

Revista Brasileira de

ISSN 1806-809X

# ARBITRAGEM

ANO XIV — Nº 54 — ABR-MAI-JUN 2017

**DIRETOR**

João Bosco Lee

**REDATOR-CHEFE**

Daniel de Andrade Levy

**SECRETÁRIO-GERAL**

Ricardo de Carvalho Aprigliano

**CONSELHO DE REDAÇÃO**

Ana Clara Viola Ladeira

Ana Paula Montans

Fabiane Verçosa

Flavia Foz Mange

Leonardo Furtado

Octavio Fragata Martins de Barros

**CONSELHO EDITORIAL**

**Nacional:** Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Carmem Tibúrcio, Eduardo Damião Gonçalves, Eduardo Grebler, José Emilio Nunes Pinto, José Maria Rossani Garcez, Luiz Olavo Baptista, Nádia de Araújo, Pedro Batista Martins, Selma Lemes, Welber Barral

**Estrangeiro:** Alejandro Garro, Charles Jarrosson, Eduardo Silva Romero, Fabrizio Marrella, Fernando Mantilla-Serrano, Horacio Grigera Naón, Jürgen Samtleben, Thomas Clay

**COLABORADORES DESTA EDIÇÃO**

Ana Gerdau de Borja, Ana Olivia Antunes Haddad, Ana Paula Montans, André Luís Bergamaschi, Christian Díaz Barcia, Dyalá Jimenez Figueres, Fernando Kuyven, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Francisco Pignatta, Herman Duarte Iraheta, J. Ole Jensen, Klaus Peter Berger, Leonardo Augusto dos Santos Lusvarghi, Ligia Ferreira Novais de Oliveira, Livia Maria de Souza Crepaldi, Luiza Pedroso, Mariana Aguiéiras Cuozzo, Mariana Cattel Alves, Michelle T. Grando, Rafael Villar Gagliardi, Renato Berger, Stavros Brekoulakis, Thiago Luís Sombra, Thiago Rodovalho

## Mitos, Crenças e a Mudança de Paradigma da Arbitragem com a Administração Pública

**THIAGO LUÍS SOMBRA**

Advogado. Árbitro. Professor de Direito Privado da Universidade de Brasília-UnB. Membro da LCIA e ICC. Foi Procurador do Estado de São Paulo perante o STF e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

**RESUMO:** Após um ano da entrada em vigor da reforma da Lei de Arbitragem, o momento requer a superação do restrito foco de debate em torno da indisponibilidade do interesse público para que outros aspectos sejam considerados nas arbitragens com entes públicos. Com a profusão da regulação de setores importantes da economia a que a arbitragem se vinculou como meio de solução de conflitos (concessões, PPPs, portos, energia), o passo subsequente envolve a harmonização de regimes jurídicos para conferir maior profusão às arbitragens com a Administração Pública. Neste artigo, analisamos a superação da primeira fase de obstáculos e crenças levantados contra a arbitragem celebrada pelo Poder Público. Na primeira parte, são apresentadas provocações e apontados os mitos criados. Em seguida, apresentamos os mecanismos utilizados para a superação de premissas dogmáticas e, em seguida, analisamos aspectos factuais e práticos da arbitragem da qual participam pessoas jurídicas de direito público.

**ABSTRACT:** One year after the reform of Arbitration's Law came into force, the moment requires an overcoming of the narrow focus about the unavailability of the public interest in order to let another issues flourish. Considering the enhancing of regulation over important sectors of economy to which arbitration has been linked as an ADR tool (ports, energy, PPPs, public procurement), the next step involves the harmonization of legal regimes aiming to endeavor arbitrations with public administration. This article analyzes the overcoming of the first obstacles' phase and beliefs raised against the arbitration with public administration. In the first part some questions are addressed and few myths are pointed out. Next, the article presents some tools employed to overcome dogmatic premises. Further, it concludes with factual and practical aspects of arbitrations governed by the reform of Arbitration's Law.

**SUMÁRIO:** 1 Da rejeição aos questionamentos: os primeiros passos da arbitragem com os entes públicos; 2 Crenças ou obstáculos: a superação das premissas históricas contrárias à arbitragem; 3 Por uma arbitragem pragmática: questões factuais do procedimento arbitral com a Administração Pública; Conclusão.

### 1 DA REJEIÇÃO AOS QUESTIONAMENTOS: OS PRIMEIROS PASSOS DA ARBITRAGEM COM OS ENTES PÚBLICOS

Após um ano da reforma da Lei de Arbitragem e superado o dogma tupiniquim da impossibilidade de a Administração Pública resolver seus conflitos mediante o recurso à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva)<sup>1</sup>, o desafio atual

1 MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a arbitragem: quatro anos da Lei nº 9.307/1996 (3ª parte). *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 4, p. 325, 2000.

compreende a avaliação de como se desenvolveu a atuação dos diversos entes públicos no tocante à arbitrabilidade objetiva (interesse patrimonial disponível) e o procedimento arbitral.

Apesar do cenário de intensos investimentos em decorrência dos grandes eventos internacionais e das obras de infraestrutura realizados no País nos últimos anos, a reforma da Lei de Arbitragem ocorreu em meio ao período de crise política e econômica, com expressivo endividamento dos entes públicos, o que refletiu, de algum modo, na utilização deste meio alternativo de resolução de disputas (ADR)<sup>2</sup>.

Diante da instabilidade do ambiente de negócios, nada mais natural de que a previsão de convenções arbitrais tenha menor incidência em detrimento da solução convencional de litígios por meio do Poder Judiciário.

A título de ilustração, apenas duas arbitragens envolvendo a Administração Pública foram identificadas após a entrada em vigor da reforma da Lei de Arbitragem. Ambas ocorreram perante o Centro de Arbitragem e Mediação (CAM) da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Uma envolveu o Estado de Pernambuco e referia-se à Arena Pernambuco; a outra, uma disputa com a União envolvendo a Secretaria dos Portos<sup>3</sup>.

Ainda assim, as expectativas em torno do aumento do emprego da arbitragem pela Administração Pública são consideráveis<sup>4</sup> e foram revigoradas após a entrada em vigor da Lei nº 8.693/1993 (art. 1º, § 8º), da Lei nº 8.987/1995 (art. 23-A), da Lei nº 9.478/1997 (art. 43, X), da Lei nº 10.848/2004 (art. 4º, §§ 5º e 6º), da Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11 da Lei nº 11.079/2004), da Lei nº 11.909/2009 (art. 24, III), da Lei nº 12.815/2013 (art. 37, § 1º, e art. 62, § 1º), do Decreto nº 8.465/2015 (arbitragem no setor portuário), do Estatuto das Empresas Estatais (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 13.303/2016) e do Decreto nº 8.947/2016 (art. 20). Algumas questões, no entanto, ainda merecem uma análise mais aprofundada.

A principal das dúvidas é se a Administração Pública estará imbuída de boa-fé objetiva<sup>5</sup> e comprometida política e institucionalmente com a arbitra-

2 Os reflexos dos fatores econômicos sobre a atuação administrativa já haviam sido questionados anteriormente por Gustavo Binenbojm para justificar o recurso às concessões administrativas ou patrocinadas nas PPPs (BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPP) e a Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 161, 2005).

