastante ponderada, assegurando-se a ambas as partes (e não apenas para ao ente estatal) o prazo mínimo de quarenta e cinco dias para a apresentação de defesa.

Muito preocupante, de outra banda, seria permitir que as intimações dos advogados públicos se dessem por via postal, ante o risco de que se perdessem em protocolos e na burocracia estatal. É necessário reconhecer as limitações estatais e tomar as precauções necessárias para preservar o erário de suas próprias ineficiências. Fez bem o Decreto, assim, ao dispor que as *“comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados serão realizadas pessoalmente, não sendo admitida a comunicação por via postal”* (art. 10, § 1º). Aplica-se aqui, *mutatis mutandis*, a mesma lógica que preside a outorga de privilégios processuais à Fazenda Pública na esfera judicial. É aceitável – já tive a oportunidade de assinalar – que a lei outorgue ao Poder Público alguns privilégios, *“em razão do interesse público de que se reveste a atuação estatal, merecedor de especial proteção, por encarnar o interesse de toda a coletividade”*¹⁴¹. *“Nisso... nada há de inconstitucional, uma vez que o erário público merece uma maior proteção, sendo verdade, outrossim, que os entraves burocráticos próprios da administração pública dificultam sobremaneira a defesa da Fazenda Pública em juízo”*¹⁴² (e igualmente na via arbitral).

Evidentemente, nem todo o privilégio concedido à Fazenda Pública há de ser tido como válido. *“Por importarem, necessariamente, em tratamento desigual, só podem ser tidos como válidos, pela ordem jurídica em vigor, em sendo razoáveis e dotados de alguma*

¹⁴¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *O precatório judicial e o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 244, 2006, p. 177.

¹⁴² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Garantias e privilégios do crédito tributário*. In: GOMES, Marcus Livio & ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord.). *Curso de direito tributário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. 3, p. 22.

justificativa plausível”¹⁴³. Sem sombra de dúvida, o Poder Executivo se excedeu ao estabelecer que “*as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento*” (art. 3º, VII, do Decreto). É dispositivo, parafraseando Carlos Alberto Carmona, “*que beira a indecência*”¹⁴⁴.

Nada justifica que se imponha ao particular, integralmente, o pesado ônus de ter que adiantar os altíssimos custos envolvidos no procedimento arbitral, inclusive aqueles que recairiam sobre a Fazenda Pública, como os honorários devidos ao respectivo co-árbitro. Indo mais além, informa o teor literal do art. 3º, VII, que caberá à parte privada suportar, ainda, os custos de produção de prova pericial que seja de interesse do ente estatal.

O referido comando regulamentar é flagrantemente ilegal, rompendo com a igualdade das partes, consagrada no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem. A regra do § 2º é categórica:

Art. 21 (...)

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

O procedimento arbitral, em linha de princípio, é adaptável à vontade e necessidades dos litigantes, conforme explicita o *caput* do art. 21 da Lei nº 9.307/96. Tem como um de seus pilares o princípio da autonomia da vontade, permitindo que seja amoldado às circunstâncias específicas do caso concreto ou, ainda, que se observe o regulamento de entidade especializada na gestão de procedimentos arbitrais. A isonomia, nada obstante, é regra *mater* da arbitragem e limite à autonomia da vontade. A sua inobservância é, inclusive, hipótese de nulidade do procedimento arbitral, na forma do art. 32, VIII, da lei de regência¹⁴⁵.

Demais disso, a regra do art. 3º, VII, do Decreto nº 8.465/2015 poderá importar para o concessionário, arrendatário ou autorizatário em verdadeira negativa de acesso à justiça, tornando excessivamente dispendioso o custo da via arbitral, sobretudo para as empresas que se encontrem em situação de crise financeira. E tende a inibir, ainda, que a parte privada questione pequenas infrações contratuais praticadas pelo Poder Concedente.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*

¹⁴⁵ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

Consequentemente, pode o particular recorrer ao judiciário, para ver afastada a aplicação da regra em questão, liberando-se de arcar com as despesas que seriam de responsabilidade da Administração Pública (seja ela a ANTAQ, seja a administração portuária). A sobredita disposição regulamentar não encontra guarida na Lei de Arbitragem e nem na Constituição da República, incidindo em inequívoca violação ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral.

5.5. A escolha dos árbitros.

“É da natureza da arbitragem” (fruto do próprio princípio da autonomia da vontade), como bem enfatiza Carlos Alberto Carmona, *“que as partes possam se envolver na formação do tribunal arbitral, o que revela uma verdadeira participação delas na administração da justiça”*¹⁴⁶. E prossegue o ilustre arbitralista:

Mas é natural que cada parte escolha o árbitro que quiser, respeitadas as restrições previstas em lei (imparcialidade, por exemplo) e no regulamento que escolherem (se a arbitragem for institucional). Não seria natural que fossem obrigadas a negociar para conseguir, à unanimidade, o apontamento de um colégio de três julgadores, por exemplo.¹⁴⁷

Causa perplexidade, por isso mesmo, a regra do art. 3º, § 3º, do Decreto nº 8.465/2015^a, ao exigir que os árbitros sejam escolhidos de comum acordo pelas partes. Isso já é difícilíssimo nos casos em que os contratantes optam pela nomeação de árbitro único para dirimir o litígio. Quanto mais em se tratando de tribunal arbitral, de caráter colegiado. Em tais casos, é virtualmente impossível que as partes cheguem a um consenso quanto ao nome de três árbitros. Restringe-se, com isso, um dos principais direitos das partes em uma arbitragem, consistente na escolha do coárbitro e consequente participação na formação do tribunal arbitral.

A tendência é que, na ausência de consenso entre as partes, a nomeação dos árbitros fique a cargo da câmara responsável por administrar o procedimento, na forma do respectivo regulamento, respeitados os requisitos do art. 5º do aludido Decreto¹⁴⁸, a saber:

¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*

¹⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*

¹⁴⁸ Estatui, ainda, o parágrafo único do art. 5º que, *“na hipótese de árbitro estrangeiro, este deverá possuir visto que autorize o exercício da atividade no Brasil”*. E diz o art. 3º, § 2º, por outra banda, que *“no caso de litígios que devam ser necessariamente decididos por colegiado de árbitros, na forma do inciso V do caput, pelo menos um dos árbitros será*

- (i) estar no gozo de plena capacidade civil;
- (ii) deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio; e
- (iii) não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Aliás, no caso Libra Terminais, o item 4.1 do Termo de Compromisso encarregou, textualmente, a instituição arbitral eleita (CAM-CCBC) de fazer a indicação dos árbitros.¹⁴⁹ Reservou às partes, no entanto, uma espécie de poder de veto, de caráter limitado, permitindo que cada uma delas rejeite até três indicações feitas pela câmara, nos termos do respectivo item 4.1.1, cujo teor é o seguinte:

4.1.1 Os currículos dos Árbitros indicados pela Câmara serão submetidos à análise das Partes, que poderão rejeitar, cada uma, até 3 (três) indicações, ou seja, de um lado, a SEP e a CODESP, conjuntamente, poderão rejeitar até três indicações; de outro lado, a LIBRA TERMINAL 35 e a LIBRA TERMINAIS, conjuntamente, poderão rejeitar até três indicações.

É uma mecânica curiosa, na medida em que não encontra previsão no ato normativo editado pelo Poder Executivo, porém inteligente. Permanecem as partes, pelo procedimento delineado no Termo de Compromisso, com a possibilidade de influenciar na formação do tribunal arbitral, resgatando (ainda que parcialmente) um elemento que é da essência da arbitragem, qual seja, o direito de participar da escolha dos árbitros.

Ainda assim, o modelo definido pela Lei de Arbitragem e consagrado pela Lei Modelo da UNCITRAL é o de que compete às partes a nomeação dos árbitros. Reza, a propósito, o art. 13, § 1º, da Lei nº 9.307/1996:

bacharel em Direito, sem prejuízo da obrigatoriedade de cumprimento dos requisitos do art. 5º.” Ambas as regras são, em realidade, desnecessárias e absolutamente dispensáveis. A primeira por praticamente inviabilizar, sem qualquer razão plausível, a nomeação de árbitros estrangeiros para funcionar em arbitragens no setor portuário, tendo em vista as dificuldades inerentes à obtenção de vistos dessa natureza. A segunda por criar exigência que não consta da lei e que tampouco se presta ao fim nela pretendido. É lembrar, neste particular, que a Lei de Arbitragem não exige conhecimento jurídico para o exercício da função de árbitro. Muito ao contrário, “*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*” (art. 13, *caput*, da Lei nº 9.307/1996). Ademais, se conhecimento jurídico fosse uma condicionante indispensável para a nomeação como árbitro, a sua medida não seria o bacharelado em direito, mas a qualificação profissional de advogado.

¹⁴⁹ “4.1 As partes acordam que o litígio será dirimido por 3 (três) Árbitros, indicados pela Câmara, nos termos do art. 3º, § 3º, do Decreto nº 8.465/2015”.

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

(...)

Em sentido semelhante, preconiza o art. 11 (2) e (3) da Lei Modelo da UNCITRAL:

Artigo 11º Nomeação dos árbitros.

(...)

(2) As partes podem, por acordo, escolher livremente o processo de nomeação do árbitro ou dos árbitros, sem prejuízo das disposições dos parágrafos 4º e 5º do presente artigo.

(3) Na falta de tal acordo,

(a) no caso de uma arbitragem com três árbitros, cada uma das partes nomeia um árbitro e os dois árbitros assim nomeados escolhem o terceiro árbitro; se uma das partes não nomear seu respectivo árbitro no prazo de 30 (trinta) dias a contar da recepção de um 14 pedido feito nesse sentido pela outra parte, ou se os dois árbitros não chegarem a um acordo quanto à escolha do terceiro árbitro dentro de 30 (trinta) dias a contar da respectiva designação, a nomeação será feita a pedido de uma das partes, por um tribunal estatal ou por outra autoridade referida no artigo 6.º; (b) No caso de uma arbitragem com um único árbitro, se as partes não chegarem a um acordo sobre a escolha do árbitro, este será nomeado, a pedido de uma das partes, por um tribunal estatal ou por outra autoridade referida no artigo 6º.

(...)

A intenção do legislador, no campo da arbitragem, é historicamente a de prestigiar a autonomia da vontade, permitindo que o litigante participe da formação do tribunal arbitral. A disposição contida no art. 3, § 3º, do Decreto sob análise não encontra respaldo na legislação em vigor e nem, tampouco, nas melhores práticas internacionais. É regra inexplicável e injustificável. A escolha dos respectivos coárbitros contribui para a formação de um colegiado mais equilibrado e repercute na qualidade e legitimidade da sentença arbitral. Faz mais sentido perseverar no modelo que já vem funcionando (e bem), do que querer reinventar a roda.

5.6. Sentença arbitral, cumprimento do julgado e precatório.

À luz do art. 8º, IV, do Decreto nº 8.465/2015, o prazo para a apresentação da sentença arbitral deverá constar do compromisso arbitral e será de no máximo vinte e quatro meses, podendo ser prorrogado por acordo entre as partes.

Poderia o Poder Executivo, perfeitamente, ter deixado a definição do referido prazo em aberto, para o momento da assinatura do termo de arbitragem, ou do próprio compromisso arbitral, a fim de que as partes, em conjunto, com o apoio (se for o caso) da câmara arbitral e dos próprios árbitros, possam fixá-lo levando em consideração a complexidade e as circunstâncias específicas do caso concreto. Optou, todavia, por estabelecer, de antemão, um prazo máximo para a solução do litígio, admitindo a sua prorrogação, excepcionalmente, por acordo entre as partes.

Nos casos de sentenças arbitrais de natureza condenatória que tratem, eventualmente, de *“questões relacionadas às receitas patrimoniais e tarifárias da autoridade portuária, os créditos e as obrigações correspondentes serão atribuídos diretamente à autoridade portuária”*, conforme estipula o art. 11 do Decreto¹⁵⁰.

Sem prejuízo disso, fica ainda dispensada a expedição de precatório judicial para pagamento de eventuais valores devidos ao concessionário, arrendatário ou autorizatário, sempre que a administração portuária for exercida por empresa estatal, dotada de personalidade jurídica própria e submetida ao regime jurídico de direito privado, como é o caso da Companhia Docas de São Paulo - CODESP¹⁵¹ e da Companhia Docas do Rio de Janeiro - CDRJ¹⁵².

Já na hipótese de sentença arbitral que imponha condenação de natureza pecuniária à União ou à ANTAQ, dispõe o art. 12 do Decreto nº 8.465/2015 que o pagamento deverá ser

¹⁵⁰ “Art. 11. Em caso de sentenças arbitrais condenatórias que envolvam questões relacionadas às receitas patrimoniais e tarifárias da autoridade portuária, os créditos e as obrigações correspondentes serão atribuídos diretamente à autoridade portuária.”

¹⁵¹ Vide, a propósito, o art. 1º do Estatuto Social da CODESP: “A Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP é uma sociedade de economia mista, vinculada à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, regendo-se pela legislação relativa às sociedades por ações, no que lhe for aplicável, e pelo presente Estatuto.”

¹⁵² Vide o art. 1º do Estatuto Social da CDRJ: “A COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO - CDRJ é uma sociedade de economia mista, vinculada à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, regendo-se pela legislação relativa às sociedades por ações, Lei 6404/76, no que lhe for aplicável, pela Lei 8630/93, e pelo presente ESTATUTO.”

feito pela via do precatório judicial (ou da requisição de pequeno valor, quando for o caso), na forma do art. 100 da Constituição Federal¹⁵³.

Até aqui nenhuma inovação relevante. A novidade, de duvidosa legalidade e constitucionalidade, está na regra expressa no parágrafo único do art. 12 do Decreto, ao estatuir que “*o árbitro ou o presidente do colegiado de árbitros solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso*”.

É lembrar que os árbitros, em geral, não exercem função executória. A função arbitral é meramente a de conhecer e julgar a causa, ficando a execução da respectiva sentença a cargo do Poder Judiciário, nos termos da legislação processual em vigor. E isso se dá porque, conforme leciona Luiz Roberto Ayoub:

Enquanto o órgão juiz possui o que o Direito Romano chama de *iurisdictio* e o *imperium*, ou seja, o poder de conhecer e julgar uma lide e também o poder de executar uma sentença, o árbitro só possui a *iurisdictio*, o que representa uma opção de política estatal, dando a este apenas o poder de fazer justiça, por convenção das partes, devidamente autorizado pelo Estado. Estas características peculiares ensejam que o legislador vislumbrou uma integração entre a autoridade judiciária e o árbitro, no sentido de aquele, revestido pelo poder coercitivo do Estado, garantir a efetivação da decisão deste último, sem que haja qualquer intervenção de um na esfera do outro.¹⁵⁴

Sucede que, em não havendo o cumprimento espontâneo e voluntário da sentença arbitral condenatória, caberá ao titular do direito não satisfeito promover a execução do julgado, pela via judicial, por uma das modalidades executivas previstas no direito

¹⁵³ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva (...).”

¹⁵⁴ AYOUN, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 79.

brasileiro.¹⁵⁵ Regra geral, a execução da sentença arbitral deverá observar o procedimento definido pelo art. 475-I e ss. do Código de Processo Civil (art. 513 e ss. do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Excepcionalmente, a execução do julgado respeitará rito especial, como é o caso das execuções promovidas contra a Fazenda Pública, cuja disciplina encontra-se definida no art. 730 do CPC (art. 534 e ss. do NCPC).

Disso resulta, como é intuitivo, que não podem os árbitros, na linha preconizada pelo art. 12, parágrafo único, do Decreto nº 8.465/2015, solicitar “à *autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor*”. A execução do julgado só poderá ser provocada pela parte vencedora no procedimento arbitral e, tendo a Fazenda Pública ficado vencida, deverá ser respeitado o rito previsto na legislação processual art. 730 do CPC (art. 534 e ss. do NCPC).

