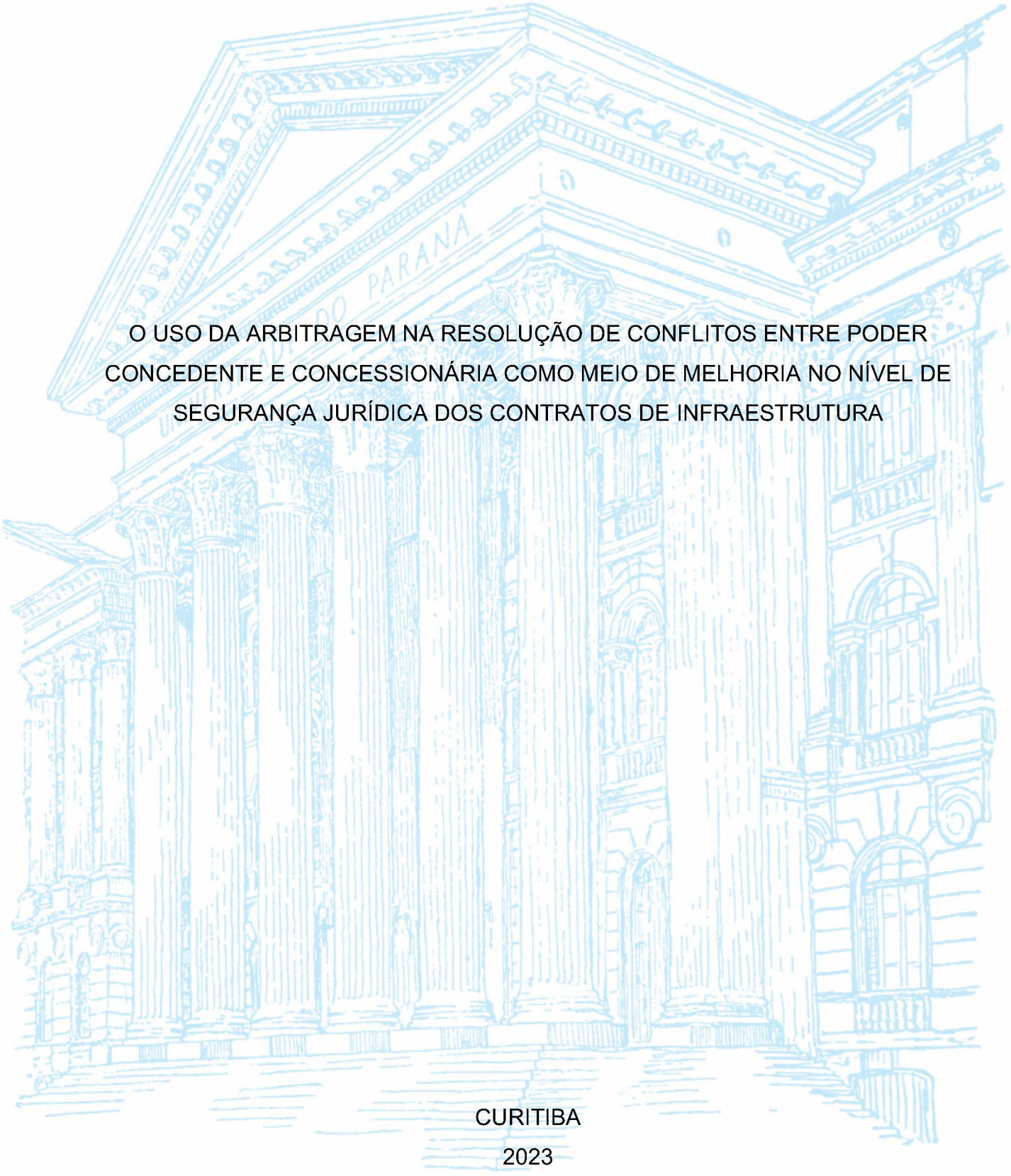
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MURILLO PREVE CARDOSO DE OLIVEIRA



O USO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA COMO MEIO DE MELHORIA NO NÍVEL DE SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

CURITIBA

2023

MURILLO PREVE CARDOSO DE OLIVEIRA

O USO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA COMO MEIO DE MELHORIA NO NÍVEL DE SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Oliveira, Murillo Preve Cardoso de
O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura / Murillo Preve Cardoso de Oliveira. – Curitiba, 2023.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Egon Bockmann Moreira.