3 Cf. CCBC-CAM. Arbitragens com a Administração Pública direta. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Fonte: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1616/arbitragens-com-a-administracao-publica-direta>>, acessado em 17.01.2017. No período analisado, a despeito de constar duas arbitragens pendentes perante o tribunal arbitral da International Chamber of Commerce (ICC), não foi possível identificar se havia entes públicos envolvidos. Cf. ICC. *ICC Arbitral Tribunals*, International Chamber of Commerce. Fonte: <<http://iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/ICC-Arbitral-Tribunals/>>, acessado em 19.01.2017. Como as Câmaras brasileiras não divulgam um quadro de casos sobre arbitragem, é possível que o número seja um pouco maior.

4 WALD, Arnold. Novos campos para a arbitragem. *Valor Econômico*, Online, 2017.

5 Uma das práticas comuns era a invocação da incompetência do tribunal arbitral para decidir determinadas matérias a despeito de haver consentido com a submissão na cláusula compromissória, em típica caracterização

gem a ponto de abdicar de suas prerrogativas processuais em juízo. Por outro lado, como os gestores públicos empregarão instrumentos como a suspensão de liminar, tutela antecipada ou de execução (Lei nº 8.437/1992)?

Como a Administração Pública se organizará em termos orçamentários ante a falta de previsão da antecipação de honorários de perito pela outra parte e pagamento ao final das despesas pelo vencido (art. 91, §§ 1º e 2º, do CPC)? Será admitida a execução direta mediante o uso do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (art. 16 c/c o § 4º do art. 18 da Lei nº 11.079/2004) em detrimento do sistema de precatórios (art. 12 do Decreto nº 8.465/2015 e art. 535, § 1º, I, do CPC)?<sup>6</sup>

Insistirão os advogados públicos em sua prévia intimação antes da concessão de cautelares (Lei nº 8.437/1992)? Promoverá a Administração direta pedidos de intervenção anômala em casos de expressivo impacto econômico em sociedades de economia mista e empresas públicas (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997)?<sup>7</sup>

Além das prerrogativas processuais, como atuará a Administração direta nos casos em que for acionista minoritária de sociedade de economia mista em cujo estatuto tenha sido inserida a obrigatoriedade de submissão à arbitragem (art. 136-A da Lei das S/A), a despeito da mera faculdade prevista no art. 12 do Estatuto das Empresas Estatais e no art. 20 do Decreto nº 8.945/2016?

Sobre o tema, cumpre destacar que já há recente posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que representaria ofensa à função social da empresa e abuso do poder de controle dos acionistas majoritários a inclusão de cláusula de convenção arbitral no estatuto de sociedade anônima<sup>8</sup>. Por outro lado, o TRF da 4ª Região confirmou em outro julgado que a presença de cláusula compromissória estatutária obriga a solução de litígios pela via arbitral<sup>9</sup>, o que evidencia a expressiva controvérsia sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 136-A da Lei nº 6.404/1976, inserido pela Lei nº 13.129/2015.

de *venire contra factum proprium*. Cf., a respeito, SOMBRA, Thiago Luís Santos. The Duty of Good Faith Taken to a New Level: An Analysis of Disloyal Behavior. *Journal of Civil Law Studies*, v. 9, p. 52-53, 2016; WALD, Arnold. A Arbitragem e as sociedades de economia mista. *Rev. Bras. Arb.*, v. 1, n. 1, p. 105, 2003.

- 6 Binenbojm salienta que óbices de natureza constitucional têm sido levantados contra o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas pelo fato de a execução direta importar em burla ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). No entanto, esclarece que tais alegações não merecem subsistir porque (i) “porque seria legítimo ao Poder Público desafetar determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato” e (ii) “porque a fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como fundo garantidor é absolutamente legítima e respaldada pelo art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República” (BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição, p. 171-172).
- 7 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 172-191. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à admissão da intervenção anômala (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 772041/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 620.438/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 27.03.2006; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 435700-17.1998.5.02.0040, Relª Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 25.03.2011).
- 8 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AI 2031444-61.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, DJ 16.12.2016.
- 9 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 5009846-10.2015.4.04.7201/SC, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, Dje 15.12.2016. Modesto Carvalhosa também sustenta a inconstitucionalidade.

Outra situação questionável poderá ocorrer quando o ente público for acionista minoritário com ações preferenciais de classe especial ou *golden shares* (art. 17, § 7º, da Lei nº 6.404/1976)<sup>10</sup>. Admitir-se-á que um ente público se valha dos poderes inerentes a estas ações para impedir a inserção de convenção de arbitragem no estatuto em vez de exercer o direito de retirada<sup>11</sup>?

E mais: como lidar com as cláusulas compromissórias com previsão de tribunais arbitrais internacionais diante do aparente conflito entre as normas do Estatuto das Empresas Estatais e da Lei do Petróleo com o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, o art. 11, III, da Lei das PPPs e o art. 3º, III, do Decreto nº 8.465/2015, os quais impõe tanto o foro contratual da Administração Pública quanto a arbitragem nacional e em língua portuguesa?

Mais do que o comportamento ético e a boa-fé objetiva da Administração Pública direta, será também essencial compreender a reação do Poder Judiciário e do Ministério Público à autorização do uso da arbitragem pelos entes públicos no que se refere à delimitação dos interesses patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva)<sup>12</sup>. Essa análise deverá considerar, em especial, o fenômeno expansionista do ativismo judicial no Brasil<sup>13</sup>, segundo o qual a lógica de intervenção do controle judicial nos conflitos de interesses desafia uma postura política ativa, pautada, primordialmente, pela densificação de princípios em contraste com a legalidade estrita<sup>14</sup>.

No segundo tópico deste artigo, analisaremos as crenças e os mitos construídos em torno da arbitragem, com os impactos negativos causados em cada fase evolutiva. No terceiro, apresentaremos o panorama normativo de recepção do uso da arbitragem pelos entes públicos e as vantagens alocativas envolvidas. Na conclusão, faremos um confronto entre as escolhas políticas e o emprego prático da arbitragem como meio democrático de ampliação da solução litígios.

## 2 CRENDICES OU OBSTÁCULOS: A SUPERAÇÃO DAS PREMISSAS HISTÓRICAS CONTRÁRIAS À ARBITRAGEM

Pierre Rosanvallon é certamente um dos historiadores políticos que melhor compreendeu as relações políticas do Estado na metade do século passado

- 10 A respeito das formas de arranjo societário com a participação minoritária de entes estatais, PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 194-199.
- 11 PELA, Juliana Kruger. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*, v. 103, p. 199, 2008.
- 12 LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 3, n. 8, p. 348, 2000.
- 13 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 58, p. 192, 2000; COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre direito e política. *Revista Pensar*, v. 18, n. 1, p. 42-43, 2013.
- 14 Para uma crítica densa sobre os riscos do ativismo judicial, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 112.

até os dias atuais, em especial quando em análise a legitimidade das deliberações e a representatividade democrática. E um dos temas caros ao autor é a ideia de dupla legitimidade almejada no cenário público para a afirmação do ideal democrático<sup>15</sup>.