Poder-se-ia indagar, por relevante, quanto a possibilidade de cumprimento espontâneo da sentença arbitral condenatória, de cunho pecuniário, proferida em desfavor da Fazenda Pública. O argumento em contrário é de fácil visualização e pode ser estruturado da seguinte maneira: a sentença arbitral, por força do art. 475-N, IV, do CPC (515, VII, do NCPC), é considerada para todos os fins e efeitos título executivo judicial. Se assim é, o pagamento do crédito nela lastreado deve, necessariamente, observar o procedimento estatuído no art. 100 da Constituição Federal, sob pena de violação ao princípio da isonomia, permitindo-se que determinado conjunto de credores tenha tratamento privilegiado no recebimento dos seus créditos, em detrimento daqueles que tiveram que recorrer ao Judiciário para ver os seus direitos satisfeitos.

A referida tese, particularmente, não me sensibiliza. A sentença arbitral, ainda que equiparada por lei a título executivo judicial, não se confunde com a sentença prolatada por juiz togado. A equiparação é apenas uma opção de política legislativa, para facilitar a execução da sentença arbitral e, com isso, fomentar a uso da arbitragem. Tanto assim que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 (que, quanto ao tema, permaneceu em vigor até a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996), a execução do laudo arbitral estava condicionada à

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 259. Sobre o tema, *vide* ainda: CÂMARA, Alexandre. *Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC*. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do & MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5/16; HOFFMAN, Paulo. *Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas...* In: JOBIM, Eduardo & MACHADO, Rafael Bicca (coord). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324/325; dentre outros.

prévia homologação pelo Poder Judiciário¹⁵⁶. Quer dizer: a sentença arbitral é título judicial, mas não é sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. É, na verdade, o ato final de um procedimento instituído por via contratual, para a resolução de conflitos. Da mesma forma que o Poder Público está autorizado a, pela via administrativa, promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, nenhum óbice há a que promova o reconhecimento da dívida cristalizada em uma sentença arbitral e efetue o seu pagamento, dispensando a execução do julgado na esfera judicial. É até recomendável que assim seja. Desafoga-se o Poder Judiciário, dando-se mais celeridade à realização da justiça.

Naturalmente, a satisfação do direito consagrado na sentença arbitral, com o pagamento do crédito correspondente, somente será possível se houver previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto no art. 167, II, da Constituição da República¹⁵⁷. À falta de previsão orçamentária, restará ao credor a execução da sentença arbitral, pela via judicial, e o pagamento deverá ser efetuado com a observância do regime disciplinado no art. 100 da Carta de 1988.

6. Cláusula compromissória, contratos de concessão e as rodadas de licitações promovidas pela ANP.

6.1. Considerações preliminares.

Aprovada no contexto do processo de reforma do Estado promovido no Governo Fernando Henrique Cardoso, a Lei Geral de Petróleo (Lei nº 9.478/1997) relaciona, dentre as cláusulas essenciais que devem constar do contrato de concessão, a convenção de arbitragem. A propósito, prescreve o art. 43, X, da Lei em comento:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:
(...)

¹⁵⁶ Dispunha, a esse propósito, o art. 1041 do CPC de 1939: “A execução da sentença arbitral dependerá de homologação”.

¹⁵⁷ “Art. 167. São vedados: (...) II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros sustentam que o referido comando normativo representa, em verdade, mera autorização legislativa para a inserção de cláusula compromissória nos contratos de concessão. “*A melhor interpretação para o dispositivo*” – afirmam – “*é, sem dúvida, a que entende que o legislador, ao contemplar a arbitragem, criou apenas uma autorização para a adoção dessa via de solução de controvérsias para Administração Pública (no caso, a ANP), em respeito ao princípio da legalidade*”¹⁵⁸.

O fato é que, desde a rodada zero promovida pela ANP, houve a inserção de cláusulas compromissórias em todos os contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo, ainda que a redação delas tenha sido significativamente alterada no curso do tempo. E já se vão treze rodadas de licitação, sempre nelas se prevendo o juízo arbitral como via para a resolução de disputas¹⁵⁹.

A previsão legal do uso da arbitragem na Lei nº 9.478/1997, associada à efetiva introdução das correspondentes cláusulas compromissórias nos contratos de concessão, teve por objetivo dar maior segurança jurídica aos investidores e, com isso, aumentar a atratividade, nacional e internacionalmente, dos blocos colocados em disputa, fomentando a concorrência no setor de óleo e gás.

Tudo porque a arbitragem, como meio de resolução de conflitos, seria comparativamente mais eficaz e juridicamente mais segura do que a via jurisdicional. A doutrina¹⁶⁰, de forma generalizada (ainda que com algumas variações), costuma apontar as

¹⁵⁸ TIBURCIO, Carmen & MEDEIROS, Suzana. *Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 241, jul./set. 2005, p. 66.

¹⁵⁹ Vale lembrar, no entanto, que a Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, excepcionalmente, criou um regime diferenciado para os contratos de cessão onerosa de áreas não concedidas localizadas no pré-sal, para o exercício, pela Petrobras, das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, no contexto da capitalização da estatal promovida pelo Governo Lula. Eventuais conflitos que surjam entre a Petrobras e a União, no bojo dos contratos de cessão onerosa, devem ser resolvidos no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ficando afastado o juízo arbitral propriamente dito, nos termos do Parecer AGU/AG 12/2010. Sobre o tema, confira-se: SILVA, Eduardo Silva da. *Brasil e infraestrutura: atualização do direito da empresa e da arbitragem. Primeiras linhas*. In: *Arbitragem. Temas contemporâneos*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 111/114. Em compensação, a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, prevê o uso da arbitragem para os conflitos que surjam no bojo dos contratos de partilha, na forma do seu art. 29, XVIII (“Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção... XVIII – as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”).

¹⁶⁰ Assim, dentre outros: CAHALI, Francisco José, *op. cit.*, p. 116/118; SPINOLA E EDUARDO, Eduardo. *A convenção de arbitragem – uma abordagem prática*. In: BERTASI, Maria Odete Duque & CORRÊA NETTO, Oscaivo Cordeiro. *Arbitragem e desenvolvimento*, São Paulo: Quartier Lati, 2009, p. 16/19; TIBURCIO, Carmen & MEDEIROS, Suzana, *op. cit.*, p. 54/57.

seguintes vantagens na adoção do juízo arbitral (sempre sob uma ótica comparativa com o processo judicial):

- (i) a celeridade na resolução do conflito;
- (ii) a especialização dos árbitros;
- (iii) a participação das partes na escolha do painel arbitral;
- (iv) maior autonomia das partes na definição do direito aplicável e das regras procedimentais;
- (v) a confidencialidade do procedimento; e
- (vi) a preservação do relacionamento das partes envolvidas no conflito.

Nem sempre, todavia, isto é verdade. Conceitualmente, pode até ser. A arbitragem tende a viabilizar a realização da justiça com mais frequência do que a via judicial. E as evidências indicam que, na maioria das vezes, a teoria é confirmada pela prática. Contudo, a má redação da cláusula compromissória e das regras nela previstas podem, perfeitamente, transformar a via arbitral em um périplo, levando o contratante do céu para o purgatório; e às vezes do purgatório para o inferno.

Por isso, só a análise, em concreto, das cláusulas compromissórias (e de eventuais conflitos que com base nela tenham sido instaurados) permitirá uma conclusão mais exata a respeito das vantagens do modelo arbitral adotado no âmbito dos contratos de concessão do setor petrolífero. É aprender com o passado, para se fazer os ajustes necessários para o futuro. Ou ao menos assim deveria ser.

6.2. As rodadas de licitações da ANP.

6.2.1. A rodada zero (1998).

Em todos os contratos de concessão assinados no setor de óleo e gás, desde a rodada zero, a convenção de arbitragem foi sempre inserida na cláusula que trata do “Regime Jurídico” (denominação reproduzida nos contratos celebrados como resultado de todas as demais rodadas de licitação). A referida cláusula contratual dispõe, assim, não apenas a respeito do juízo arbitral, mas cuida também da lei aplicável, do foro de eleição, da conciliação e até da suspensão das atividades contratadas, em caso de litígio. No caso da

rodada zero, especificamente, a cláusula compromissória encontrava-se inserida na Cláusula Vigésima Nona e a redação adotada foi a seguinte:

Cláusula Vigésima-Nona - Regime Jurídico

Lei Aplicável

29.1 Este Contrato será executado, regido e interpretado de acordo com as leis brasileiras, que serão rigorosamente cumpridas pelo Concessionário no exercício dos seus direitos e na execução de suas obrigações aqui previstas.

Foro

29.2 Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou pendências surgidos entre as partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem.

Conciliação

29.3 As Partes envidarão todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada. Poderão também, desde que firmem acordo unânime por escrito, recorrer a perito internacional, para dele obter um parecer fundamentado que possa levar à superação da disputa ou controvérsia.

29.3.1 Firmado um acordo para intervenção de perito internacional, nos termos do parágrafo 29.3, o recurso a arbitragem previsto no parágrafo 29.3 somente poderá ser exercido depois que esse perito tiver emitido seu parecer fundamentado.

Arbitragem

29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma Parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa Parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios: (a) serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras especificadas na letra (d); (b) o lugar da arbitragem será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil; (c) o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, podendo os árbitros, por unanimidade, aceitar depoimentos ou documentos em outro idioma, sem necessidade de tradução oficial; (d) a arbitragem se realizará de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, como em vigor na data de início do procedimento; (e) quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras; (f) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente.

Suspensão de Atividades

29.5 Surgida uma disputa ou controvérsia, a ANP decidirá sobre a suspensão ou não das atividades sobre as quais verse essa disputa ou controvérsia, até a solução da mesma, usando como critério para essa decisão a necessidade de

evitar risco pessoal ou material de qualquer natureza, em especial no que diz respeito às Operações.

Aplicação Continuada

29.6 As disposições desta Cláusula Vigésima-Nona permanecerão em vigor e sobreviverão à extinção ou rescisão deste Contrato, seja por que motivo for.

Algumas considerações se fazem necessárias.

Note-se, em primeiro lugar, que, muito embora a concessionária possa ser uma multinacional estrangeira, a legislação aplicável na interpretação da avença será a brasileira, na forma do item 29.1 do contrato de concessão, competindo ao tribunal arbitral, em caso de litígio, aplicar as leis do país; jamais o direito estrangeiro.

É de se ver, em segundo lugar, que o item 29.2 elege o foro da Cidade do Rio de Janeiro para dirimir eventuais controvérsias surgidas no bojo da execução ou interpretação do contrato, caso não possam ser solucionadas de forma amigável ou por meio de arbitragem. Poder-se-ia cogitar, neste particular, de alguma incompatibilidade entre a cláusula de eleição de foro (item 29.2) e a convenção de arbitragem (item 29.4). E certamente haverá quem diga que a cláusula de eleição de foro subtrai, em certa medida, força e eficácia da cláusula compromissória. Seriam dispositivos incompatíveis e excludentes um do outro.

Não vejo dessa maneira. Tenho a opinião, muito ao contrário, de que a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro podem e devem coexistir. Existem determinados temas que, ainda que contratada a cláusula compromissória, não podem ser resolvidos por via da arbitragem. É lembrar que a via arbitral funciona, apenas, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Em surgindo, excepcionalmente, controvérsia que diga respeito a direitos indisponíveis, a matéria deverá ser levada ao Judiciário para solução. E é recomendável que se eleja, desde logo, o foro judicial competente para dirimir eventuais controvérsias que não possam ser submetidas ao juízo arbitral. Não se pode ignorar, além disso, que a atuação do Tribunal Arbitral se dá, no mais das vezes, em cooperação com o Poder Judiciário. Assim é que, antes de instaurada a arbitragem, cabe ao juiz natural a competência para examinar medidas cautelares e de urgência, à luz do que dispõe o art. 22-A da Lei de Arbitragem¹⁶¹. E muitas vezes, no curso do procedimento arbitral, necessário se faz o cumprimento de alguma decisão de caráter coercitivo, como a condução de uma testemunha, com o apoio do juiz togado, nos termos do art. 22, § 2º, da Lei

¹⁶¹ “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.”

nº 9.307/1996¹⁶². Por fim, a competência do árbitro se esgota com a prolação da sentença arbitral final (art. 29 da Lei¹⁶³), de sorte que, havendo necessidade de se promover a execução do julgado, a competência para conduzir o processo executivo é estritamente judiciária. A interpretação conjunta das cláusulas 29.2 e 29.4 do contrato de concessão da rodada zero há de ser, por conseguinte, no sentido de que a cláusula de eleição de foro tem caráter meramente supletivo, valendo, tão somente, quando houver a necessidade de se levar alguma questão à esfera do judiciário, por não se aplicar ao caso o juízo arbitral ou por se tratar de ato de competência monopolística do Estado-Juiz (como, por exemplo, nas hipóteses de intervenção judicial previstas na Lei nº 9.307/1996).

Há que se ter muito cuidado, todavia, para que o ente estatal, *in casu* a ANP, não faça mau uso da cláusula de eleição de foro, com o propósito de afastar indevidamente a competência do juízo arbitral. É prática corriqueira (e de péssimo tom), fruto da cultura de privilégios e do viés autoritário que ainda cerca a atuação da Administração Pública no Brasil¹⁶⁴, a celebração da convenção de arbitragem, para depois se lhe negar validade, sob o argumento de que versa sobre direitos indisponíveis. Gera, naturalmente, uma atmosfera de desnecessária insegurança jurídica para as partes envolvidas – em especial, o concessionário.

Isso (a recorrente tentativa, pelos entes públicos, de esvaziar o juízo arbitral) tem sido feito com alguma frequência e, felizmente, como regra geral, tem sido rechaçado pelo Judiciário. É emblemático, a propósito, o acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, da relatoria do Ministro Luiz Fux, à época no Superior Tribunal de Justiça. O caso tinha por pano de fundo discussão a respeito da eficácia de cláusula compromissória inserida em contrato de exploração portuária de terminal de uso privativo celebrado entre a TMC – Terminal Modal de Coroa Grande e a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP. Com efeito, após a extinção de processo judicial, em 1ª instância, por ter concluído o juízo da 42ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro pela competência do tribunal arbitral, o então Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia editou a Portaria nº 235/2005 e por meio dela promoveu a rescisão do ajuste e a assunção imediata do terminal, na pretensa tentativa de

¹⁶² “Art. 22 (...) 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.”

¹⁶³ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.”

¹⁶⁴ Vide, a propósito do tema, o capítulo 2 da presente dissertação de mestrado.

evitar, por via transversa, que a questão fosse dirimida pela via da arbitragem. A TMC, inconformada com o ato ilegal de autoridade, manejou mandado de segurança no Colendo STJ, com o objetivo de ver reconhecida a ilegalidade da portaria. E a resposta do judiciário não poderia ter sido mais positiva para o fortalecimento do instituto da arbitragem. Prestigiando-o, entendeu o STJ que a sobredita portaria administrativa não teria o condão de afastar a competência do juízo arbitral, representando verdadeiro atentado contra a decisão prolatada pelo juízo da 42ª Vara Cível do Rio de Janeiro.¹⁶⁵

Mais do que isso, reconheceu o STJ, textualmente, que “*vige na justiça privada, tal como sucede naquela pública, o princípio Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide sobre a sua competência*”¹⁶⁶. Isto é: cabe somente aos árbitros decidir acerca da arbitrabilidade do conflito. Tendo em vista o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (art. 8º, parágrafo único, e art. 20, da Lei 9.307/96), o árbitro deve ser “*o primeiro juiz a dizer sobre sua jurisdição*”¹⁶⁷.

Como consequência, não pode o Poder Público, de *per se*, classificar os atos que pratica, no bojo da execução de um contrato, como arbitráveis ou não arbitráveis. Isso, além de permitir e mesmo estimular o desvio de finalidade, romperia com equilíbrio das partes e com a igualdade que é da essência da arbitragem. A competência para isso é do árbitro; jamais da parte. É a lição de Joaquim de Paiva Muniz:

Veja-se, a esse respeito, que compete ao árbitro e não ao Poder Público reconhecer um ato como de interesse público primário ou secundário, ou como ato de império ou de gestão, para fins de se determinar sua arbitrabilidade. Vale dizer que não basta o Poder Público classificar a matéria como interesse público primário ou como ato de império para que o conflito dela decorrente torne-se inarbitrável, até porque o ato do ente público pode ter sido proferido com desvio de poder. Dessa forma, cabe ao árbitro desconsiderar a qualificação que o Poder Público atribuiu ao seu ato e verificar se, no cerne, atine interesse primário ou secundário, ato de império ou de gestão; caso contrário, haveria desequilíbrio entre as partes, pois o Poder Público poderia, ao fim e ao cabo, gerar a inarbitrabilidade de seu ato para se beneficiar.¹⁶⁸

¹⁶⁵ STJ, Primeira Seção, MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09/04/2008, DJe de 19/05/2008.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 34.