Depois da Segunda Guerra Mundial e desde que a unificação dos desejos individuais se mostrou problemática, os regimes democráticos buscaram concentrar suas forças em alguns mecanismos de consecução destes ideais: o sufrágio universal e a Administração Pública. A burocracia administrativa deixou de ser vista apenas como um instrumento de exercício de poder político para também atuar como nicho de mensuração da autonomia de valores e necessidades da sociedade, a partir da sua competência em prover serviços públicos. A igualdade de acesso a estes serviços e bens públicos envolvia, assim, um complemento da representação democrática obtida nas urnas pelo voto majoritário.

É neste contexto que Rosanvallon descreve a importância de Frank Goodnow<sup>16</sup> como um dos grandes idealizadores do direito administrativo americano. Segundo ele, o verdadeiro poder estava com a Administração Pública, que deveria se desviar de qualquer postura que não primasse pela supremacia do interesse público em relação ao privado. No entanto, ela deveria exercê-lo de forma complementar com a política para obter a sua legitimidade<sup>17</sup>. O *New Deal* foi a melhor expressão dessa verdadeira transição para o poder administrativo autônomo, quando, então, prevaleceu uma forma de legitimidade baseada na eficiência alocativa promovida pela função administrativa, em vez apenas da legitimidade eleitoral<sup>18</sup>.

Aos poucos se observou, contudo, que o poder administrativo foi incapaz de preservar esse nível de legitimidade democrática, o que resultou na delegação de determinadas atividades e competências para o setor privado. A ampliação das necessidades no pós-guerra escancarou a ineficiência do Estado em prover, de forma adequada, serviços e bens. E é exatamente aqui que as duas formas de legitimação – uma baseada no reconhecimento social de alguma forma de poder e outra na legitimação baseada em alguma norma ou sistema de valores – ganham relevância. Isso porque nesse cenário de ampliação dos poderes e das competências da Administração Pública a legitimidade do Poder Judiciário decorre exatamente de um sistema de valores corporificado

15 ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*. New Jersey: Princeton University Press, 2011. p. 21-26.

16 GOODNOW, Frank Johnson. *Politics and administration: A study in government*. New York: Transaction Publishers, 1914. p. 247.

17 ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, p. 44-45.

18 SHESOL, Jeff. *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*. New York: WW Norton & Company, 2010. p. 116. Saul Tourinho Leal narra com detalhes a queda de braço entre Roosevelt e a Suprema Corte americana, o que posteriormente resultou no surgimento da expressão ativismo judicial (LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou ativez? O outro lado do STF*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi (Org.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 219-222).

na cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional ou da reserva de jurisdição, um dos principais contrapontos ao tema da arbitragem.

Entretanto, a essência da democracia e sua legitimidade – enquanto expressão social de poder político – depende da percepção social dessa dupla legitimidade. Ela requer, acima de tudo, que os cidadãos acreditem no desempenho das ações pelo Poder Público e que a eles sejam atribuídos poderes para o desempenho de habilidades e satisfação de interesses. E um dos principais desdobramentos desse empoderamento concedido aos indivíduos envolve até mesmo a competência de resolver seus conflitos mediante as formas que conberem mais adequadas.

Com a atribuição de certas competências ao setor privado e o fortalecimento da economia global, surge a necessidade de se estabelecer parâmetros para a solução de controvérsias complexas e de rápido equacionamento. Porém, se, de um lado, a ineficiência alocativa monopolista foi o fator que ensejou a delegação de parte dessas competências ao setor privado, admitir que também o fosse a resolução de conflitos seria supostamente um atestado ainda maior dessa incapacidade estatal. Em grande parte, essa é uma das razões pelas quais a história da arbitragem pode ser resumida em uma constante superação de mitos e crenças.

Entretanto, não apenas no Brasil a arbitragem encontrou obstáculos. A resistência à arbitragem entre os americanos era ainda mais incisiva, a despeito da promulgação do *Federal Arbitration Act* (FAA) de 1925, conforme se constata nas opiniões do *Justice White*, em *Gilmer v. Interstate/Johnson Lae Corp.* (500 U.S. 20, 1991), e do *Justice Story*, em *Tobey v. County of Bristol*. Somente após o pronunciamento da Suprema Corte americana em *Circuit City Stores Inc. v. Saint Clair Adams* (532 U.S. 105, 2001), com o impactante voto-condutor do *Justice Antony Kennedy*, os tribunais ordinários passaram a admitir com maior frequência a arbitragem<sup>19</sup>.

Ortega y Gasset dizia que as ideias temos, porém nas crenças estamos<sup>20</sup>. A crença ofusca a contestação de axiomas e bloqueia a aspiração por conhecer a causa das coisas (*rerum conoscere causas*). Com a arbitragem não foi diferente, a despeito da sua longínqua história com a política internacional brasileira<sup>21</sup>. Para se consolidar como um meio alternativo de resolução de controvérsias para a Administração Pública, a arbitragem precisou superar três mitos dogmáticos: (i) a inafastabilidade do controle jurisdicional ou reserva de jurisdição;

19 OLDHAM, James; KIM, Su Jin. Arbitration in America: The Early History. *Law and History Review*, v. 31, n. 1, p. 242-243, 2013. Por outro lado, sobre o critério dos *minimum contacts* para acionar a jurisdição arbitral americana em arbitragens internacionais, cf. TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, p. 23, 2006.

20 ORTEGA Y GASSET, José. *Ideas y creencias*. 2. ed. Buenos Aires: Espasa Calpe, 1943. p. 17.

21 LACOMBE, Américo Jacobina. *Rio Branco y Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1955. p. 37-45.

(ii) o princípio da legalidade administrativa; e (iii) a indisponibilidade/supremacia do interesse público.

A primeira crença superada pela arbitragem foi a inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo a premissa do sistema de jurisdição única, conhecido como modelo inglês. Acreditava-se que a admissão da arbitragem importaria em um reconhecimento da falência do modelo estatal de jurisdição. Questionava-se que a cláusula compromissória representava uma afronta à inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>22</sup>.

Enquanto o instituto do juízo arbitral apenas exigia a homologação judicial para que fosse considerado título executivo, os ânimos dos religiosos defensores do monopólio do controle jurisdicional estavam sob controle<sup>23</sup>, ainda que inócua a condição de meio alternativo de heterocomposição da arbitragem.

Coube ao Supremo Tribunal Federal, em apertada maioria, a tarefa de sepultar essa crença quando declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem<sup>24</sup>, sob o fundamento de que a cláusula compromissória era restrita a interesses patrimoniais disponíveis, sem prejuízo do controle judicial em casos de vícios e medidas cautelares (arts. 22-A e 33, § 1º, da Lei nº 9.307/1996).

O segundo mito envolveu o princípio da legalidade, o qual foi superado em 3 etapas<sup>25</sup>. A primeira etapa ocorreu com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996 e a confirmação da sua constitucionalidade pelo STF. Em seguida, pela previsão da realização de arbitragem pelos entes públicos na Lei nº 10.848, na Lei das PPPs (art. 11 da Lei nº 11.079/2004) e na Lei de Transportes Rodoviários (Lei nº 11.442/2007 e Decreto nº 8.465/2015). Por fim, pela consagração expressa de a Administração Pública dirimir litígios por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 13.129/2015.

Ainda assim, havia uma visão muito limitada de legalidade administrativa<sup>26</sup>. A doutrina administrativista moderna tem compreendido que existe uma série de poderes implícitos no desempenho da potestade (poder-dever),

- 22 SOMBRA, Thiago Luís Santos. A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no anteprojeto de CPC. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 48, n. 190, p. t2, 2011.
- 23 Antigos arts. 1.097 e 1.098 do Código de Processo Civil e art. 1.045 do Código Civil de 1916. No mesmo sentido, Carmona destaca que “vale analisar, pelo menos, dois problemas básicos criados pelo nosso atual sistema legal para que se perceba por que a arbitragem ainda é pouco utilizada, a saber, a falta de eficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação do laudo arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no Brasil: Utopia? *Repertório IOB de Jurisprudência*, v. 93, n. 14, p. 274, 1993).
- 24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg/SE 5206, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004. Para uma análise do julgamento, cf. SOMBRA, Thiago Luís Santos. A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no anteprojeto de CPC.
- 25 Vale salientar que o STF, em dois precedentes históricos, examinou o cabimento da arbitragem pelos entes públicos, o caso Estado de Minas Gerais contra Américo Werneck e o caso dos bens das Organizações Lage (STF, AC 3.021/MG, Rel. Min. Pedro Lessa. DJU 04.06.1918; STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJU 15.02.1973).
- 26 ARAÚJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. *Revista de Administração Pública*, v. 34, n. 5, 2000.

de modo que associado à ideia de contratar está implícito o poder de convencionar a arbitragem<sup>27</sup>. A mudança de paradigmas, na visão de Bernardo Cremades, foi o fator responsável para que o “*global administrative law for public contracting causes us to question many of the principles we studied in local administrative law, which derived from the criteria introduced into our legal systems which were based on the French Revolution*”<sup>28</sup>.

E nesse caminho chega-se à terceira etapa, relativa à superação de um elemento cultural forte: a indisponibilidade do interesse público. Invariavelmente, os que defendiam essa posição sustentavam que a Administração não poderia se submeter à arbitragem porque a ela não é dado transigir sobre o interesse público<sup>29</sup>. Contudo, a própria Lei nº 13.129/2015 superou esse estigma ao prever que o Poder Público poderá instituir arbitragem no tocante a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, repeti-lo irrefletidamente passava a não mais fazer sentido nem sob o prisma dogmático.

Mas em que consistem esses direitos patrimoniais disponíveis? Que parâmetros utilizar para defini-los e submetê-los ao controle judicial e à tutela do Ministério Público? De fato, aqui parece existir uma grande confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais<sup>30</sup>.

Não raras são as hipóteses em que a Administração dispõe de seus direitos patrimoniais amparada em autorização legislativa<sup>31</sup>. A Lei dos Juizados da Fazenda Pública é um exemplo no tocante a causas menores de 60 salários, a possibilidade de não ajuizar execução fiscal de valor abaixo de determinado patamar, a realização de programas de anistia e parcelamento de créditos tributários e os procedimentos realizados perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)<sup>32</sup>.

Em resumo, não há nenhuma plausibilidade quanto ao argumento. Afinal, o Estado não negociará seu poder de autoridade – *atos de império* –, mas

27 BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição, p. 173.

28 CREMADES, Bernardo M. State Participation in International Arbitration. In: *Liber Amicorum: Mélanges en l'honneur de Serge Lazareff*. Paris: A. Pedone, 2011. p. 8-9.

29 TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, p. 4-5, 2010.

30 SUNDNFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 117-126, 2008, p. 120.

31 Como aponta Caio Tácito, “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” (TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, p. 114, 1997).

32 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, posteriormente alterado pelo Ato Regimental nº 2, de 9 de abril de 2009. Sua estrutura está definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011 (AGU. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Fonte: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/170561](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561)>, acessado em 17.01.2017).

apenas aquele elemento dotado de aferição pecuniária. Um claro exemplo das dificuldades de compreensão das particularidades dos atos de império em face da arbitragem ocorreu no Conflito de Competência nº 139.519<sup>33</sup>.

Nesse precedente, o Ministro Relator conheceu o conflito e decidiu pela competência do tribunal arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI) em demanda envolvendo a Petrobrás, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e o Estado do Espírito Santo.

Além do aspecto relativo à estanque segmentação entre *atos de império* e *gestão*, o primeiro equívoco se verificou no conhecimento do conflito de competência e na não observância do princípio *kompetenz-kompetez*, uma vez que eventuais dúvidas sobre competência deveriam ter sido dirimidas pelo próprio tribunal arbitral<sup>34</sup>.

Nesse caso, a ANP autuou a Petrobrás pelo não pagamento de uma participação especial em alguns campos de petróleo. A Petrobrás propôs uma ação anulatória dos autos de infração para afastar o recolhimento. A ANP sustentou que o caso não poderia ser dirimido pela via arbitral por envolver seu poder de fiscalização (*ato de império*), e não direitos patrimoniais disponíveis, razão pela qual o processo foi parar no STJ<sup>35</sup>.

O caso também envolveu a definição acerca de ser o Estado do Espírito Santo parte no litígio, embora a concessão tenha sido celebrada entre a ANP e a Petrobrás. Se eventualmente admitida a participação do Estado de Espírito Santo, o imbróglho poderá até mesmo resultar na nulidade da cláusula compromissória por ter apontado tribunal arbitral fora do Brasil e em outro idioma, a despeito de o art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997 admitir arbitragens internacionais<sup>36</sup>.

Cremades lembra que o ambiente em torno da arbitragem era muito hostil no Brasil antes da Lei nº 9.307/1996 e seu limitado emprego ainda hoje em relação aos entes públicos decorre, em grande medida, da obrigatoriedade da realização no território brasileiro e em língua portuguesa, como na hipótese anteriormente aventada<sup>37</sup>. Com razão o autor, afinal, o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666 c/c o art. 11, III, da Lei de PPPs e o art. 3º, III, do Decreto nº 8.465/2015

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 139.519, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, decisão monocrática, DJe 13.04.2015.

34 O caso não é inédito. Anteriormente, o STJ também conheceu conflito de competência semelhante (CC 111.230/DF, 2ª Seção, Relª Min. Nancy Andrighi, DJe 03.04.2014).

35 OLIVON, Beatriz. STJ avaliará aplicação de arbitragem para caso da ANP. *Valor Econômico*, Online, 2017.

36 Para uma análise da influência do regulamento dos tribunais arbitrais sobre o idioma e local da arbitragem, cf. GAZZANEO, Nathalie. Regulamentos das câmaras arbitrais brasileiras e sua adequação para governar arbitragens internacionais. *Revista de Direito Empresarial*, v. 6, p. 267, 2014.

37 CREMADES, Bernardo M. Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America. *Business Law International*, v. 7, n. 1, p. 62-63, 2006.

impõem a realização de arbitragens no Brasil<sup>38</sup>, embora o Estatuto das Empresas Estatais nada mencione a respeito<sup>39</sup>.