¹⁶⁷ MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137.

¹⁶⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva, *op. cit.*, p. 36.

Inclusive, em havendo lei específica prevendo a solução dos conflitos por via arbitral, como é o caso da regra do art. 43, X da Lei do Petróleo, a exclusão da arbitragem só deve ser admitida em caráter absolutamente excepcional. “*Apenas hipóteses excepcionalíssimas*”, ainda na lição de Joaquim de Paiva Muniz, “*podem gerar a não arbitrabilidade em situações nas quais há permissivo legal, pois a autorização do legislador já descortina que, em regra, as matérias contratadas mostram-se arbitráveis*”¹⁶⁹.

A cláusula 29.3 prevê, ainda, a possibilidade de as partes, de comum acordo, recorrerem a perito internacional, que emitirá laudo técnico sem força vinculante. De acordo com Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros “[a] possibilidade da perícia é, sem dúvida, desejável, pois muitas vezes a controvérsia pode envolver questões eminentemente técnicas que seriam melhor resolvidas com a ajuda de um perito, especialista na matéria”¹⁷⁰. Assim, se as partes estiverem imbuídas de um espírito conciliatório, mas estiverem em dúvida quanto aos direitos e responsabilidades de cada uma, podem contratar perito para emitir opinião técnica, servindo o laudo pericial de base para definir os termos e condições da transação a ser celebrada, evitando, com isso, o desgaste inerente à solução heterocompositiva.

De acordo com a letra da cláusula 29.3.1, a instauração da arbitragem fica condicionada à emissão do parecer fundamentado pelo perito. Fica condicionada, ainda, à percepção da parte no sentido de que inexistem condições para a resolução amigável da controvérsia, na forma do item 29.4 do contrato de concessão. Decorre que, em surgindo, no curso da realização da perícia, alguma questão de urgência que demande solução imediata, caberá à parte recorrer ao Judiciário, para a preservação de seus direitos, na forma do art. 22-A da Lei nº 9.307/1996¹⁷¹. No mais, a segunda condição acima identificada tem cunho predominantemente subjetivo. Faculta-se à parte, a qualquer tempo, dar a conciliação (ou mediação, se for o caso) por encerrada e propugnar pela instauração do juízo arbitral, sem que quanto a isso a parte adversa possa deduzir qualquer tipo de questionamento.

No que tange à instauração e condução do procedimento arbitral em si, merecem destaque os seguintes pontos (*vide* item 29.4¹⁷² do contrato de concessão):

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ TIBURCIO, Carmen & MEDEIROS, Suzana, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷¹ “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.”

¹⁷² Poder-se-ia dizer que a utilização, na cláusula 29.4 do contrato de concessão (“se a qualquer momento uma Parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo

- (i) a arbitragem será institucional, administrada pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, com base em seu Regulamento de Arbitragem;
- (ii) o conflito deverá ser julgado por três árbitros;
- (iii) a sede da arbitragem é no Brasil (Rio de Janeiro-RJ);
- (iv) o idioma da arbitragem será o português, *“podendo os árbitros, por unanimidade, aceitar depoimentos ou documentos em outro idioma, sem necessidade de tradução oficial”*;
- (v) a lei aplicável é a brasileira; e
- (vi) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente.

Conquanto a cláusula não diga, textualmente, que a arbitragem será administrada pela CCI, há expressa opção pelas “Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional”. E, como sabido, a CCI é a única instituição autorizada a administrar arbitragens que tramitem na forma de seu Regulamento¹⁷³. Reforçando essa percepção, a própria cláusula padronizada da CCI exige, tão somente, a opção pelo seu Regulamento, sem dizer, com todas as tintas, que a arbitragem será por ela administrada, o que já é subentendido¹⁷⁴. Não bastasse isso, há também a (quase) impossibilidade prática de se

29.3, então essa Parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem”), do verbo “poderá”, ao invés da expressão “deverá”, geraria certo grau de incerteza quanto ao uso da arbitragem, abrindo para a parte interessada a opção de escolher a via que entendesse mais adequada para a solução do conflito, inclusive a judicial. Isso, contudo, não tem cabimento. O verbo “poderá” diz respeito à opção de deflagrar, ou não, o procedimento arbitral. A parte pode optar por instaurar a arbitragem, ou não. É uma opção dela. A tentativa de conciliação não obriga a parte a, na falta de acordo, buscar a solução arbitral. Eis o sentido da expressão “poderá”, contida na cláusula 29.4.

¹⁷³ O prefácio do Regulamento de Arbitragem e do Regulamento de Mediação informa que “[c]ada Regulamento estabelece um marco institucional estruturado que pretende assegurar transparência, eficiência e justiça no processo de resolução de disputas, ao mesmo tempo que permite às partes exercerem suas escolhas em relação a muitos aspectos do procedimento. A arbitragem é administrada pela Corte Internacional de Arbitragem e a mediação, pelo Centro Internacional de ADR. Estes são os únicos órgãos competentes para administrar procedimentos segundo os respectivos Regulamentos, permitindo às partes beneficiarem-se da experiência, da competência e do profissionalismo de uma instituição líder na resolução de disputas internacionais”. Há, ainda, previsão expressa no artigo 1(2): “A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI (o “Regulamento”). A Corte é o único órgão autorizado a administrar arbitragens submetidas ao Regulamento, incluindo o exame prévio e aprovação de sentenças arbitrais proferidas de acordo com o Regulamento. Compete à Corte aprovar o seu próprio regulamento interno, previsto no Apêndice II (o “Regulamento Interno”).”

¹⁷⁴ A cláusula padrão de arbitragem da CCI prevê o seguinte: “Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento.”

conduzir uma arbitragem *ad hoc* com base no Regulamento da CCI, já que, segundo o regramento aplicável, compete ao referido órgão arbitral institucional a tomada de uma série de importantes medidas na gestão da arbitragem, como, por exemplo, a decisão de confirmação dos árbitros¹⁷⁵ e, também, a fiscalização da qualidade formal das sentenças arbitrais.

A arbitragem institucional – repita-se – se mostra infinitamente mais eficiente do que a arbitragem *ad hoc*. O modelo *ad hoc* é bem mais moroso, juridicamente inseguro e gera um alto risco para as partes de que o conflito venha a desaguar no Judiciário, a fim de que possam ser resolvidas eventuais divergências a respeito da instauração da arbitragem e da formação do Tribunal Arbitral.¹⁷⁶

Vale ressaltar, por relevante, que a opção feita na referida cláusula compromissória foi por uma das mais reconhecidas cortes arbitrais do mundo e possivelmente a mais utilizada, no Brasil, para arbitragens internacionais. Cuida-se de câmara arbitral altamente especializada e respeitada, reforçando a segurança jurídica que é fundamental para o sucesso do instituto da arbitragem. O problema maior aqui, em verdade, não é de qualidade, mas de custo. Com efeito, existem outras entidades especializadas, em âmbito nacional, menos custosas e tão qualificadas quanto a CCI.

Diz a cláusula compromissória, ainda, que o conflito será sempre dirimido por três árbitros. Em linha de princípio, a opção pela formação de um tribunal colegiado, de três árbitros, é sem sombra de dúvida a solução mais adequada e salutar para dirimir eventuais conflitos que envolvam a Administração Pública (no caso, a ANP), por reduzir (ainda que não seja possível eliminá-los) os ímpetus voltados para a prática de corrupção, de tráfico de influência e de outras práticas voltadas para a captura do julgador em benefício de uma das partes. Ademais, a submissão do litígio a um órgão colegiado – conforme já tive a oportunidade de dizer neste trabalho¹⁷⁷ – amplia o espectro de debate e discussão, qualificando as decisões prolatadas no procedimento arbitral e permitindo que sejam a expressão de uma comunhão de vontades e convicções; e não a convicção isolada de um árbitro. Reduz-se com isso a chance de *error in iudicando* e minimizam-se os riscos que derivam da inexistência do

¹⁷⁵ Artigo 1.4 do Regulamento de Arbitragem da CCI: “As decisões da Corte em relação à nomeação, confirmação, impugnação ou substituição de um árbitro serão irrecorríveis e os respectivos fundamentos não serão comunicados.”

¹⁷⁶ Para uma análise mais criteriosa das vantagens da arbitragem institucional, em comparação com o modelo *ad hoc*, confira-se o item 4.4 *supra*.

¹⁷⁷ Vide, a propósito do tema, o item 5.4 da presente dissertação de mestrado.

reexame necessário. A convenção de arbitragem deveria, contudo, ter exigido a formação de um tribunal colegiado, apenas, quando o montante em disputa fosse superior a um piso mínimo (quicá de R\$ 3.000.000,00). Cabe recordar que, a depender do grau de complexidade técnica e do valor da causa, a opção por três árbitros pode representar um custo demasiadamente elevado e pode, inclusive, levar à própria negação do acesso à justiça. Nesse sentido, pode ocorrer de, em função do custo envolvido na arbitragem, a parte preferir por não deflagrar o procedimento arbitral, mesmo não tendo dúvida de que teve um direito seu violado. É perfeitamente possível ainda que, para causas de maior simplicidade, a opção por árbitro único seja a mais adequada. Inquestionavelmente, em se tratando de arbitragem com o Poder Público, a regra geral há de ser a de três árbitros. Não parece recomendável, todavia, que se descarte por completo a solução do conflito por árbitro único, sobretudo para causas de menor complexidade técnica e de reduzido valor.

Fez bem, ademais, a ANP em indicar o Brasil como sede. É lembrar que, para o art. 34, parágrafo único, da Lei 9.307/1996, se considera “*sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional*”. Por sua vez, o art. 35, também da Lei de Arbitragem, dispõe que “[p]ara ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça”. Ao eleger o Brasil como sede da arbitragem (ainda que internacional), a ANP afastou a necessidade de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da interpretação conjugada dos arts. 34, parágrafo único, e 35 da Lei nº 9.307/1996, e conferiu, por consequência, maior celeridade a eventual procedimento arbitral que venha a ser instaurado para dirimir conflitos entre poder concedente e concessionária.

É também louvável (ainda que desnecessária) a previsão de que os árbitros, por decisão unânime, possam aceitar documentos em outros idiomas que não o português. É usual que, em conflitos surgidos no âmbito do setor de petróleo e gás, as negociações, as atas de reunião e os documentos produzidos no curso da execução do contrato estejam todos em língua estrangeira, normalmente o inglês, e muitas das testemunhas e dos técnicos envolvidos sejam estrangeiros (que não conhecem o vernáculo). A referida estipulação contratual otimiza o procedimento e reduz despesas com tradução.

Por fim, prescreve o item 29.4 (f) do contrato de concessão que “*o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente*”. Cuida-se, em verdade, de estipulação contratual desnecessária e redundante, servindo apenas para reforçar o teor dos comandos normativos consagrados nos art. 18 e 35 da Lei nº 9.307/1996, quais sejam, o de que a sentença arbitral “*não fica sujeita a recurso ou*

a homologação pelo Poder Judiciário” e o de que “produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

O item 29.6 encerra a Cláusula Vigésima Nona, deixando claro que as disposições nela contidas permanecerão em vigor mesmo após a eventual extinção ou rescisão do contrato. É cláusula frequente nas convenções de arbitragem, realçando que, mesmo após extinto o contrato, eventuais conflitos que derivem da sua aplicação ainda assim serão resolvidos pela via arbitral.

6.2.2. A primeira rodada (1999).

Em linhas gerais, a cláusula compromissória prevista nos contratos de concessão da primeira rodada de licitação muito se assemelha com a versão contida na rodada anterior. A única alteração digna de nota encontra-se no item 29.4, cujo teor é o seguinte:

Arbitragem

29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios (a) a arbitragem será realizada de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas. (b) serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte (com todos os Concessionários agindo como uma única só Parte) e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI; (c) o lugar da arbitragem será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil; (d) o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, sendo que as partes poderão submeter depoimentos ou documentos em inglês (ou qualquer outra idioma se os árbitros assim decidirem), sem necessidade de tradução oficial; (e) quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras; (f) o laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente.

Na cláusula compromissória que constava do contrato de concessão da rodada zero de licitação, a menção ao Regulamento de Arbitragem da CCI dava-se, tão somente, na alínea “d” da Cláusula 29.4, isto é, foi inserida após as estipulações contratuais que tratavam da forma de composição do tribunal arbitral, da sede da arbitragem e do idioma aplicável. Já na cláusula compromissória constante da primeira rodada, a referência ao Regulamento da CCI encontra-se na alínea “a” do item 29.4, o que parece uma opção tecnicamente mais adequada,

já que a formação do tribunal arbitral se dá com observância, justamente, das regras do Regulamento da CCI. Estabelece o regramento da CCI, a propósito, que cada parte indicará o seu coárbitro e o terceiro árbitro, que desempenhará o papel de Presidente, será indicado pela CCI (artigos 12.4 e 12.5)¹⁷⁸.

Quanto ao conteúdo da cláusula, duas são as alterações promovidas em relação à versão anterior. Primeiro, acrescentou-se à cláusula 29.4 que a arbitragem será realizada segundo as regras da CCI “*ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas*”. Assim, em surgindo o conflito, permanecem as partes com a faculdade de, em comum acordo, mudar as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, permitindo-se, inclusive, que escolham outro regulamento de arbitragem e outra câmara especializada, distinta da CCI, para gerir o procedimento.

Ademais, foi introduzida na cláusula 29.4 “b”, com o objetivo de antecipar eventuais controvérsias interpretativas que poderiam surgir a respeito do tema, regra estipulando que todos os concessionários devem agir como uma só parte, em sinergia, para fins de indicação do coárbitro. Aqui, a previsão contratual volta-se para as delicadas arbitragens multiparte. A atuação de empresas em litisconsórcio encontra previsão nas Regras da CCI, no art. 12(6), que dispõe o seguinte: “*Quando houver múltiplos requerentes ou múltiplos requeridos e o litígio for submetido a três árbitros, os múltiplos requerentes ou os múltiplos requeridos deverão designar conjuntamente um árbitro para confirmação nos termos do artigo 13*”. Em princípio, a aplicação em concreto da referida disposição contratual não tende a gerar maiores problemas, na medida em que, como regra, as pretensões dos concessionários estarão alinhadas. Pode ocorrer, porém, de não possuírem os concessionários afinidade de interesses ou de pretensões. Nesta hipótese, a CCI se reserva no direito de indicar todos os membros do

¹⁷⁸ “Artigo 12 - Constituição do tribunal arbitral - Número de árbitros - Três árbitros (...) 4 Quando as partes tiverem convencionado que o litígio deverá ser solucionado por três árbitros, as partes designarão no Requerimento e na Resposta, respectivamente, um árbitro para confirmação. Se uma das partes deixar de designar o seu árbitro, este será nomeado pela Corte. 5 Quando o litígio tiver de ser solucionado por três árbitros, o terceiro árbitro, que atuará na qualidade de presidente do tribunal arbitral, será nomeado pela Corte, a menos que as partes tenham decidido por outro procedimento para a sua designação, caso em que esta ficará sujeita a confirmação nos termos do artigo 13. Caso tal procedimento não resulte em designação dentro de 30 dias da confirmação ou nomeação dos co-árbitros ou dentro de qualquer outro prazo acordado pelas partes ou fixado pela Corte, o terceiro árbitro deverá ser nomeado pela Corte (...)”.

tribunal arbitral, de acordo com o artigo 12(8) de seu Regulamento¹⁷⁹. Tal medida serve para assegurar a igualdade das partes e encontra respaldo na jurisprudência internacional¹⁸⁰.