Mas imagine-se, por exemplo, a situação de uma sociedade de economia mista, autorizada pelo Estatuto das Empresas Estatais a participar de arbitragens internacionais, que celebra uma parceria público-privada. Nessa situação, estará a sociedade de economia mista sujeita a observar o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, de modo a somente poder participar de arbitragem nacional e em língua portuguesa? Em outras palavras, embora o Estatuto das Empresas Estatais e o art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997 facultem a celebração de cláusulas compromissórias com arbitragem internacional e em outro idioma, o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 cria uma clara dificuldade de harmonização de regimes jurídicos.

E a incongruência normativa somente não é maior porque o Brasil não é signatário da Convenção ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), pertinente às arbitragens entre Estados e investidores estrangeiros, cujas regras de jurisdição são ainda mais específicas do que a das arbitragens comerciais internacionais<sup>40</sup>.

Ainda quanto à indisponibilidade do poder administrativo e aos atos de império, Punzi observa que também a doutrina italiana, em especial aquela anterior à Lei nº 241/1990, tergiversa sobre o tema sem apresentar uma fundamentação plausível para justificar a impossibilidade de a Administração Pública se valer da arbitragem em determinadas situações:

*Corollario necessario di queste affermazioni è che l'attribuzione del potere – ossia la funzione amministrativa intesa come soddisfazione dell'interesse pubblico – è per l'amministrazione indisponibile. Il potere è attribuito per il perseguimento di interessi che non sono "dell'amministrazione", ma ne costituiscono il fine istituzionale: in questo caso nemmeno si può parlare di interessi coincidenti e concorrenti con quelli dell'amministrazione, dal momento che nemmeno viene in rilievo un interesse "proprio" della struttura amministrativa; questa infatti è stata creata e si giustifica solo per l'esigenza di soddisfare il pubblico interesse tramite l'esercizio del potere.*<sup>41</sup>

De fato, a situação jurídica de potestade em que investida a Administração Pública não é um fim em si mesmo e somente encontra sentido enquanto

38 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 45, p. 5.

39 ALVES, Evelin Teixeira de Souza. Arbitragem no setor público: uma visão panorâmica. *Revista de Direito Empresarial*, v. 21, p. 178, dez. 2016.

40 BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Amsterdã: Kluwer Law International, 2016. p. 419-426; MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 12. Cf. ICSID Convention. Fonte: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>>, acessado em 17.01.2017.

41 PUNZI, Carmine. *Disegno sistematico dell'arbitrato*. 2. ed. Padova: Cedam, v. III, 2012. p. 532.

expressão da satisfação do interesse público<sup>42</sup>, o qual não encontra *per se* nenhuma incompatibilidade originária com a arbitragem<sup>43</sup>. Vale observar, ademais, que a cláusula compromissória não se contrapõe à indisponibilidade do interesse público, conforme bem decidido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei nº 9.307/1996 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.<sup>44</sup>

A concepção contemporânea de supremacia do interesse público não advém da contraposição aos interesses dos cidadãos, mas da concretização de interesses individuais e difusos e metas coletivas, na maior extensão possível<sup>45</sup>. Quando promovida a autorização legal orçamentária para o empenho de recursos em despesas com contratos administrativos, tal medida concede ao administrador os poderes de bem perseguir o interesse público mediante os meios negociais existentes.

No contrato administrativo, por exemplo, as cláusulas que objetivam o equilíbrio econômico-financeiro podem ser configuradas como direitos patrimoniais disponíveis da Administração e, por conseguinte, sujeitem-se à arbitragem<sup>46</sup>. São cláusulas atinentes a atos de gestão do Poder Público, ao contrário das cláusulas exorbitantes que contemplam atos de império ou potestade.

O que se tem em mira na arbitragem é a escolha da melhor e mais adequada solução, sob o prisma da proteção do patrimônio público. Esse é o aspecto essencial que move o Poder Público a deixar de litigar em um dos seus

42 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legítimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. *Civiltistica.com*, v. 4, n. 2, 2015.

43 Para Bernardo Cremades, parte do problema decorre do fato de que “our law school professors taught us about the essential nature of administrative contracts and that they were deeply impregnated with the concept of public service” (CREMADES, Bernardo. State Participation in International Arbitration, p. 2).

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 606.345, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 08.06.2006.

45 FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 45-52; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDGELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 405.

46 ALVES, Evelin Teixeira de Souza. *Arbitragem no setor público: uma visão panorâmica*, p. 179.

órgãos para utilizar a arbitragem. E aqui há a superação de mais um elemento cultural relevante: além de o Poder Público admitir a solução de conflitos dos seus cidadãos por outrem, agora passa a admitir a resolução dos seus conflitos pelos seus cidadãos<sup>47</sup>. Não há um amplo campo de discricionariedade. O administrador deve fundamentar a razão pela qual opta pela via arbitral, sobretudo porque a complexidade das causas e a celeridade almejada se refletem nos custos e na confiabilidade de futuras contratações.

### 3 POR UMA ARBITRAGEM PRAGMÁTICA: QUESTÕES FACTUAIS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a possibilidade de o Poder Público sujeitar-se ao procedimento e à sentença arbitral, algumas repercussões processuais e administrativas práticas devem ser consideradas.

A primeira delas envolve a forma de definição do critério de contratação do árbitro ou escolha da câmara arbitral. Em razão da moralidade administrativa, eficiência e impessoalidade, a simples motivação da autoridade competente não se revela suficiente para a contratação, classificação e execução da despesa orçamentária. A rigor, cumpre seja instaurado um processo administrativo específico, a fim de aferir a inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição diante da notória especialidade do árbitro ou da câmara arbitral. Obviamente, esse processo administrativo deve ser pautado por uma tramitação condizente com a natureza da especificidade da eleição da via arbitral.

Sob outra vertente, conquanto a confidencialidade ou o sigilo sejam notas marcantes da arbitragem entre privados, é certo que, estando o Poder Público envolvido, o princípio constitucional da publicidade deve preponderar em face do art. 189, IV, do Código de Processo Civil. Ainda que não se tenha especificado quais atos merecem publicidade, os deveres de transparência, eficiência, impessoalidade e moralidade da atividade administrativa requerem que apenas os atos essenciais do procedimento arbitral estejam ao alcance dos órgãos de controle, fiscalização e especialmente da Lei de Acesso à Informação (art. 5º, XXXIII, e art. 37, § 3º, II, da CF)<sup>48</sup>.

47 Stavros apresenta críticas ainda mais contundentes com base no isolamento dos doutrinadores e arbitralistas, os quais não souberam promover o pluralismo jurídico, o antiformalismo e a conexão com o direito internacional como forma de dar maior aceitação e percepção dos benefícios da arbitragem (BREKOUOLAKIS, Stavros. International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law. *Fordham International Law Journal*, v. 36, p. 747-758, 2013).

48 Sobre a publicidade no procedimento arbitral, importante destacar as conclusões do “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration”, elaborado pela Queen Mary University of London em parceria com o White & Case LLP, no qual se constatou que para “62% of respondents said confidentiality is ‘very important’ to them in international arbitration”. Por outro lado, quando presente algum ente estatal, a pesquisa revelou que “we asked respondents whether the considerations regarding confidentiality are different when dealing with a state party: 37% said yes (although a further 37% said they did not know). We received a broad range of responses: some respondents believe that states may seek greater confidentiality (on the basis of state security and similar grounds), whereas others think that states may seek to breach confidentiality due to their disclosure obligations (e.g. freedom of information). Some respondents also noted that there is usually greater media interest in

Por essa razão, em arbitragens com a Administração Pública será essencial uma precisa formulação das questões e dos pontos a serem decididos (*issues*), bem como um controle cuidadoso em torno da *discovery* para evitar a produção em excesso de documentos que eventualmente estejam acessíveis ao público.

Engana-se, todavia, quem acredita que a confidencialidade do procedimento arbitral é questionada apenas quando presente a Administração Pública. O Estado norte-americano do Delaware, considerado um paraíso empresarial pela atratividade dos benefícios oferecidos ao setor privado, concebeu um programa de arbitragem extremamente eficiente e ousado, que teve a sua constitucionalidade questionada por prestigiar a confidencialidade nos casos patrocinados pelo Poder Público<sup>49</sup>.

O Tribunal de Apelação do 3º Circuito dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade da regra de confidencialidade do Código de Arbitragem do Delaware – e a Suprema Corte se recusou a examinar o caso –, sob o argumento de ser utilizada apenas como forma de privar litígios civis convencionais da necessária publicidade inerente a processos judiciais:

*This appeal requires us to decide whether the public has a right of access under the First Amendment to Delaware's state-sponsored arbitration program. Chancellor Strine and the judges of the Delaware Chancery Court ("Appellants"), who oversee the arbitrations, appeal a judgment on the pleadings entered in favor of the Delaware Coalition for Open Government (the "Coalition"). The District Court found that Delaware's proceedings were essentially civil trials that must be open to the public. Appellants dispute the similarities and argue that the First Amendment does not mandate a right of public access to Delaware's proceedings.*<sup>50</sup>

No Brasil, nada impede que o árbitro, na condição de juiz de direito, imponha caráter sigiloso ao procedimento arbitral, observada a hipótese constitucional de imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF). Por abranger apenas direitos patrimoniais disponíveis, a principal diretriz dever ser invariavelmente a publicidade. Somente em casos excepcionais, a serem devidamente confirmados pela racionalidade de situações fáticas concretas, é que se admite eventual sigilo no procedimento arbitral com a Administração Pública.

*matters involving states and greater risk of leaks*" (FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas. 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*. Londres: Queen Mary University of London, 2010. p. 33-34).

49 KHARATIAN, Jores. Secret Arbitration or Civil Litigation? An Analysis of the Delaware Arbitration Program; *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, v. 6, n. 2, p. 415, 2014; KENDALL, Brent. Justices Won't Rescue Delaware's Confidential Arbitration. *Wall Street Journal*, Online, 2014.

50 EUA. Del. Coal. for Open Gov't, Inc. v. Strine, 733 F.3d 510, 2013, p. 4.

Ademais, é recomendável que a convenção arbitral esteja prevista no edital e na minuta do contrato administrativo, ainda que sem o detalhamento de todos os elementos necessários à instauração da via arbitral. Além de fomentar a segurança jurídica, a previsão expressa da convenção permite que os licitantes estimem custos de contratação de árbitros e peritos e de garantias no momento da definição do preço final.

Embora a previsão editalícia da convenção arbitral não seja obrigatória, a Administração Pública deve planejar adequadamente o recurso aos meios alternativos de controvérsias com o intuito de definir os limites da despesa empenhada<sup>51</sup>. Trata-se, antes de mais nada, de juízo de conveniência e discricionariedade administrativa, e não propriamente de um ato vinculado, o que não impede a posterior celebração de compromisso arbitral:

[...] nos conflitos externos, decorrentes de contratos administrativos, é igualmente dispensável que a cláusula arbitral já constasse do contrato administrativo ou de sua minuta integrante do edital do processo licitatório. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. A arbitragem não constitui em si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos – razão pela qual é dispensável sua previsão em edital.<sup>52</sup>

Nada impede, ainda, que o árbitro seja qualquer pessoa natural ou jurídica, brasileiro ou estrangeiro, de direito privado ou público. No âmbito da União, por exemplo, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal pode desempenhar essa função mesmo quando envolvidos apenas Municípios e Estados de um lado e privados do outro<sup>53</sup>.

Muito se questiona se as arbitragens envolvendo a Administração Pública direta e indireta poderia ser realizada exclusivamente em outro idioma. Embora a Lei das PPPs e o Decreto dos Portos exijam o emprego da língua portuguesa, o Estatuto das Empresas Estatais e a Lei do Petróleo nada mencionam a respeito<sup>54</sup>. Em todo mundo, em especial para os signatários da Convenção ICSID, arbitragens em outros idiomas como o inglês e francês ocorrerem a

51 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado*, p. 3.

52 TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 583.

53 Embora resolvidos mediante conciliação, a CCAF, para além dos conflitos entre órgãos e entidades da União, já atuou em disputa envolvendo a Caixa Econômica Federal e o Estado de Alagoas. Em outro caso, a CCAF conciliou uma disputa envolvendo os Municípios paranaenses de Bandeirantes e Andirá e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Da mesma forma, negociações entre a Petrobrás, a União e o Estado do Rio de Janeiro foram realizadas para fins de acerto do valor a ser pago a título *royalties* na exploração dos campos de petrolíferos de Petrófero de Martim, na Bacia de Campos. Outro caso envolveu a definição das linhas de projeção dos Estados de São Paulo, do Paraná e de Santa Catarina, no bojo da ACO 444, Relator Ministro Luís Roberto Barroso (VENTURINI, Adriana M.; SOUZA, Rômulo de Castro. Soluções de conflitos administrativos pelo Executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana. *Publicações da Escola da AGU*, v. 21, p. 29-31, 2012).

54 Apesar de a Lei do Petróleo nada mencionar a respeito da necessidade de a arbitragem ser realizada em língua portuguesa, o Tribunal de Contas da União tem determinado que a Petrobrás, "nos futuros contratos que vier a celebrar e que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil, atente para a obrigatoriedade de os termos contratuais serem pelo menos redigidos em língua portuguesa" (BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2145/15, Processo nº 006.588/2009-8, Pleno, Rel. Min. Benjamin Zymier, 14.08.2013).



todo momento sem que isso represente uma afronta à soberania estatal ou desvantagem técnica de atuação<sup>55</sup>. A internacionalização do país e a atração de investimentos em infraestrutura requer efetivas mudanças culturais<sup>56</sup>, entre elas a limitação das arbitragens com alguns entes públicos ao território brasileiro e em língua portuguesa<sup>57</sup>. O uso de tradução e dupla linguagem pode perfeitamente contornar essas dificuldades.

A legislação em vigor não exige, ademais, que a arbitragem recaia em alguma instituição (arbitragem institucional). A despeito das sugestões de Carmona para a adoção de uma eficiente arbitragem *ad hoc*<sup>58</sup>, recomenda-se o emprego da arbitragem institucional, isto é, a escolha de regras preestabelecidas com árbitros eventualmente vinculados a uma câmara ou um tribunal arbitral, em virtude da previsibilidade orçamentária e do acesso prévio aos regramentos.

A escolha do tribunal arbitral deve ser feita por ambas as partes mesmo quando envolva a Administração Pública. Se eventualmente já constar no edital a convenção arbitral com a indicação da câmara escolhida, o licitante vencedor poderá pleitear a modificação dos órgãos antes da adjudicação e homologação do resultado<sup>59</sup>.