6.2.3. A segunda rodada (2000).

A cláusula de “Regime Jurídico” da segunda rodada de licitação foi renumerada e passou a ser a Cláusula Trigésima Primeira. Houve unicamente uma modificação importante, no item 31.2, ao qual se deu a seguinte redação:

Foro

31.2 Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou litígios surgidos entre as Partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato.

(...)

Arbitragem

31.4 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios (a) A arbitragem será realizada de acordo com as Regras da Câmara de Comércio Internacional, ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas. (b) Serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte (com todos os Concessionários agindo como uma única só Parte) e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da Câmara de Comércio Internacional, ou outras normas escolhidas conforme o parágrafo 31.4(a); (c) O lugar da arbitragem será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil; (d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, sendo que as Partes poderão submeter depoimentos ou documentos em inglês (ou qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem), sem necessidade de tradução oficial; (e) Quanto ao mérito,

¹⁷⁹ Art. 12 (8): “Na falta de designação conjunta nos termos dos artigos 12(6) e 12(7) e não havendo acordo das partes a respeito do método de constituição do tribunal arbitral, a Corte poderá nomear todos os membros do tribunal arbitral, indicando um deles para atuar como presidente. Neste caso, a Corte terá liberdade para escolher qualquer pessoa que julgue competente para atuar como árbitro, aplicando o artigo 13, quando julgar apropriado.”

¹⁸⁰ Vide, em especial, o *leading case* Dutco Construction Co. v. Siemens AG-BKMI, julgado pela Corte de Cassação de Paris, em 1992, que firmou orientação no sentido de que os litisconsortes têm o direito, cada um, de indicar o coárbitro, não podendo ser compelidos a apontá-lo em conjunto. Resultado disso é que, não chegando as partes a um consenso, a nomeação de todo o tribunal arbitral passa para a câmara de arbitragem, sob pena de violação ao princípio da igualdade. A referida decisão influenciou a alteração do próprio Regulamento da CCI. Sobre o tema, confira-se: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral*. In: Consultor Jurídico, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral>. Acesso em 31 de janeiro de 2016. Veja-se ainda, na doutrina internacional: BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, p. 230.

decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras; (f) O laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes, podendo ser executado perante qualquer juízo ou tribunal competente.

Com efeito, foi suprimida a parte final da cláusula de eleição de foro, precisamente a parte que ressaltava que a competência do juiz togado ficaria restrita àqueles casos “*que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem*”. Em função disso, existem nos contratos de concessão da segunda rodada da ANP duas disposições contraditórias e incompatíveis. O item 31.2 versa sobre a eleição de foro e preconiza que “[f]ica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou litígios surgidos entre as Partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato”, ao passo que o item 31.4 estabelece que “[s]e a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo”.

Não há muita clareza a respeito do porquê da modificação introduzida pela ANP nos contratos de concessão. Cabe observar, no entanto, que há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em situação idêntica, no sentido de que, em havendo em um contrato a convenção de arbitragem e também a cláusula de eleição de foro, a via judiciária funciona apenas em caráter supletivo, para aquelas hipóteses em que a arbitragem não for aplicável (*vide* Recurso Especial nº 904.813/SP)¹⁸¹. A propósito da questão, vale conferir os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona:

Seria possível a convivência pacífica, num mesmo contrato, de cláusula de eleição de foro (art. 111 do Código de Processo Civil) e de cláusula arbitral (art. 4º da Lei de Arbitragem)? Num primeiro momento, parece que as duas cláusulas seriam antagônicas: a primeira, que elege o foro (comarca) onde será dirimida controvérsia decorrente de determinado contrato, estaria apontando para o órgão do Poder Judiciário competente para dirimir eventual controvérsia entre as partes contratantes; a cláusula compromissória demonstra, porém, a escolha das partes de entregar a árbitros (não a um órgão do Poder Judiciário) a solução de eventual controvérsia. O antagonismo, como se verá, é apenas

¹⁸¹ STJ, Terceira Turma, RESP 904813/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 20/10/2011, DJ de 28/02/2012: “A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência, execução da sentença arbitral, instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.” Em seu voto, em passagem digna de nota, a Ministra Relatora assevera que “[a]mbas as cláusulas podem conviver harmonicamente, de modo que as áreas de abrangência de uma de outra são distintas, inexistindo qualquer conflito”.

aparente, pois o Poder Judiciário poderá ser chamado a atuar ainda que o contrato contenha cláusula compromissória.¹⁸²

Quer dizer, tudo mudou e nada mudou. Ou como diria a cultura popular: “*tudo como dantes no quartel de Abrantes*”. A redação da cláusula que trata do “Regime Jurídico” foi alterada, mas a interpretação que se lhe há de conferir permanece idêntica àquela que vigia nos contratos anteriores.

6.2.4. A terceira rodada (2001).

A cláusula compromissória que constou da terceira rodada de licitações da ANP sofreu apenas uma alteração, precisamente no item 31.2, que trata do foro de eleição. Reza a aludida estipulação contratual:

Foro

31.2 Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil, para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou litígios surgidos entre as Partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não venham a ser resolvidos por conciliação ou arbitragem.

Como se vê, a ANP promoveu a correção da cláusula de eleição de foro, reafirmando, nos termos do item 31.2, que o foro de eleição seria válido para solucionar dúvidas, controvérsias e conflitos “*que não venham a ser resolvidos por conciliação ou arbitragem*”. Ou seja: resgatou-se a redação que constou das duas primeiras rodadas de licitação, ficando superada qualquer interpretação que conferisse prioridade à via judiciária, em detrimento do juízo arbitral.

De resto, foi mantida a redação dada à cláusula que constava da rodada anterior.

6.2.5. A quarta rodada (2002).

Leia-se, abaixo, o teor dos itens 31.3 e 31.4 da cláusula compromissória constante da quarta rodada de licitação, *in verbis*:

¹⁸² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 114.

Arbitragem

31.3 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, então essa parte deverá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes princípios: (a) Serão três os árbitros, escolhidos um por cada Parte (com todos os Concessionários agindo como uma única só Parte) e o terceiro, que exercerá as funções de presidente; (b) O sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral será a cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, Brasil; (c) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa, sendo que as Partes poderão submeter depoimentos ou documentos em inglês (ou qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem), sem necessidade de tradução oficial; (d) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras; (e) O laudo arbitral será definitivo e obrigará as Partes.

Foro

31.4 Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, e onde mais se aplicar, as Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, com único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

De atenta leitura da sobredita cláusula contratual, é possível identificar modificações, mais uma vez, na redação dos itens que tratam da arbitragem e do foro de eleição.

Primeiro, optou-se por substituir a expressão “poderá”, por “deverá”, no que diz respeito à instauração do procedimento arbitral, pondo um fim a qualquer dúvida que persistisse quanto à competência primária da jurisdição arbitral para conhecer e dirimir conflitos que surgissem no bojo da execução e interpretação dos contratos de concessão celebrados com a ANP.¹⁸³

Segundo, preocupou-se a ANP em deixar claro que a via judicial fica reservada para conflitos “*que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, e onde mais se aplicar*”, reconhecendo a competência subsidiária do Judiciário, quer para tratar de questões que envolvam direitos indisponíveis, quer para tomar medidas de caráter coercitivo e executório.¹⁸⁴

Terceiro, promoveu-se a supressão da estipulação contratual que permitia às partes, de comum acordo, aderir a regramento distinto do Regulamento da CCI. Quer dizer: retornou-se à redação que constava da rodada zero. A relevância prática da referida alteração é relativa.

¹⁸³ Vide, a propósito da questão, a nota de rodapé nº 172 *supra*.

¹⁸⁴ Reporto-me, aqui, aos comentários que fiz 6.2.1 sobre o tema.

Mesmo na ausência de previsão contratual, parece-me que as partes podem, a qualquer tempo, por acordo e justificadamente, modificar os termos da cláusula compromissória, no que diz respeito às regras aplicáveis ao procedimento arbitral, sem que essa possibilidade tenha que dela constar textualmente.

6.2.6. A quinta rodada (2003).

A cláusula compromissória inserida nos contratos da quinta rodada reproduz o conteúdo da versão que constou da rodada anterior, valendo aqui o que se disse ali, *ipsis litteris*.

6.2.7. A sexta rodada (2004).

A sexta rodada de licitações promovida pela ANP trouxe uma mudança substancial na convenção de arbitragem, quando confrontada com as cláusulas inseridas nas rodadas anteriores. A propósito, dispõe o item 31.4 da cláusula compromissória:

Arbitragem “ad hoc”

31.4 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia à processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (b) Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente; (c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral; (d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial; (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras; (f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes.

Dela se vê que, em caso de conflito, a arbitragem não mais será gerenciada pela CCI. Abandonou-se a opção pela arbitragem institucional (isto é, aquela que é administrada por uma câmara arbitral), optando-se pelo modelo *ad hoc* (*vide* item 31.4). Nada obstante, caberá ao painel arbitral que vier a ser escolhido – curiosamente – conduzir a arbitragem tendo

“como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional”.

Fez-se uma péssima escolha, na minha opinião¹⁸⁵. A arbitragem institucional é, inquestionavelmente, mais apropriada para dirimir conflitos que envolvam a Administração Pública. Salvo se houver muito boa vontade das partes, legitimamente imbuídas do espírito de levar a arbitragem a termo, o modelo *ad hoc* tende a desaguar no Poder Judiciário, sempre que surgir algum empecilho ao prosseguimento do procedimento arbitral (como, por exemplo, eventual dificuldade na escolha pelos coárbitros do presidente do tribunal arbitral; questionamento quanto ao valor dos honorários; a recusa de uma das partes em indicar o coárbitro; etc.).

A utilização do Regulamento de Arbitragem da CCI como parâmetro na condução da arbitragem apenas serve para reforçar a precariedade da cláusula e dificultar o regular desenvolvimento do procedimento arbitral. E isso porque, como sabido, é inviável a aplicação, em sua inteireza, do regramento da CCI em um procedimento *ad hoc*. Basta recordar que a corte de arbitragem da CCI dispõe de órgãos próprios e competências específicas, que não têm como ser fielmente reproduzidas, sequer, pelas instituições arbitrais brasileiras e, menos ainda, em uma arbitragem *ad hoc*. Um exemplo disso é o escrutínio que faz, por órgão bem particular da sua estrutura, quanto aos aspectos formais da sentença arbitral, com o objetivo de zelar pela sua qualidade e minimizar os riscos de anulação do *decisum* pelo Poder Judiciário. Em percuciente exame da questão, Carlos Alberto Carmona anota que:

Em tema de patologia, há ainda uma outra questão a lembrar: trata-se das cláusulas compromissórias que determinam a aplicação de regras de uma instituição arbitral por outra entidade, cuja estrutura não comporta (ou efetivamente impede) a plena operacionalidade das regras escolhidas. Estou me referindo a uma situação que tem ocorrido com certa frequência, em que as partes determinam, na cláusula compromissória, que a arbitragem será administrada por certa entidade brasileira, aplicando, porém, as regras da CCI. O exemplo não é casual: e em São Paulo já tive oportunidade de ver algumas cláusulas com esta anomalia. A consequência de tal escolha costuma ser deletéria, pois o órgão arbitral brasileiro pode não admitir a utilização de procedimentos forasteiros; pode ainda ocorrer (hipótese mais usual) que o órgão administrador brasileiro, ainda que flexível quanto a regras procedimentais, não tenha estrutura compatível com as regras escolhidas (no caso da CCI, o escrutínio, constante do regulamento de

¹⁸⁵ Vide as considerações que fiz sobre o tema no item 4.4 da presente dissertação de mestrado.

tal entidade, pode ser impossível pela inexistência de órgão capaz de fazer a revisão formal da sentença arbitral¹⁸⁶.

Não é por outra razão que o Regulamento de Arbitragem da CCI prevê, expressamente, em seu artigo 1(2), que ela é a única entidade competente para administrar arbitragens com base no regramento da entidade. Confira-se:

A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI (o “Regulamento”). A Corte é o único órgão autorizado a administrar arbitragens submetidas ao Regulamento, incluindo o exame prévio e aprovação de sentenças arbitrais proferidas de acordo com o Regulamento. Compete à Corte aprovar o seu próprio regulamento interno, previsto no Apêndice II (o “Regulamento Interno”).

Analisando, especificamente, a cláusula compromissória constante dos contratos de concessão da sexta, sétima, oitava, nona e décima rodadas de licitações da ANP, assinala Joaquim de Paiva Muniz o seguinte:

A maior preocupação em relação às cláusulas compromissórias desses contratos de concessão para petróleo e/ou gás é que, em algumas delas, existe previsão de arbitragem *ad hoc*, mas conduzida sobre regras da CCI. Entretanto, em vista das peculiaridades das regras da CCI, tal como julgamento de impugnação de árbitros e escrutínio da sentença pela “Corte” daquela entidade, pode-se alegar que apenas a CCI poderia conduzir arbitragens segundo suas próprias regras.¹⁸⁷

Cabe ao operador do direito, neste caso, buscar a interpretação que tenha o melhor resultado prático possível, sem se afastar da letra do contrato. Nunca é demais lembrar que, na interpretação do direito posto, deve o exegeta guiar-se sempre pela solução “*que melhor corresponda às necessidades da prática*”¹⁸⁸, “*que conduza à melhor consequência para a coletividade*”¹⁸⁹, interpretando o direito “*inteligentemente: não de modo que a ordem legal*

¹⁸⁶ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 113/114.

¹⁸⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁸ Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁹ *Idem*.

envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”¹⁹⁰.

Se não há como se aplicar, na íntegra e em sua inteireza, o regulamento da CCI, a referida cláusula compromissória há de ser compreendida no sentido de que compete aos árbitros seguir, na condução do procedimento, as diretrizes estabelecidas no regramento da referida instituição, na medida do possível e naquilo que for compatível como uma arbitragem *ad hoc*. Eventuais regras que sejam incompatíveis com o modelo *ad hoc*, devem ser desconsideradas pelo painel arbitral.

6.2.8. A sétima rodada (2005).

A versão da convenção de arbitragem constante da sétima rodada é praticamente idêntica àquela que fora inserida nos contratos de concessão da sexta rodada. Houve, em realidade, uma única modificação na redação da convenção de arbitragem, no item 31.5:

Arbitragem “ad hoc”

31.5 Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2, deverá submeter essa disputa ou controvérsia à processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. (b) Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente. (c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral. (d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial. (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras. (f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. (g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável.

Com efeito, incluiu-se nela a previsão de ajuizamento, perante o Poder Judiciário, de medidas cautelares e outras medidas de urgência, quando isso se fizer necessário, na forma do

¹⁹⁰ *Idem*, p. 166.

correspondente item 31.5 (g), na linha do que já preconizava a doutrina arbitral. A referida possibilidade encontra respaldo hoje na Lei nº 13.129/15, que adicionou o artigo 22-A à Lei nº 9.307/96, o qual dispõe que “[a]ntes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

6.2.9. A oitava rodada (2006).

A cláusula sobre o “Regime Jurídico” constante dos contratos de concessão da oitava rodada sofreu apenas um pequeno ajuste redacional, de cunho formal, sendo despicienda a reprodução de seu inteiro teor. Substituiu-se na cláusula de eleição de foro, tão-só, a expressão “foro da Cidade do Rio de Janeiro” por “foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro” (vide item 31.6 da referida disposição contratual). Isso, na verdade, sequer era necessário e já estava subentendido, considerando que a ANP, entidade autárquica federal, figura sempre como poder concedente nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, de modo que eventuais litígios judiciais que tenham a agência como parte devem ser necessariamente processados e julgados perante a Justiça Federal, na forma do art. 109, I, da Constituição da República¹⁹¹.

6.2.10. A nona e a décima rodadas (2007 e 2008).

Também não foi promovida qualquer alteração significativa, no que diz respeito ao procedimento arbitral, nas cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão constantes da nona rodada e da décima rodada de licitações da ANP, valendo aqui tudo o que já se disse anteriormente.