Em relação às prerrogativas processuais em prol da Fazenda Pública, a Lei da Arbitragem criou um procedimento autônomo diverso do reexame necessário, sem qualquer condição suspensiva de eficácia da sentença arbitral, de maneira que este deve ser considerado um tema superado.

Por outro lado, a suspensão de liminar, tutela antecipada ou execução (Lei nº 8.437/1992) ainda constitui uma carta na manga, não utilizada até então. A despeito da inexistência de precedentes sobre o tema, considera-se o juízo de impacto político, econômico e social das suspensões de liminar e execução inaplicável ao processo arbitral. A eficácia das decisões em uma arbitragem de direito não pode se submeter a um incidente processual pautado por um juízo de deliberação provisório voltado a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

É deveras improvável, contudo, que uma sentença arbitral de um caso específico possa ter um efeito multiplicador expressivo a ponto de comprometer as finanças públicas e justificar o conhecimento de um pedido de suspensão de liminar, execução e tutela antecipada.

55 YONG, Lacey. New ICSID claims against Indonesia and Sri Lanka. *Global Arbitration Review (GAR)*, Online, 2016.

56 Stavros e Margaret tecem semelhante observação ao analisarem as razões pelas quais ainda é baixo o emprego da arbitragem com a Administração Pública (BREKOUKAKIS, Stavros; DEVANEY, Margaret. Public-Private Arbitration and the Public Interest under English Law. *The Modern Law Review*, v. 80, n. 1, p. 22-56, 2017).

57 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 51, n. XIII, p. 11, 2016.

58 *Ibid.*, p. 10.

59 Sobre a análise empírica dos aspectos positivos e negativos da escolha unilateral de árbitros, vale conferir o denso artigo de TUFTE-KRISTENSEN, Johan. The unilateral appointment of co-arbitrators. *Arbitration International*, v. 32, n. 3, p. 484-486, 2016.

Ora, vale lembrar que a União, os seus fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas e as empresas estatais estão autorizados a participar, no limite global de seis bilhões de reais, em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, que terá por finalidade a garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais (art. 16 da Lei nº 11.079/2004). Por conseguinte, o montante do valor pecuniário a ser discutido na arbitragem não pode, por si só, ser fundamento suficiente a caracterizar eventual lesão à economia pública e autorizar o cabimento de suspensões.

Além do mais, qual seria o órgão judicial competente para analisar pedido de suspensão formulado pelo Poder Público em face de uma decisão arbitral cautelar? Evidente, pois, o descabimento de tal incidente no âmbito da arbitragem. Uma vez instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. Sendo assim, a contracautela (*pedido de suspensão*) também deverá ser requerida ao árbitro ou à câmara arbitral.

Em relação aos honorários periciais e às taxas, constitui uma medida hábil que as partes acordem no procedimento arbitral se cada uma suportará as respectivas despesas, mas, em caso de omissão, caberá ao árbitro definir (arts. 21 e 22). Desse modo, não se cogita a incidência do art. 91, §§ 1º e 2º, do CPC ao procedimento arbitral.

Em contraste à previsão do art. 91 do CPC, uma medida interessante de razoável emprego na arbitragem internacional quanto às despesas, aos gastos com perícia e ao valor da condenação, mas de pouco uso nas arbitragens nacionais e rara previsão nas regras das câmaras arbitrais, denomina-se *security for costs*<sup>60</sup>. Quando uma das partes não puder suportar despesas e o Poder Público não as puder adiantar, essa talvez fosse uma alternativa possível.

Nos casos sem financiamento por fundos (*third party funding*), com boa plausibilidade de vitória, risco de não cumprimento da sentença arbitral e incapacidade de suportar os custos (falência ou recuperação), uma das partes poderá requerer que o tribunal determine que a outra parte ofereça uma garantia<sup>61</sup>. Algumas câmaras arbitrais, como London Court of International Arbitration (LCIA) (art. 25, 2), Singapore International Arbitration Centre (SIAC) (art. 24, k), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) (art. 24) e Belgian Centre of Arbitration and Mediation (CEPANI) (art. 27, 1), já incorporaram em suas regras a previsão do *security for costs*, embora ICC, Uncitral e ICSID (art. 39) não têm previsões específicas sobre o tema. Da mesma forma,

60 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 349.

61 Um interessante precedente sobre *security for costs* envolveu o caso ICSID nº ARB/09/17 entre a República de El Salvador v. Commerce Goup. Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc., presidido pelo Professor Emmanuel Gaillard. O pedido foi formulado por El Salvador e negado pelo tribunal arbitral pelo fato de não ser o momento adequado para análise e por ser uma medida excepcional (Fonte: <<http://dev.arbitration.org/sites/default/files/awards/arb2217.pdf>>).

nas leis de arbitragem de países como Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, Singapura e Hong Kong também consta previsão para a adoção de medidas dessa natureza, conforme advertem Redfern e O'Leary<sup>62</sup>.

De igual modo, não se aplica a necessidade de prévia intimação dos representantes do Poder Público antes de eventual concessão de medidas cautelares por tribunal arbitral, prevista no art. 1º, § 4º, da Lei nº 8.437/1992. Em primeiro lugar, porque a referida norma é anterior ao regime jurídico estabelecido pela reforma da Lei de Arbitragem, que não o contemplou. Em segundo, porque expressamente restrita aos representantes judiciais da Administração Pública, o que faz supor a aplicabilidade apenas ao processo judicial.

Sobre a intervenção anômala da Administração Direta nas causas em que figurem como autor ou réus da Administração indireta (art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.469/1997), a interpretação deve ser compatibilizada com a autonomia da convenção arbitral e a vontade das partes, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.307/1993. A convenção arbitral vincula exclusivamente as partes signatárias, de modo que a sentença não poderá extrapolar os seus limites, o que torna inconcebível a intervenção anômala dos entes da Administração direta. Trata-se, pois, de medida excepcional que deve permanecer restrita ao contencioso judicial.

Sendo a sentença arbitral título executivo judicial, nos termos do art. 515, VII, do Código de Processo Civil, o seu cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos no Título II (“Do cumprimento da sentença”). Por força de tal aspecto, vale indagar se a figura da perda superveniente da exigibilidade do título judicial por força de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade se aplicaria também à sentença arbitral, a teor do § 5º do art. 535 do CPC.

Na impugnação ao cumprimento da sentença arbitral (arbitragem de direito), a Administração Pública poderá alegar a sua inexigibilidade superveniente quando estiver fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois o cumprimento de sentença judicial e arbitral ocorre pelo mesmo rito.

O pagamento da condenação imposta à Fazenda Pública pelo tribunal arbitral seguirá o regime constitucional de precatório e requisição de pequeno valor, nos exatos moldes dos processos judiciais. Por outro lado, muito se tem questionado se a execução direta mediante o uso do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas não afrontaria o sistema de precatórios, já que, nos termos do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.079/2004, esse fundo terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas. Carlos Ari Sunfeld com muita propriedade argumenta que o FGP tem natureza privada e a sua

instituição ocorre mediante a desafetação e transferência para a criação da pessoa jurídica:

O oferecimento de garantia pelo FGP – que não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o dispositivo no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatórios a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque é privada sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetações e transferências são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas.<sup>63</sup>

De fato, a execução direta do Fundo Garantidor das PPPs não conflita com o art. 100 da CF/1988, haja vista a natureza jurídica privada do fundo, cuja finalidade específica é justamente garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos, inclusive com condenações em arbitragens.