6.2.11. A décima primeira rodada (2013).

Foi apenas em 2013, por ocasião da décima primeira rodada de licitações da ANP, que foram promovidas novas e substanciais alterações nas cláusulas compromissórias constantes dos contratos de concessão do setor de óleo e gás. A última mudança relevante tinha ocorrido

¹⁹¹ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (...)”.

em 2004, no contexto da sexta rodada. A redação atribuída aos itens 33.5 e 33.6 da cláusula arbitral foi a seguinte:

Arbitragem

33.5 Caso, a qualquer momento, uma das Partes considere que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 33.2, deverá submeter tal questão a arbitragem *ad hoc*, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL e em consonância com os seguintes preceitos: a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL; b) Deverão ser escolhidos três árbitros. Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente; c) Mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto; d) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral; e) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial; f) Toda e qualquer despesa necessária à instalação e desenvolvimento da arbitragem, tais como custas e adiantamento de honorários arbitrais e periciais, serão suportados exclusivamente pelo Concessionário. A ANP somente ressarcirá tais valores em caso de condenação final, na forma como decidido pelos árbitros; g) No mérito, os árbitros decidirão com base nas leis substantivas brasileiras; h) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. Quaisquer valores porventura devidos pela ANP serão quitados através de precatório judicial, salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido; e i) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias antes de instituída a arbitragem, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na Legislação Aplicável.

33.6 As Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens “b” ao “i” do parágrafo 33.5.

33.6.1 Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União.

É verdade que a arbitragem *ad hoc* foi preservada, como regra geral. Em compensação, a previsão de aplicação ao procedimento arbitral do Regulamento de Arbitragem da CCI (tal e qual estipulado nas precedentes cláusulas compromissórias) foi substituída, em boa hora, pela previsão de incidência das regras da United Nations

Commission on International Trade Law – UNCITRAL (item 33.5), eliminando, com isso, as já apontadas dificuldades inerentes à utilização do regramento da CCI em arbitragens que sigam o modelo *ad hoc*. As regras da UNCITRAL foram elaboradas para albergar arbitragens *ad hoc* e têm sido largamente utilizadas para esse fim. Ao assim fazer, a ANP, numa só tacada, reduziu a insegurança jurídica que recaia sobre as cláusulas compromissórias constantes dos contratos de concessão e, ao mesmo tempo, minimizou as chances de questionamento judicial do procedimento arbitral.

Muito embora não tenha havido, ainda, o resgate do modelo institucional, a cláusula compromissória, em um avanço significativo em relação às versões constantes das quatro rodadas anteriores, voltou a admitir que as partes, de comum acordo, possam institucionalizar a arbitragem, na própria CCI ou mesmo em câmara arbitral doméstica, notoriamente reconhecida e de reputação ilibada (*vide* item 33.6 dos contratos de concessão). O problema de deixar a definição disso para momento posterior é que é muito mais difícil uma composição sobre o assunto, ainda que voltada unicamente para definir a câmara especializada que vai gerenciar o procedimento arbitral, quando o litígio já está instaurado e os ânimos estão aflorados. Isso só será possível – perceba-se – se as partes estiverem efetivamente de boa-fé, imbuídas do espírito de equacionar a questão e seguir em frente. Por isso, na prática, a tendência é a de que as arbitragens continuem sendo processadas na modalidade *ad hoc*, em que pese a previsão contida no item 33.6.

Outra novidade alvissareira consiste na possibilidade, prevista no item 33.5, “c”, de “*ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto*”, mediante acordo a ser firmado pelas partes. De fato, a exigência contratual de formação de um painel arbitral, de natureza colegiada, em causas de menor relevância econômica, pode representar, na prática, verdadeira negativa de acesso à justiça, fomentando a prática de pequenos ilícitos e de infrações contratuais de reduzido impacto econômico. A possibilidade de se ter o conflito solucionado por árbitro único pode servir para mitigar os custos da arbitragem nos casos em que o montante em disputa não for considerado elevado. A dificuldade aqui reside, mais uma vez, na necessidade de consenso para afastar o painel arbitral e viabilizar a nomeação do árbitro único. Isso – repita-se – é impraticável quando os ânimos estão sobressaltados e uma das partes está sedenta por impor a sua vontade à outra. O ideal, por isso mesmo, seria que a cláusula arbitral já estabelecesse em quais situações o litígio seria dirimido por árbitro único, definindo, desde logo, um teto de valor para tais casos.

Estabelece, ainda, o item 33.5, “h”, do contrato de concessão que valores eventualmente devidos pela ANP serão quitados por via do regime de precatório judicial,

“*salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido*”. A contrário senso, a disposição contratual em referência admite a possibilidade de que a ANP reconheça administrativamente a eficácia da sentença arbitral, cumprindo-a espontaneamente, sem que seja necessário ao credor ter que executá-la na esfera judicial. É previsão saudável e própria de uma nova mentalidade do direito administrativo, voltada para uma atuação mais equilibrada e consensual do Poder Público¹⁹².

Ajustou-se, ainda, o item 33.5, para delimitar que a competência jurisdicional para conhecer de medidas cautelares e de urgência fica restrita ao período anterior à instituição do tribunal arbitral. Depois disso, caberá ao painel que vier a ser constituído a prerrogativa de conceder, ou não, medidas de urgência, na linha preconizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁹³ e, mais recentemente, normatizada com a aprovação da Lei nº 13.129/2015 e a introdução do art. 22-B da Lei de Arbitragem¹⁹⁴.

As modificações introduzidas na cláusula sobre o “Regime Jurídico” poderiam ter se encerrado por aí. Eis que, num arroubo autoritário, próprio da tradição da Administração Pública no Brasil, inseriu no contrato estipulação transferindo para o concessionário o ônus de ter que arcar com a totalidade das despesas necessárias à instalação e desenvolvimento da arbitragem, aí incluídos, mas a tais despesas não se limitando, honorários arbitrais e periciais. Caberá à ANP, única e tão somente, restituir os valores suportados pelo concessionário a esse título, em caso de condenação final, na forma como for decidido pelo Tribunal Arbitral. A sobredita previsão contratual segue a linha do que foi posteriormente consagrado no art. 3º,

¹⁹² Confira-se, a propósito da questão, o item 5.6. deste trabalho.

¹⁹³ STJ, Terceira Turma, RESP 1297974/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/06/2012, DJe de 19/06/2012: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido.”

¹⁹⁴ “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

VII do Decreto nº 8.465/2015, no âmbito do setor portuário.¹⁹⁵ E, da mesma forma, fere de morte o princípio da igualdade das partes, consagrado no art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996, tão caro e fundamental ao instituto da arbitragem. Não é minimamente razoável imputar ao particular o ônus de arcar com todas as despesas do procedimento arbitral. A referida exigência, inclusive, pode acabar por dificultar – ou até mesmo impossibilitar - o acesso à justiça, por tornar a via arbitral demasiadamente custosa para o concessionário.

Por fim, estatui a convenção de arbitragem que, caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União, sendo de se supor que a regra tem alcance, especificamente, para a Petrobras, nos casos em que figure como concessionária, por ser empresa estatal integrante da Administração Pública Federal indireta.

6.2.12. A décima segunda rodada (2013).

A convenção arbitral inserida nos contratos da décima segunda rodada não discrepa do conteúdo da versão que constou da décima primeira rodada, pelo que se aplica aqui tudo que se expôs no item anterior.

6.2.13. A décima terceira rodada (2015).

Ao longo do tempo, muitas foram as alterações promovidas, pela ANP, na redação das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados no âmbito do setor de óleo e gás. E a verdade é que, se o cenário já não era exatamente o mais favorável à arbitragem desde a rodada zero, houve uma piora gradativa no decurso dos anos, culminando com a precária redação constante do item 34.7 da avença celebrada pelas partes.

Em realidade, em confronto com a versão anterior, dois foram os ajustes feitos na convenção de arbitragem. Um positivo (contido no item 34.2); o outro assustadoramente preocupante (item 34.7). O item 34.7, especificamente, está desalinhada das melhores práticas arbitrais, gerando enorme insegurança jurídica para os contratantes, sobretudo para eventuais investidores que tenham interesse no setor de produção e exploração de petróleo no Brasil. É a expressão clara do fenômeno que tive a oportunidade de descrever no capítulo 2 e que os

¹⁹⁵ Vide item 5.4 *supra*.

teóricos dos estudos organizacionais têm o costume de definir como a “resistência à mudança”.

Dispõem os itens 34.2, 34.5, 34.6 e 34.7 da convenção de arbitragem:

Conciliação

34.2. As Partes se comprometem a envidar todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada. 34.2.1. Tais esforços devem incluir, no mínimo, a solicitação de uma reunião específica de conciliação pela parte insatisfeita, acompanhada de seu pedido e de suas razões de fato e de direito. 34.2.2. A solicitação deverá ser atendida, com o agendamento da reunião pela outra parte em até 30 dias do pedido, nos escritórios da ANP. Os representantes das partes deverão ter poderes para transigir sobre a questão. 34.2.3. Após a realização da reunião, caso não se tenha chegado a um acordo de imediato, as partes terão no mínimo mais 30 dias para negociarem uma solução amigável.

(...)

Arbitragem

34.5. Após o procedimento previsto no parágrafo 34.2, caso uma das Partes considere que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 34.2, deverá submeter tal questão a arbitragem ad hoc, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL e em consonância com os seguintes preceitos: a) a escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL; b) deverão ser escolhidos três árbitros. Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente; c) mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto; d) a cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral; e) o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma, nos termos do que decidido pelos árbitros, sem necessidade de tradução oficial; f) toda e qualquer despesa necessária à instalação e desenvolvimento da arbitragem, tais como custas e adiantamento de honorários arbitrais e periciais, serão suportados exclusivamente pelo Concessionário. A ANP somente ressarcirá tais valores em caso de condenação final, na forma como decidido pelos árbitros; g) no mérito, os árbitros decidirão com base nas leis substantivas brasileiras; h) a sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. Quaisquer valores porventura devidos pela ANP serão quitados através de precatório judicial, salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido; e i) havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias antes de instituída a arbitragem, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na Legislação Aplicável.

34.6. As Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens “b” ao “i” do parágrafo 34.5. 34.6.1. Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União.

34.7. As Partes desde já declaram estar cientes de que a arbitragem de que trata este parágrafo refere-se exclusivamente sobre controvérsias decorrentes do Contrato ou com ele relacionadas, e apenas é possível, nos termos da Lei n.º 9.307/96, sobre direitos patrimoniais disponíveis. 34.7.1. Considera-se direito patrimonial disponível, para fins desta cláusula arbitral, os direitos e deveres cujo fundamento são as cláusulas sinalagmáticas do presente contrato, e que não envolvam obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental.

A inovação de caráter positivo (mas que ficou em segundo plano, como irrelevante, ante a assustadora previsão contida no item 34.7.1 da cláusula compromissória) corresponde à introdução nos contratos de concessão da chamada cláusula escalonada. A cláusula escalonada, segundo a definição de Carlos Alberto Carmona, corresponde àquela em que “*as partes avençam que se submeterão a procedimento de mediação (ou de conciliação, conforme seja o caso) e, não chegando a um acordo, instaurarão desde logo a arbitragem*”¹⁹⁶. No caso em exame, não apenas as partes se “*comprometem a envidar todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada*”, como os itens 34.2.1 a 34.2.4 indicam o passo a passo de como a conciliação/mediação deve ocorrer. Assim, reza o item 34.2 que “[*t*]ais esforços devem incluir, no mínimo, a solicitação de uma reunião específica de conciliação pela parte insatisfeita, acompanhada de seu pedido e de suas razões de fato e de direito” (34.2.1) e que “[*a*] solicitação deverá ser atendida, com o agendamento da reunião pela outra parte em até 30 dias do pedido, nos escritórios da ANP” (34.2.2).

Ainda assim, ante o teor do item 34.7.1, melhor teria sido a exclusão da cláusula arbitral dos contratos de concessão e o resgate da tradicional cláusula de eleição de foro que atribui ao judiciário competência plena para dirimir os conflitos que derivem da aplicação do contrato e de suas cláusulas. Quando se sabe, de antemão, que eventuais conflitos deverão ser equacionados na via judicial, tem-se ao menos previsibilidade quanto a como o Poder

¹⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 34.

Judiciário funciona, quais os custos envolvidos em eventual conflito judicial e quais os custos que derivam do tempo para que a controvérsia seja definitivamente equacionada. A solução adotada pela ANP não permite sequer isso. Não há como se identificar, da leitura da cláusula 34.7.1, quais os casos que podem ser resolvidos pela via arbitral, separando-os daquilo que deve ser levado ao judiciário. Resta, portanto, apenas insegurança jurídica; e nada além disso.

Toda essa lambança é fruto do inconformismo da ANP com pedido de instauração de arbitragem formulado pela Petrobras, BG E&P Brasil e Petrogal Brasil em face da ANP, por meio do qual pretendiam as concessionárias questionar a decisão da agência reguladora que lhes negou a pretensão de separar o Campo de Lula em dois (Campo de Lula e Campo de Cernambi), o que acarretaria uma substancial redução no valor das participações especiais que devem ser recolhidas pelos concessionários. As manchetes dão notícia de que o valor total a ser pago, a título de “participações especiais”, corresponderia a R\$ 50 bilhões em 35 anos¹⁹⁷. Na ocasião, preocupada com o resultado de eventual arbitragem, propôs a ANP, ainda em 2014, ação judicial de rito ordinário, distribuída à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sob o nº 0005966-81.2014.4.02.5101, com o objetivo de ver reconhecida a incompetência do juízo arbitral para conhecer da causa, sob o argumento de que, para tanto, teriam os árbitros que enveredar pela seara dos direitos indisponíveis.

Tenho a impressão, particularmente, de que a controvérsia ali instaurada versava, de fato, sobre direitos patrimoniais disponíveis, atraindo a competência do juízo arbitral.¹⁹⁸ Isso

¹⁹⁷ Vide, dentre outras, a seguinte reportagem do Estadão: “Petrobras pede arbitragem contra ANP para campo de Lula”. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,petrobras-pede-arbitragem-contr-a-anp-para-campo-de-lula,183113e>. Acesso em 31 de janeiro de 2016.

¹⁹⁸ Não foi esse, no entanto, o entendimento que prevaleceu no âmbito da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, conforme sentença da lavra do Dr. Mauro Souza Marques da Costa Braga, da qual merecem destaque os seguintes trechos: (...) Ultrapassada esta questão, passemos ao ponto seguinte, o de definir se o direito levado pelos réus ao juízo arbitral poderia sê-lo, ou seja, se é patrimonial disponível ou não. A dicotomia reside em precisar se a decisão da ANP que não permitiu a divisão do Campo de Lula em dois insere-se no seu poder de polícia típico de agência reguladora ou se é caso de interpretação de cláusula contratual prevista na concessão. O argumento da autora é de que fixar os limites do conceito de campo de petróleo, que foi o fundamento principal para a negativa da permissão para a divisão do Campo de Lula em dois campos, insere-se na seara técnica regulatória, não sendo disponível e, portanto, não abarcada pela cláusula compromissória de arbitragem. Observando o contrato de concessão, verifico que há expressa previsão de que a definição legal de “campo de petróleo ou de gás natural” fica incorporada ao contrato e vale para sua execução (cláusula 1.1 – fls. 235). Aliás, tal fato não é negado pela ré, que relata se tratar a contenda de interpretação de um conceito legal (item 72 de seu requerimento de arbitragem – fls. 108) (...). Se o conceito precisa ter seus limites bem definidos, parece-me que a competência para a interpretação do que seja “campo de petróleo” está absolutamente contida naquilo que a doutrina denomina “função regulatória” das agências (...). Delimitar que o conceito legal de campo de petróleo engloba a possibilidade de haver dois reservatórios é, nitidamente, exercício da função regulatória executiva, através da interpretação técnica inserida na competência administrativa constitucional e legalmente atribuída à agência reguladora. Importante frisar que não se está a endossar o posicionamento da agência autora de negar a divisão do bloco licitado em dois, mas apenas que a definição conceitual fundamentadora da decisão de indeferimento é compreendida na discricionariedade técnica típica da função regulatória executiva da ANP (...). Sendo a arbitragem restrita a questões decorrentes da execução do contrato, o inconformismo com a recusa da ANP em permitir a divisão do bloco licitado tendo por base a interpretação do conceito legal

– perceba-se – não significa que as concessionárias fossem ter ganho de causa. A matéria de mérito teria que ser examinada pelo Tribunal Arbitral, a quem caberia dar a última palavra, em caráter definitivo e vinculante, sobre a lide.