A concepção da Lei nº 13.303/2016 teve como foco a proteção das empresas estatais das ingerências políticas, mediante a definição de critérios de governança, gestão de risco, controle interno, transparência, eficiência e integridade corporativa. Embora já impugnada em sua totalidade por ação direta de inconstitucionalidade perante o STF<sup>64</sup>, o seu art. 12, parágrafo único, dispõe que “a sociedade de economia mista *poderá* solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”.

Ao restringir o uso da arbitragem a conflitos internos da sociedade, o mencionado dispositivo não primou pela melhor técnica legislativa. Uma interpretação equivocada poderia levar à conclusão de que as controvérsias externas da sociedade de economia mista e os conflitos, internos e externos, da empresa pública não estariam sujeitas à via arbitral.

Ocorre que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União admite a irrestrita solução de controvérsias, internas e externas de empresas estatais, desde que o conflito esteja relacionado a direitos patrimoniais disponíveis<sup>65</sup>.

63 SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

64 STF. ADI 5624, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, proposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal e Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro.

65 BRASIL. STJ, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha; AgRg-MS 11308/DF, Rel. Min. Luiz Fux; REsp 904.813/PR, Rel.ª Min. Nancy Andrighi. Esta também é a posição de TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. *Arbitragem nas empresas estatais*, p. 565-566.

62 REDFERN, Alan; O'LEARY, Sam. Why it is time for international arbitration to embrace security for costs. *Arbitration International*, v. 32, n. 3, p. 399-411, 2016.

Conforme mencionado anteriormente, um problema real surgiu com a redação do art. 136-A da Lei nº 6.404/1976, inserido pela Lei nº 13.129/2015, o qual estabelece que a aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum qualificado, obriga a todos os acionistas, resguardado o direito de retirada e o reembolso do valor das ações.

Enquanto autores como Modesto Carvalhosa tem defendido a inconstitucionalidade do art. 136-A da Lei nº 6.404/1976, na medida em que submete compulsoriamente todos os acionistas à arbitragem<sup>66</sup>, outros sustentam a sua inaplicabilidade em relação às sociedades de economia mista, pois a Lei nº 13.303/2016 considera uma faculdade a solução de controvérsias pela via arbitral. Vale observar, entretanto, que, na hipótese do art. 136-A da Lei nº 6.404/1976, a exclusão do controle judicial não é originada precipuamente da vontade das partes, mas da própria lei, que não contemplou exceções à exclusão da jurisdição estatal, como o fez em relação às nulidades e cautelares.

## CONCLUSÃO

A instituição da arbitragem traz estabilidade e celeridade na resolução dos litígios, aumentando os investimentos privados no setor público. A arbitragem confere plenitude à autonomia individual, de modo que a “pessoa capaz” não deve ser vista somente como destinatária da norma, mas também como sujeito investido da capacidade de posicionar-se criticamente em relação a ações próprias e alheias, na visão de Klaus Gunther<sup>67</sup>.

Caberá aos atores estatais e à sociedade definir a identidade e os contornos da arbitragem com a Administração Pública, em contraste ao modelo de *superego* vivenciado pelo Poder Judiciário. O árbitro, além da obrigatoriedade imparcialidade e confiabilidade, não deve estar acima das questões a ele submetidas, como se verifica, não raras vezes, no voluntarismo judicial.

O árbitro há de ser o anverso do arbítrio neste cenário de crenças e mitos mal contados e reiteradamente repetidos. As portas que ora se abrem à Administração Pública na via arbitral requerem maturidade institucional, política e gerencial, visto que poderão ensejar várias mudanças de paradigma nos gestores públicos e nos órgãos de controle/fiscalização, mas em especial no próprio Poder Judiciário com a alternância do protagonismo.

66 Entre vários autores, Modesto Carvalhosa é quem mais tem defendido a inconstitucionalidade do art. 136-A da Lei nº 6.404/1976. Cf. FIESP, Jurista Modesto Carvalhosa analisa na Fiesp artigo 136-A da Lei de S/A. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Fonte: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/jurista-modesto-carvalhosa-analisa-na-fiesp-artigo-136-a-da-lei-de-sa/>>, acessado em 17.01.2017; CARVALHOSA, Modesto. Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito. *Seminário da International BAR Association*, São Paulo: USF, p. 12-16, 2015.

67 GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do Direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 229, 2006.

## Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbor for Procedural Management Decisions by International Arbitrators\*

KLAUS PETER BERGER\*\*

Professor of Law and Director of the Center for Transnational Law (CENTRAL) at the University of Cologne School of Law and President of the German Institution of Arbitration (DIS). The present contribution was inspired by the *Vienna Arbitration Days 2016: The Road to Predictability in International Arbitration* and the *31st Annual ICC SIA QMC Joint Symposium of Arbitrators: Powers and Duties of Arbitrators*. Thanks are due to the organizers and participants of these conferences.

J. OLE JENSEN\*\*\*

Research Fellow and PhD candidate with Professor Berger.

ABSTRACT: Faced with a party's procedural request, international arbitrators sometimes need to decide a delicate question: is this a legitimate exercise of the party's procedural rights, or an unreasonable move, leading to an unnecessary delay of the proceedings? When answering this question, the fear that the eventual award might be challenged due to a violation of the parties' due process rights lingers as the proverbial Sword of Damocles. Often, such "due process paranoia" will lead the arbitrator to grant unreasonable procedural requests, thus prolonging the proceedings unnecessarily. This neither benefits the parties nor the attractiveness of international arbitration as a dispute resolution mechanism. The present contribution attempts to ameliorate this situation. It reviews the state courts' approach to dealing with arbitrators' exercise of their procedural management discretion to reveal that "due process paranoia" is unfounded. Rather, the review brings to light what may be termed the "Procedural Judgment Rule", a safe harbor for arbitrators' exercise of their procedural discretion. The contribution encourages international arbitrators to embrace this discretion by conducting proactive proceedings. It offers methods to efficiently deal with delicate procedural management situations in order to avoid "due process paranoia" altogether.

## 1 INTRODUCTION

Throughout the last decades, the relevance of "time and costs" in international arbitration has undergone a paradoxical shift. What was once the great appeal of international arbitration and what made it the most viable alternative to litigation before state courts – swift proceedings at low costs – is currently reverting to its main disadvantage. Vexed with the loss of time and money involved in going through an international arbitration<sup>1</sup>, formerly faithful

\* The article was first published in (2016) 32 *Arbitration International* 415.

\*\* E-mail: kp.berger@uni-koeln.de.

\*\*\* E-mail: ole.jensen@uni-koeln.de.

1 Cf. Queen Mary University and PriceWaterhouseCooper, "2006 International Arbitration Survey: Corporate Attitudes and Practices" 7 <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123295.pdf>> accessed 30 January 2017; Michael McIlwraith and Roland Schroeder, "The View from an International Arbitration Customer: In Dire Need of Early