Ocorre que não aguardou a ANP, sequer, o exame da questão litigiosa pelos árbitros. Poderia o colegiado, perfeitamente, ter rejeitado a pretensão da Petrobras e das demais concessionárias. Optou a agência reguladora, ainda assim, por buscar a imediata suspensão do procedimento arbitral, pela via judicial, receosa de que o resultado na arbitragem pudesse ser-lhe desfavorável. Isso só explica pelo medo do novo, da novidade, de novas práticas, como é o caso da arbitragem. Prevaleceu a percepção (confirmada pela experiência prática) das autoridades reguladoras de que, na via judicial, os processos bilionários dificilmente chegam ao fim e, quando isso acontece, os magistrados são mais sensíveis, pela própria formação cultural, aos interesses do erário.

Acendeu-se, em seguida, a luz amarela na ANP. Quantos outros casos semelhantes poderiam surgir? Qual seria o risco de ver tais questões equacionadas por via arbitral? E se a ANP fosse condenada em todos os casos semelhantes? Melhor estancar a sangria, imediatamente. Foi assim que a ANP, em vez de reproduzir, na cláusula compromissória da décima terceira rodada, fórmula já amplamente difundida e consagrada no direito arbitral brasileiro, ocupou-se de tentar definir o alcance da expressão “*direitos patrimoniais disponíveis*”, de forma a melhor delimitar os temas que poderiam ser objeto de arbitragem. E a definição empregada, longe de esclarecer, só confunde.

Diz o item 34.7.1, com efeito, que se deve considerar como direito patrimonial disponível, para fins de arbitrabilidade objetiva, “*os direitos e deveres cujo fundamento são as cláusulas sinalagmáticas do presente contrato, e que não envolvam obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental*”. Excluiu-se, portanto, do campo da arbitragem controvérsias que envolvam obrigações previstas em lei, a interpretação de definições legais e questões de direito público e de cunho ambiental. Ocorre que a atividade do árbitro, em essência, é a de interpretar o direito posto (isto é, a interpretação de definições legais). Demais disso, inexistente controvérsia que possa surgir de um contrato de concessão e que não verse sobre tema de direito público. O contrato de concessão é espécie do gênero contrato administrativo e se rege, por natureza,

de campo de petróleo e no exercício de atribuição legalmente prevista (art. 26 da Lei do Petróleo) revelasse, no meu entender, uma tentativa de discutir a imperatividade dos atos administrativos no juízo arbitral (...). Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, confirmando a liminar anteriormente deferida, para declarar a indisponibilidade do direito objeto da arbitragem, bem como a inaplicabilidade da cláusula de arbitragem ao caso em questão. Declaro, ainda, a nulidade do procedimento arbitral para tratar do objeto apresentado na presente demanda.”

pelas regras e pelo regime jurídico de direito público. Logo, se a referida estipulação contratual for levada ao pé da letra, nenhum espaço terá remanescido para a resolução de conflitos pela via da arbitragem.

A impressão que fica é a de que a arbitragem seria, de fato, indesejada por parte da ANP, constando do contrato apenas para iludir o mercado petrolífero.

7. Conclusões.

É possível dizer, em conclusão, que a Lei nº 13.129/2015 pôs um fim à histórica polêmica a respeito do cabimento da arbitragem nos conflitos envolvendo o Estado. Hoje, por força da nova redação atribuída ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, dúvida não mais pode persistir de que a via arbitral está aberta e disponível para os entes da Administração Pública, aí incluídas as pessoas jurídicas de direito público.

Abre-se, com isso, um amplo leque de possibilidades para a utilização da arbitragem nos conflitos com o Poder Público, permitindo-se a inserção da cláusula compromissória não apenas nos contratos administrativos, mas também em convênios, contratos de gestão, contratos de concessão e termos de cessão e de permissão de uso.

Certamente, haverá oposição, no seio da burocracia estatal, à implementação de uma nova cultura de resolução de conflitos, sobretudo no que diz respeito à utilização da via arbitral. Em qualquer organização (pública ou privada), a mudança de hábitos e de práticas sedimentadas, em geral, encontra sempre resistências. A implantação no Brasil do uso da arbitragem nos litígios com o Estado assume contornos ainda mais dramáticos, por exigir a quebra de paradigmas há muito enraizados na cultura do direito administrativo e da própria administração pública brasileira. Por si só, representa um enorme desafio para o direito administrativo brasileiro, todo estruturado, por inspiração francesa, sob a premissa de que a Administração Pública gozaria de um regime de prerrogativas e privilégios derogatório do direito comum, a adoção de práticas mais igualitárias e menos impositivas, como é o caso do instituto da arbitragem. Some-se a isso o ranço autoritário entranhado no aparato estatal, muitas vezes de forma camuflada, fruto da própria formação histórica do Estado brasileiro, e se perceberá a dificuldade envolvida na adoção de um modelo mais isonômico de solução de litígios.

Disso se vê que a mera autorização legislativa, conforme prevista na Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, é insuficiente para viabilizar a expansão do uso das ADRs, sobretudo da arbitragem, nos conflitos envolvendo o setor

público. O efeito da aprovação da Lei nº 13.129/2015 tende a ser ínfimo, se não vier acompanhado da adoção de medidas concretas de fomento a uma nova cultura de uso dos métodos alternativos de resolução de disputas pelo Poder Público. É nesse sentido que a regulamentação do art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, pelo Poder Executivo, assume especial relevância. Evidentemente, nenhuma estratégia voltada para a ampliação do emprego da arbitragem no setor público terá sucesso, se não levar em consideração as práticas arraigadas na burocracia estatal. Além disso, a regulamentação a ser proposta deverá levar em consideração o atual estado da arte do direito arbitral e a dogmática aplicável no campo das relações com o setor público, aproveitando as boas experiências vivenciadas tanto no setor portuário, como no setor de óleo e gás, e descartando os erros nelas cometidos.

A via arbitral não serve para dirimir todo e qualquer conflito que envolva a Administração Pública, podendo versar, tão-somente, sobre questões que afetem direitos patrimoniais disponíveis. A aquisição de um terreno, a construção de um prédio ou ainda a contratação de pessoal terceirizado não correspondem ao objetivo existencial do Estado. O interesse envolvido na contratação é secundário e, por consequência, disponível, podendo ser objeto de arbitragem, em caso de conflito entre os contratantes (particular e Administração Pública). Já eventual conflito na definição de políticas públicas, quer na área de saúde, quer em tema de mobilidade urbana ou patrimônio cultural, refoge à competência do juízo arbitral, ainda que surja no seio de um contrato de concessão ou de um contrato de gestão. Envolve interesse público indisponível e, portanto, é tema que está interdito à via da arbitragem.

O julgamento em arbitragens que envolvam a Administração Pública será sempre de direito; jamais por equidade. Por força do princípio da legalidade, a Administração Pública está condicionada, em seu atuar, às prescrições legais existentes. Se assim é, é natural que os conflitos envolvendo o Poder Público sejam dirimidos com base no direito aplicável. Seria um contrassenso dele exigir que atue em consonância com as normas jurídicas em vigor e, ao mesmo tempo, julgá-lo com base em regras de equidade.

Também, como regra geral, o juízo arbitral que vier a ser instaurado para dirimir um conflito que tenha a Administração Pública como parte deverá observar o princípio da publicidade. A consequência lógica disso é que, diferentemente do que ocorre nas arbitragens estritamente privadas, não será possível a contratação da rotineira confidencialidade. Isso não quer dizer, no entanto, que as partes estejam obrigadas a publicizar seus segredos comerciais, desenhos industriais, patentes e outros documentos e informações sigilosas. A publicidade não é um princípio absoluto e o sigilo poderá ser decretado em três circunstâncias distintas: (i) quando existirem no processo documentos, informações ou dados classificados como

secretos, ultrassecretos ou reservados, nos termos da Lei de Acesso à Informação; (ii) quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada, como, por exemplo, segredos comerciais, patentes, informações fiscais ou os respectivos livros comerciais; e (iii) por fim, quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, colocar em risco direitos de terceiros, de natureza sigilosa.

É recomendável, neste particular, a regulamentação, por decreto ou resolução, do uso da arbitragem no âmbito do Poder Público, voltado para disciplinar: (i) a publicidade nos procedimentos arbitrais, indicando, inclusive, as hipóteses e a forma pela qual o sigilo será decretado; (ii) a forma de acesso ao procedimento e de divulgação dos atos processuais; e (iii) os critérios para a escolha de câmaras de arbitragem e dos árbitros, de modo a orientar os agentes públicos na utilização do instituto; dentre outras questões.

Por fim, é de todo conveniente que as câmaras institucionais adaptem os seus regulamentos às necessidades e exigências do Poder Público.

Segue, no apêndice, a minha proposta de regulamentação, por decreto, da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em sintonia com as premissas estabelecidas no presente trabalho.

APÊNDICE A – Proposta de Decreto

DECRETO N.º DE DE 2016

Regulamenta o uso da arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública direta e indireta do Município (ou Estado) _____.

O PREFEITO (ou GOVERNADOR) _____, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela legislação em vigor e

CONSIDERANDO a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que promoveu a intitulada Reforma da Lei de Arbitragem;

CONSIDERANDO que o art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, faculta a utilização da arbitragem, pela administração pública direta e indireta, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

CONSIDERANDO que, a teor do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”;

CONSIDERANDO que, na forma do art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, “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”;

CONSIDERANDO a necessidade de se regulamentar o uso da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta do Município (ou Estado) _____;

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Art. 1º. A Administração Pública Direta e Indireta do Município (ou Estado) _____ poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307/1996, observado ainda o disposto neste Decreto.

Parágrafo único. Entendem-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que surjam no bojo de contratos ou convênios em que a contrapartida da Administração Pública seja de natureza pecuniária.

Art. 2º. Será obrigatória a inserção de cláusula compromissória em todos os contratos ou convênios em que o valor da contrapartida financeira da Administração Municipal (ou Estadual) seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), devendo a convenção de arbitragem constar da minuta contratual anexa ao edital de licitação.

Art. 3º. A cláusula compromissória terá a seguinte redação: “As controvérsias oriundas ou, de alguma forma, relacionadas ao presente contrato (ou convênio, se for o caso) serão resolvidas pela via da arbitragem, por painel arbitral composto por três árbitros, nos termos do Regulamento da (indicar a razão social da entidade ou órgão arbitral institucional), respeitado o disposto no Decreto nº _____. O litígio deverá ser dirimido por árbitro único, sempre que o valor da causa for igual ou inferior a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais)”.

Art. 4º. Fica proibida a inserção de cláusula compromissória nos contratos ou convênios cujo valor envolvido seja inferior àquele indicado no art. 2º, podendo a Administração, justificadamente, celebrar compromisso arbitral, caso o montante objeto da controvérsia seja superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou caso a matéria controvertida seja de alta complexidade técnica, recomendando que a solução do conflito se dê pela via arbitral.

Art. 5º. O compromisso arbitral deverá observar o disposto neste Decreto.

Parágrafo primeiro. A competência para firmar eventual compromisso arbitral, em se tratando de conflito envolvendo a Administração Direta, é do Procurador Geral do Município (ou Estado).

Parágrafo segundo. No âmbito das empresas estatais, a competência para firmar compromisso arbitral será do Presidente da entidade.

Art. 6º. Fica instituído o Comitê de Arbitragem da Procuradoria Geral do Município (ou Estado), com a função de:

- I – adotar medidas para fomentar a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública;
- II – promover o treinamento e a contínua capacitação do corpo jurídico e técnico da Procuradoria e dos demais órgãos e entidades da Administração Pública para atuar em procedimentos arbitrais;
- III – aprovar nomes para a listagem de árbitros de que trata o art. 9º deste Decreto; e
- IV – adotar outras medidas necessárias à perfeita execução do disposto neste Decreto.

Art. 7º. O Comitê de Arbitragem da Procuradoria Geral do Município (ou Estado) terá a seguinte composição:

- I - Procurador-Geral, que o presidirá;
- II – Subprocurador-Geral (responsável pelo contencioso);
- III – Procurador-Chefe da Procuradoria _____.

CAPÍTULO II

Da arbitragem institucional

Art. 8º. Toda e qualquer arbitragem envolvendo a Administração Municipal (ou Estadual) deverá, necessariamente, ser administrada por entidade ou órgão arbitral institucional, observado o disposto neste Capítulo.

Art. 9º. A entidade ou órgão arbitral institucional, para que possa funcionar em arbitragens envolvendo a Administração Municipal (ou Estadual), deverá atender aos seguintes requisitos:

- I – ser entidade sem fins lucrativos, de reconhecida idoneidade, possuindo como finalidade estatutária a gestão de procedimentos arbitrais;
- II – ter sede ou filial no Estado _____, dotada de secretaria e de instalações adequadas, em especial sala de audiências com a tecnologia necessária para tal fim e salas de apoio para testemunhas e peritos;
- III – estar regularmente constituída há, pelo menos, 3 (três) anos;
- IV – estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
- V – ter comprovada experiência na gestão de procedimentos arbitrais; e
- VI – possuir regulamento para as arbitragens envolvendo a Administração Pública que observe as exigências previstas neste Decreto.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no inciso V deste artigo, a câmara interessada deverá comprovar que, desde a sua criação, teve a oportunidade de administrar no mínimo 50 (cinquenta) procedimentos arbitrais.

Art. 10. A entidade ou órgão arbitral institucional deverá credenciar-se no âmbito da Procuradoria Geral do Município (ou Estado), à qual caberá criar cadastro para tal fim e disponibilizá-lo em seu sítio na internet.

Art. 11. A escolha da câmara arbitral competente caberá ao contratado e será feita por ocasião da celebração do contrato (ou convênio, se for o caso) e da respectiva cláusula compromissória, dentre as entidades ou órgãos arbitrais institucionais credenciados no âmbito da Procuradoria Geral do Município (ou Estado).

CAPÍTULO III

Da listagem de árbitros

Art. 12. A Procuradoria Geral do Município (ou Estado) deverá criar listagem de árbitros própria, para servir de parâmetro para a indicação de árbitros pelo Município (ou Estado) e pelas respectivas entidades da Administração Indireta, nas arbitragens em que forem parte.

Art. 13. São requisitos para figurar na listagem de árbitros de que trata o artigo anterior:

- I – estar no gozo da plena capacidade civil;
- II – possuir reputação ilibada e notório conhecimento técnico; e
- III – que o interessado já tenha funcionado como árbitro em procedimento arbitral.

Parágrafo único. A comprovação de que o candidato possui notório conhecimento técnico em tema de interesse da Administração Municipal deverá ser feita mediante a apresentação de currículo, acompanhado de documentos que comprovem as atividades e experiências nele descritas.

Art. 14. Caberá ao Comitê de Arbitragem da Procuradoria Geral a aprovação de nomes para a listagem de árbitros de que trata o art. 10, podendo realizar diligências, audiências e a oitiva do próprio candidato, para sanar eventuais dúvidas existentes.

CAPÍTULO IV

Do procedimento arbitral.

Art. 15. Respeitados os termos deste Decreto, o procedimento arbitral seguirá o disposto no regulamento da câmara de arbitragem indicada na cláusula compromissória, bem como o disposto na Lei nº 9.307/1996, com as suas alterações.

Art. 16. Salvo autorização expressa em contrário do Chefe do Poder Executivo, a arbitragem deverá atender aos seguintes requisitos:

- I - será realizada no Brasil e em língua portuguesa;
- II – será de direito e observará a legislação brasileira;
- III – deverá respeitar o princípio da publicidade, na forma do disposto neste Decreto.

Art. 17. O requerimento de instauração de arbitragem formulado em face do Município (ou Estado) deverá ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Município (ou Estado), por notificação extrajudicial ou por outra via idônea, e só produzirá efeitos se a notificação for recebida, pessoalmente, pelo Procurador-Geral.

Parágrafo primeiro. O Procurador-Geral poderá delegar poderes para o seu Chefe de Gabinete, para o Subprocurador-Geral ou para outro procurador, para recebimento da notificação de que trata o *caput* deste artigo.

Parágrafo segundo. No âmbito das empresas estatais, a competência de que trata este artigo será do Presidente da entidade.

Art. 18. A indicação do coárbitro será feita pelo Procurador responsável pela condução da arbitragem, dentre os nomes constantes da listagem de árbitros de que trata o art. 10, e deverá ser previamente submetida à aprovação de seu superior imediato, dando-se preferência, sempre que possível, àqueles que tenham conhecimento técnico específico sobre a matéria controvertida.

Parágrafo primeiro. Não terá aplicação à Administração Municipal (ou Estadual) o dispositivo de regulamento de órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Parágrafo segundo. Estão proibidos de funcionar como árbitros 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, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Art. 19. Proferida sentença arbitral de natureza condenatória, deverá a Procuradoria Geral do Município officiar ao órgão responsável pela celebração do contrato que deu ensejo ao litígio, para fins de cumprimento do comando nela contido.

Parágrafo primeiro. Em sendo a Administração Municipal (Estadual) condenada em obrigação de natureza pecuniária, deverá o órgão responsável pela celebração do contrato verificar se possui orçamento para fazer frente ao valor fixado na sentença, procedendo ao respectivo pagamento, em caso positivo, observadas as normas orçamentárias aplicáveis.

Parágrafo segundo. Poderá o interessado, a seu critério, executar a sentença arbitral, para fins de recebimento do valor devido pela via do precatório judicial.

Parágrafo terceiro. Fica a Procuradoria Geral do Município desobrigada de cumprir o disposto no *caput* deste artigo, caso entenda que a sentença arbitral é nula, devendo, em tal

hipótese, promover o ajuizamento da competente ação declaratória de nulidade, nos termos do art. 33 da Lei nº 9.307/96.

CAPÍTULO V

Da publicidade.

Art. 20. A arbitragem que tiver a Administração Pública como parte deverá respeitar o princípio da publicidade, nos termos do disposto neste Capítulo.

Art. 21. Instituída a arbitragem, deverá a câmara arbitral providenciar a publicação de extrato no Diário Oficial do Município (ou Estado), no prazo de até 30 (trinta) dias contados da sua instituição, com as seguintes informações:

- I – razão social da câmara de arbitragem;
- II – nome, qualificação e endereço das partes;
- III – advogados/representantes das partes;
- IV – árbitros;
- V – contrato que deu ensejo ao litígio;
- VI – resumo da matéria objeto do litígio;
- VII – pedido formulado pelas partes;
- VIII – valor da causa;
- IX – sede da arbitragem;
- X – idioma da arbitragem; e
- XI – regras aplicáveis ao procedimento arbitral.

Parágrafo único. A publicação do extrato poderá ser substituída pela publicação de termo de arbitragem, se existir, desde que nele constem as informações indicadas neste artigo.

Art. 22. Proferida a sentença arbitral (parcial ou final), o órgão arbitral institucional deverá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que as partes dela tiverem ciência, providenciar a publicação da parte dispositiva da sentença no Diário Oficial do Município (ou Estado), acompanhada das seguintes informações:

- I – razão social da câmara de arbitragem;

- II – nome/razão social das partes;
- III – advogados/representantes das partes;
- IV – árbitros;
- V – contrato que deu ensejo ao litígio;
- VI – resumo da matéria objeto do litígio; e
- VII – pedido formulado pelas partes.

Parágrafo único. A câmara de arbitragem deverá providenciar, ainda, a disponibilização do inteiro teor da sentença arbitral em seu sítio na rede mundial de computadores, em link de fácil acesso e visualização.

Art. 23. Caberá à câmara arbitral assegurar a eventuais interessados, na forma da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, cópia do inteiro teor dos procedimentos arbitrais em que a Administração Municipal (ou Estadual) figure como parte.

Parágrafo único. Poderá a entidade ou órgão arbitral institucional exigir do interessado o prévio pagamento de custas para a disponibilização das cópias solicitadas.

Art. 24. A publicidade de que trata este Capítulo será afastada nas seguintes hipóteses:

- I – quando constar do procedimento arbitral informação ou documento classificado como ultrassecreto, secreto ou reservado, na forma dos arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527/2011;
- II - quando constar do procedimento arbitral informação ou documento protegido por sigilo previsto em lei; e
- III – quando constar do procedimento arbitral algum segredo industrial.

Parágrafo primeiro. Enquanto não instituída a arbitragem, caberá à câmara arbitral, mediante provocação, a adoção das medidas necessárias para preservar o sigilo das informações e documentos referidos neste artigo; após instituída a arbitragem, a decretação do sigilo fica a cargo do tribunal arbitral.

Parágrafo segundo. Na hipótese do inciso I, a decretação do sigilo é ato vinculado e obrigatório, não havendo qualquer margem de discricionariedade para a entidade ou órgão arbitral institucional ou para o tribunal arbitral.

Parágrafo terceiro. No caso dos incisos II e III, o pedido de decretação de sigilo deverá ser negado, caso a câmara de arbitragem ou o tribunal arbitral entendam que a hipótese não é de sigilo legal e nem de segredo industrial.

Parágrafo quarto. A decretação do sigilo deverá ser devidamente justificada, mediante decisão fundamentada, possuindo o interessado o direito de conhecer da decisão que lhe negou o acesso à informação ou a documento sigiloso.

CAPÍTULO VI

Disposição final

Art. 25. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

APÊNDICE B - Quadro comparativo das rodadas de licitações da ANP

<u>Rodada de licitação/Ano</u>	<u>Cláusula</u>	<u>Lei aplicável</u>	<u>Foro</u>	<u>Nº de árbitros</u>	<u>Forma de escolha dos árbitros</u>	<u>Sede</u>	<u>Língua</u>	<u>Arbitragem institucional ou <i>ad hoc</i></u>	<u>Regulamento de arbitragem/Câmara de arbitragem</u>
0 (1998)	29ª	Brasileira	Comarca do Rio de Janeiro, para os litígios que não podem ser resolvidos por meio de arbitragem ou amigavelmente	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional em vigor na data de início do procedimento
1 (1999)	29ª	Brasileira	Comarca do Rio de Janeiro, para os litígios que não podem ser resolvidos por meio de arbitragem ou amigavelmente	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional “ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas”
2 (2000)	31ª	Brasileira	“Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou litígios surgidos entre as Partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato”	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI, “ou outras normas escolhidas conforme o parágrafo 31.4(a)”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional “ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas”
3 (2001)	31ª	Brasileira	Comarca do rio de janeiro, para os litígios que “que não venham a ser resolvidos por conciliação ou arbitragem”	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente, nomeado de acordo com as Regras da CCI, “ou outras normas escolhidas conforme o parágrafo 31.4(a)”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional “ou quaisquer outras normas acordadas por todas as Partes envolvidas”
4 (2002)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei no 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, e onde mais se aplicar, as Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, com único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente.	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional

<u>Rodada de licitação/Ano</u>	<u>Cláusula</u>	<u>Lei aplicável</u>	<u>Foro</u>	<u>Nº de árbitros</u>	<u>Forma de escolha dos árbitros</u>	<u>Sede</u>	<u>Língua</u>	<u>Arbitragem institucional ou ad hoc</u>	<u>Regulamento de arbitragem/Câmara de arbitragem</u>
5 (2003)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei no 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, e onde mais se aplicar, as Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.	3	Escolhidos um por cada Parte e o terceiro, que exercerá as funções de presidente.	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Institucional	Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
6 (2004)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei no 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” “Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Ad hoc	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
7 (2005)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei no 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Cidade do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” “Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Ad hoc	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
8 (2006)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” “Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente.”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	Ad hoc	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional

<u>Rodada de licitação/Ano</u>	<u>Cláusula</u>	<u>Lei aplicável</u>	<u>Foro</u>	<u>Nº de árbitros</u>	<u>Forma de escolha dos árbitros</u>	<u>Sede</u>	<u>Língua</u>	<u>Arbitragem institucional ou ad hoc</u>	<u>Regulamento de arbitragem/Câmara de arbitragem</u>
9 (2007)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” “Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	<i>Ad hoc</i>	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
10 (2008)	31ª	Brasileira	“Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”		“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” “Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	<i>Ad hoc</i>	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
11 (2013)	33ª	Brasileira	“Para o disposto no item “i” [medidas cautelares] e para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei n.º 9.307/96, as Partes elegem o foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3. “Mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto”	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL” “Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	<i>Ad hoc</i> . No entanto, “[a]s Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens “b” ao “i” do parágrafo 33.5” “Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União.”	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL
12 (2013)	33ª	Brasileira	“Para o disposto no item “i” [medidas cautelares] e para as questões que não versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei n.º 9.307/96, as Partes elegem o foro da Justiça Federal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja”	3. “Mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto”	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL” “Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	<i>Ad hoc</i> . No entanto, “[a]s Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens “b” ao “i” do parágrafo 33.5” “2.6.1 Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União”	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL
13 (2015)	34ª	Brasileira	“As Partes desde já declaram estar cientes de que a arbitragem de que trata este parágrafo refere-se exclusivamente sobre controvérsias decorrentes do Contrato ou com ele relacionadas, e apenas é possível, nos termos da Lei n.º 9.307/96, sobre direitos patrimoniais disponíveis. 34.7.1. Considera-se direito patrimonial disponível, para fins desta cláusula arbitral, os direitos e deveres cujo fundamento são as cláusulas sinalagmáticas do presente contrato, e que não envolvam obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental.”	3. “Mediante acordo das Partes poderá ser determinado um único árbitro nas hipóteses em que os valores envolvidos não sejam de grande vulto”	“A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL” “Cada Parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente”	Rio de Janeiro/RJ, Brasil	Português	<i>Ad hoc</i> . “As Partes, em comum acordo, poderão optar por institucionalizar a arbitragem na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ou perante outra câmara de arbitragem notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, em consonância com as regras da câmara escolhida, desde que observados os preceitos estatuídos nos itens “b” ao “i” do parágrafo 34.5” “Caso a disputa ou controvérsia envolva exclusivamente entes integrantes da Administração Pública Federal, a questão poderá ser submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia Geral da União”	Utilizar como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

APÊNDICE C – Outros gráficos e tabelas aplicáveis

Gráfico 9
Total de Arbitragens - CCBC

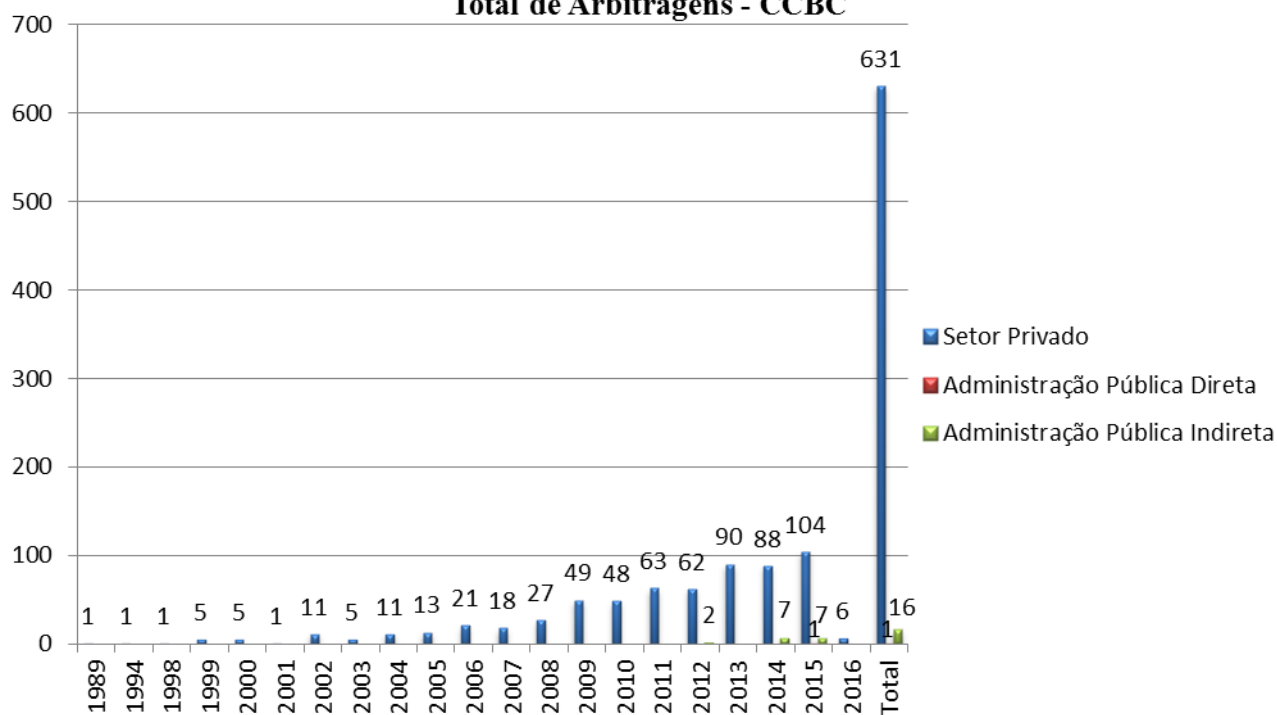


Gráfico 10
Total de Arbitragens - CBMA

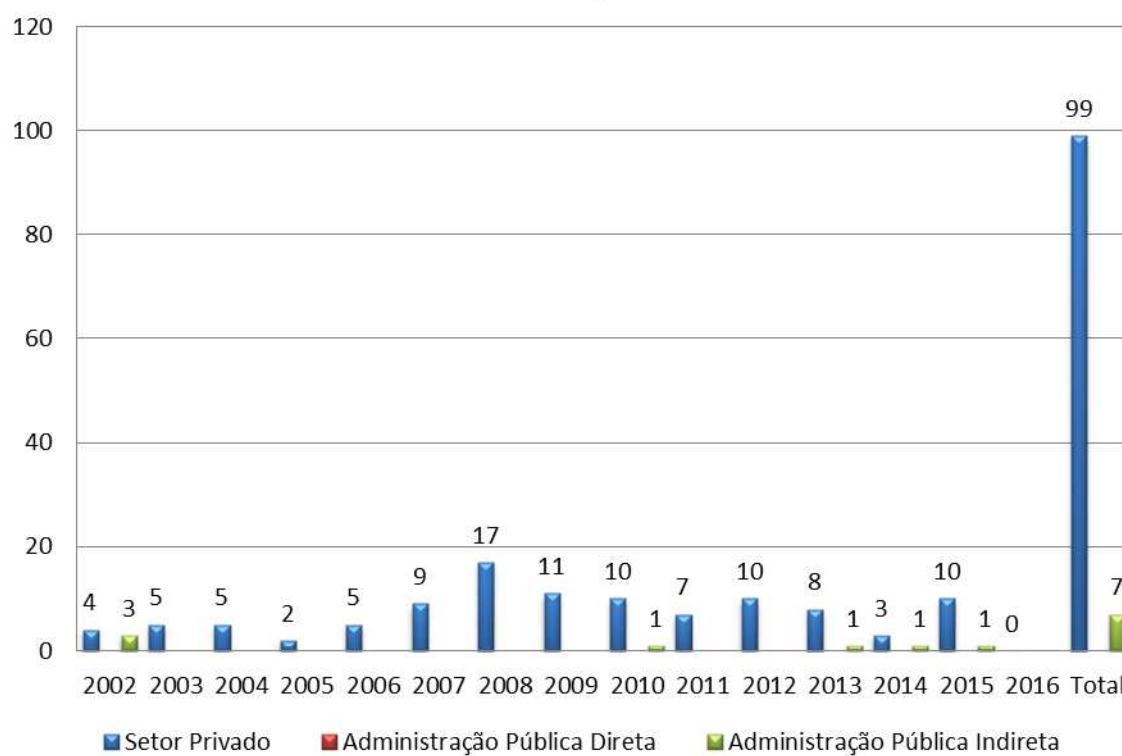


Gráfico 11
Proporção de Arbitragens - CBMA

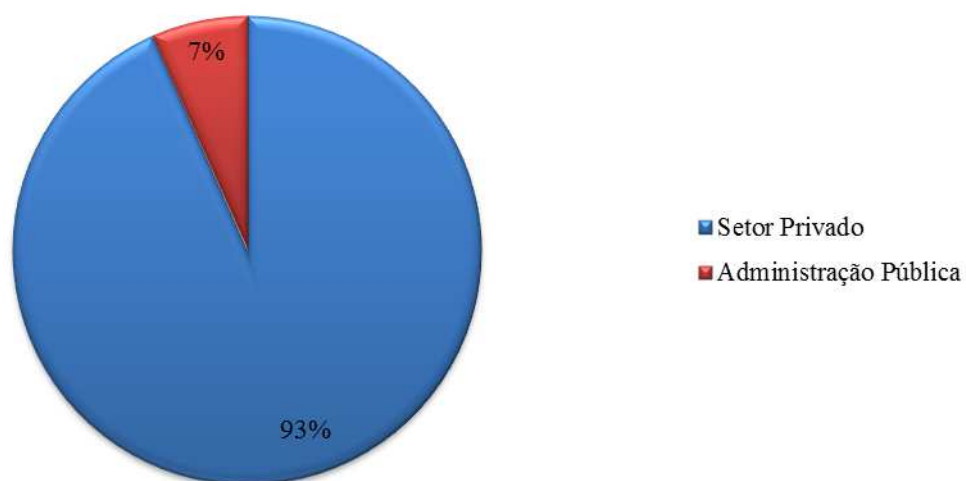


Gráfico 12
Total de Arbitragens - FGV

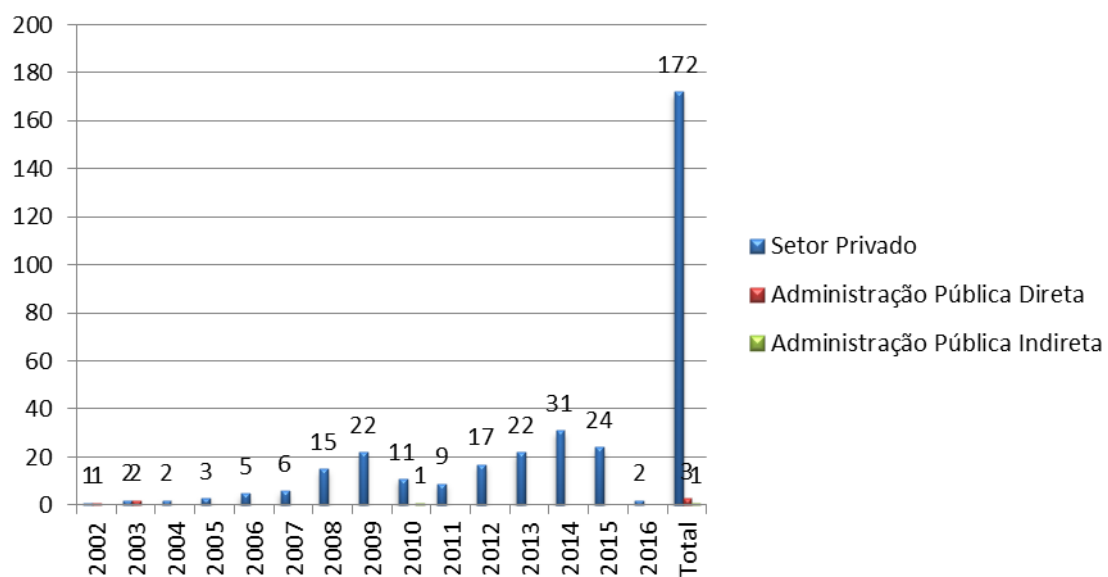


Gráfico 13
Proporção de Arbitragens - FGV

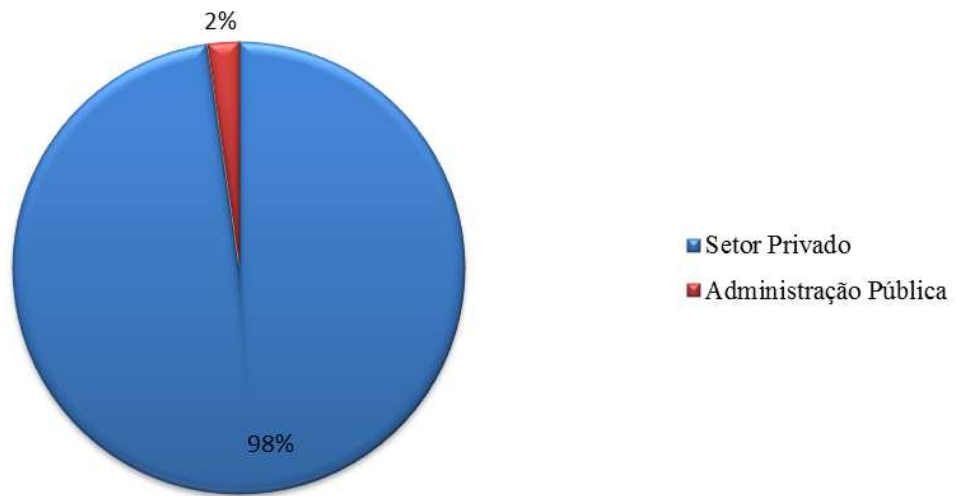


Gráfico 14
Valor Total em Disputa - CCBC (2009-2016)

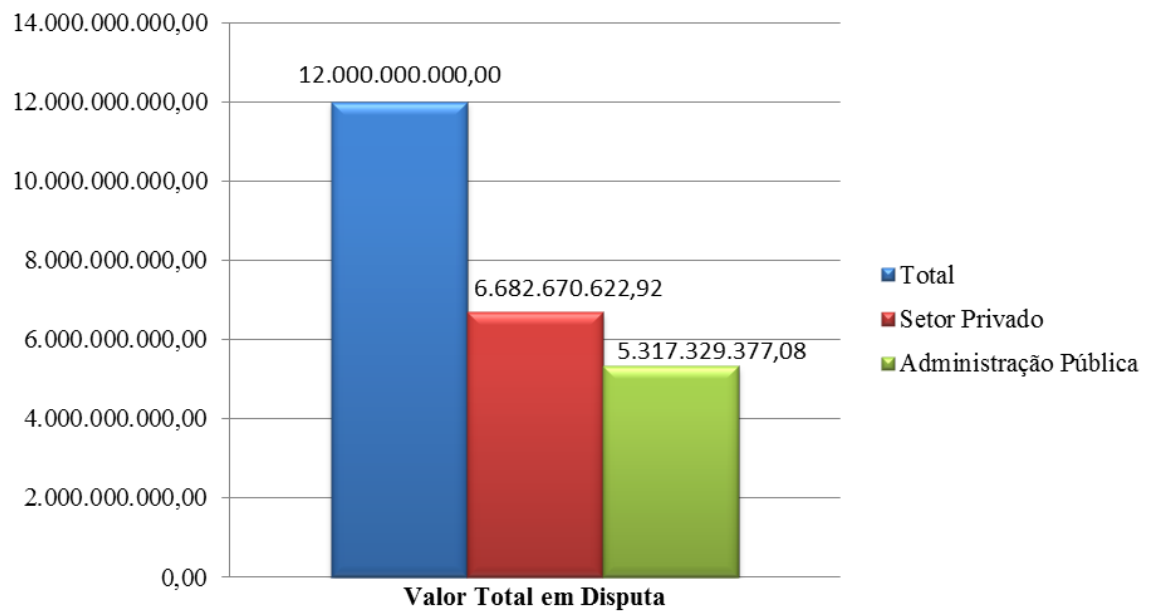


Gráfico 15
Proporção Valor Total em Disputa - CCBC (2009-2016)

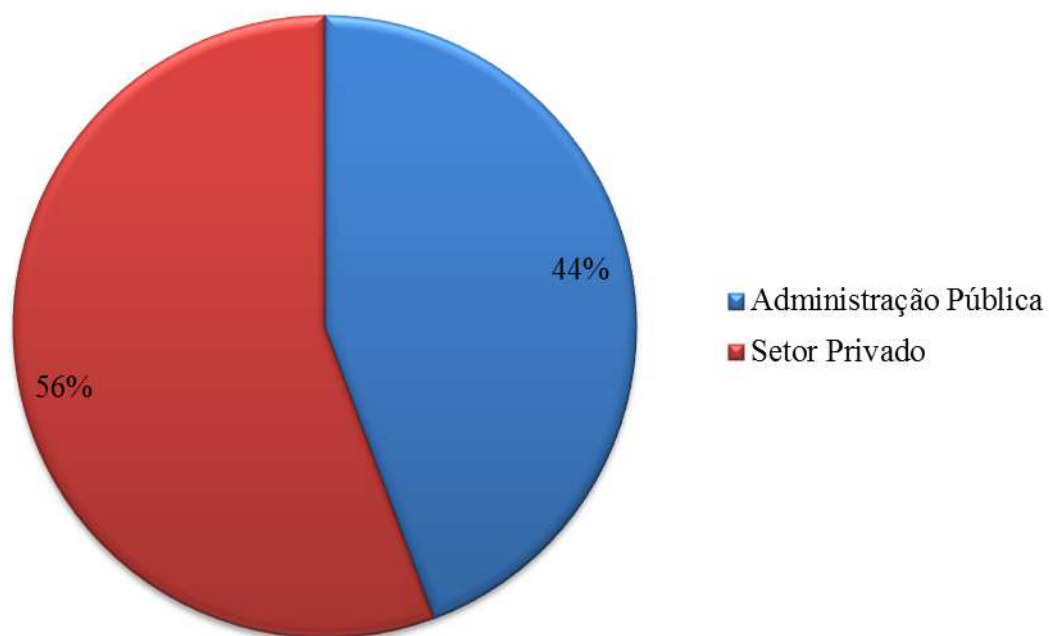


Tabela 1 - Número de Arbitragens x Valor em Disputa - CCBC (2009-2016)

	Setor Privado	Administração Pública	Total
Número de Arbitragens	510	17	527
Valor Total em Disputa	6.682.670.622,92	5.317.329.377,08	12.000.000.000,00

Tabela 2 - Informações Arbitragens CAMARB

Ref.	Contrato	Ano do Contrato	Valor	Administração Pública	Tema
1	Construção/Concorrência Internacional	1999	6.664.342,72	Indireta	Obra/Construção
2	Concessão Patrocinada	2007	2.000.000,00	Direta	Obra/Construção
3	Concessão Patrocinada	2007	20.000.000,00	Direta	Obra/Construção
4	Concessão Patrocinada	2007	23.800.000,00	Direta	Obra/Construção
5	Concessão Patrocinada	2007	20.000.000,00	Direta	Obra/Construção
6	Concessão Patrocinada	2007	537.227,64	Direta	Obra/Construção
7	Concessão Administrativa	2009	72.109.685,00	Direta	Obra/Construção
8	Concessão Administrativa	2010	4.000.000,00	Direta	Serviços/Construção

REFERÊNCIAS

AGÓCS, Carol. Institutionalized resistance to organizational change: denial, inaction and repression. In: *Journal of Business Ethics*, v. 16, n. 9, 1997.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. In: *Temas de direito constitucional – tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: *Estudos de direito público: artigos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre. Cumprimento da sentença arbitral após a reforma do CPC. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (coord). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARLSON, Chris & ANDERSON, Heather. Dispute resolution in the public sector: what makes programs survive, thrive, or die? In: 20 N° 3 Dispute Resolution Magazine 11, 2014.

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

_____. A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

CHADDERTON, Sam. Arbitration: what does the future hold?. In: 68 n° 2 Arbitration Global Insight 49, abr./maio 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. Revista da Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, 1966, p 202/203. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66490/69100>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: Direito internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira, São Paulo: Atlas, 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani. ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOURVILLE, John. Vendedor afoito, comprador Arisco: a psicologia da adoção de novos produtos. In: Harvard Business Review (Brasil), junho 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a constituição brasileira de 1988, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUEDES, Demian. Autoritarismo e processo administrativo no Brasil: tradição, transição e poderes consolidados. 2015. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

HERNANDES, José Mauro da Costa; CALDAS, Miguel Pinto. Resistência à mudança: uma revisão crítica. In: Revista de Administração de Empresas, v. 41, n. 2, 2001.

HOFFMAN, Paulo. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas... In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord). Arbitragem no brasil: aspectos jurídicos relevantes, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HOLANDA, Flavia. A arbitragem no setor portuário. In: HOLANDA, FLAVIA; SALLA, Ricardo Medina (coord.). A nova lei de arbitragem brasileira, São Paulo: IOB SAGE, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública - fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem no setor portuário (Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015). In: Migalhas, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226100,21048-Arbitragem+no+setor+portuario>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

MARQUES, Antônio Luiz, BORGES, Renata, MORAIS, Kelly & SILVA, Mariane Coimbra. Relações entre resistência a mudança e comprometimento organizacional em servidores públicos de Minas Gerais. In: Revista de Administração Contemporânea, v. 18, n. 2, 2014, p. 161/175. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552014000200004. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 18ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MCDERMOTT, Aoife. M., FITZGERALD, Louise & BUCHANAN, David A. Beyond acceptance and resistance: entrepreneurial change agency responses in policy implementation. In: British Journal of Management, Supplement, v. 24, 2013.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Serviço público no Brasil: origens, evolução e caracterização atual do conceito. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 97, março 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56877>>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 38ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 13ª ed. (rev., at. e amp.), São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. As parcerias público-privadas (PPPs), Migalhas, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>. Acesso em 26 de julho de 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, v. 209, jul./set. 1997.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento, 2ª ed. (rev. e amp.), Curitiba: CRV, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44/2015.

_____. A arbitragem e as parcerias público-privadas. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 52, jun. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Ana Lucia. A função das entidades arbitrais. In: Manual de arbitragem para advogados, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 88.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: Manual de arbitragem para advogados, CEMCA/CFOAB, 2015.

_____. O decreto 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto. In: Migalhas, 27 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047-O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

PIDERIT, Sandy Kristin. Rethinking resistance and recognizing ambivalence: a multidimensional view of attitudes toward an organizational change. In: *Academy of Management Review*, v. 25, n. 4, 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual prático das licitações, 7ª ed. (rev. e atual), São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Caio Cesar. Fora do tribunal: regulamento para arbitragem na administração é retrocesso. In: *Consultor Jurídico*, 29 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-29/fora-tribunal-regulamento-arbitragem-administracao-retrocesso>. Acesso em 31 de janeiro de 2016.

ROGERS, Everett. *Diffusion of innovations*, 4ª ed., New York: Free Press, 1995.

SALLA, Ricardo Medina. Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública. In: HOLANDA, FLAVIA; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *A nova lei de arbitragem brasileira*, São Paulo: IOB SAGE, 2015, p. 29/30.

SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. Brazil: a brief overview of arbitration in contracts entered as part of public and private sector partnerships. In: *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 21 (6), June 2006.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Garantias e privilégios do crédito tributário. In: GOMES, Marcus Livio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord.). *Curso de direito tributário brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. 3, p. 22.

_____. O precatório judicial e o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 244, 2006, p. 177.

SILVA, Eduardo Silva da. Brasil e infraestrutura: aggiornamento do direito da empresa e da arbitragem. Primeiras linhas. In: *Arbitragem. Temas contemporâneos*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 32ª ed. (rev. e atual.), São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Alipio. Hermenêutica no direito brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SPINOLA E EDUARDO, Eduardo. A convenção de arbitragem – uma abordagem prática. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. Arbitragem e desenvolvimento, São Paulo: Quartier Lati, 2009.

TÁCITO. Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, v. 210, out./dez. 1997.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em 12 de julho de 2015.

TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, v. 241, jul./set. 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral. In: Consultor Jurídico, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral>. Acesso em 31 de janeiro de 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.