1. Arbitragem (Direito administrativo). 2. Infraestrutura (Economia). 3. Segurança jurídica. 4. Administração pública. 5. Contratos administrativos. I. Moreira, Egon Bockmann. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº276

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia tres de março de dois mil e vinte e tres às 09:30 horas, na sala 317 - Ruy Corrêa Lopes - Sala de Defesas, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MURILLO PREVE CARDOSO DE OLIVEIRA**, intitulada**: O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EGON BOCKMANN MOREIRA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EGON BOCKMANN MOREIRA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 03 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica
03/03/2023 16:58:47.0
EGON BOCKMANN MOREIRA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
28/03/2023 17:04:19.0
GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
03/03/2023 17:02:26.0
EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 262208
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 262208

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MURILLO PREVE CARDOSO DE OLIVEIRA** intitulada: **O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura**, sob orientação do Prof. Dr. EGON BOCKMANN MOREIRA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.
A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 03 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica
03/03/2023 16:58:47.0
EGON BOCKMANN MOREIRA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
28/03/2023 17:04:19.0
GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
03/03/2023 17:02:26.0
EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 262208
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 262208

À minha avó, Ilda Preve, pelo amor incondicional e
pela eterna parceria no bingo de domingo à tarde no salão da Igreja.

AGRADECIMENTOS

"Nós arrancamos tanto de nós mesmos para nos curar mais depressa das coisas que ficamos falidos perto dos 30 anos. E temos menos a oferecer toda vez que começamos algo novo. Mas se fazer de insensível para não sentir nada? Que desperdício!" (Monólogo final do filme Call me By Your name – Luca Guadagnino).

Dentre todos os desafios relacionados ao processo de escrita de um trabalho acadêmico, nenhum me impactou tão diretamente quanto o fato de ser, ao fim e ao cabo, um processo solitário. Não sei e não gosto de ser sozinho. Suspeito que nascer, crescer e permanecer filho único tenha criado em mim uma ânsia e uma necessidade em viver rodeado, compartilhando minha vida com aqueles que essa mesma vida, generosamente, colocou no meu caminho. E eu preciso me gabar: a vida foi extremamente generosa comigo.

Assim, nesta madrugada em que o prazo final para a entrega deste trabalho impede uma – bastante aguardada – tranquila noite de sono, dedico as últimas palavras que deposito neste documento para aqueles que direta e indiretamente tornaram possível, fisicamente e mentalmente, que esta pesquisa chegasse, enfim, a sua "Versão_final_final_mesmo_oficial_oficial_de_verdade". Ou seja, dedico este agradecimento aqueles que dão sentido à minha vida (pessoal, profissional e acadêmica): aos meus amigos, familiares e professores.

Por fim, mas não menos importante, agradeço:

- À Angela, minha mãe, por seu amor, compaixão extraordinária e por me amar em todos os momentos, especialmente naqueles em que eu, de maneira absurda, cheguei a duvidar se quem eu era também era digno de amar e ser amado;

- Ao Ciomar, meu pai, por me mostrar que existem infinitas formas de falar "eu te amo", e que a dele é demonstrada, diariamente, por meio do seu cuidado e dedicação à nossa pequena, mas muito feliz, família;

- Ao Arthur, pessoa que foi, junto aos meus pais, meu grande suporte emocional ao longo da quase totalidade do processo de escrita deste trabalho, e que não raras as vezes deixou de lado o seu desgaste com o primeiro ano de residência médica para encontrar meios de tornar o meu processo de escrita menos solitário e desgastante;

- Ao Egon, meu orientador, que muito mais do que ser o responsável direto pela estruturação, grande parte da bibliografia e aspectos técnicos deste trabalho, teve a paciência e o cuidado de me ensinar a pensar como um pesquisador, não permitindo que o natural desafio e cansaço causado pela escrita da dissertação tirasse a beleza de todo o processo;

- Às minhas duas casas, quais tenho muito orgulho em ter frequentado e que sempre exaltarei e defenderei: a Universidade Federal do Paraná (mestrado) e a Universidade Federal de Santa Catarina (graduação);

Ansioso, desde já, para beber um – talvez dois – belo(s) chop(es) com todos vocês, meus amigos!

Agora, pode parecer que você não consegue fazer qualquer coisa, mas é só porque você não é uma árvore ainda. Você só precisa se dar mais tempo, você ainda é uma semente.

- Vida de Inseto (Disney, 1998).

RESUMO

Esta pesquisa se propõe a verificar se a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve para aumentar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura. Para confirmar a referida premissa, este trabalho se divide em três capítulos. No primeiro é realizada uma revisão bibliográfica sobre o instituto arbitral no Brasil, com foco nas peculiaridades e características da arbitragem com a Administração Pública. Além disso, analisa-se o tema do Direito da infraestrutura no Brasil, finalizando-se com um estudo correlacionando segurança jurídica e a arbitragem como meio de resolução de conflitos no setor de infraestrutura. No segundo capítulo examinam-se questões mais práticas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, estudando essas peculiaridades a partir de um estudo da Convenção de Arbitragem em conflitos que envolvem a Poder Público. Ademais, no segundo capítulo também é realizado um amplo estudo da questão da arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública. Já o terceiro e último capítulo responderá a pergunta central deste trabalho. A construção desta resposta se dará por meio do levantamento de pressupostos teóricos que serão confrontados com três tipos de confirmação. Os pressupostos teóricos analisados serão os seguintes: (i) celeridade na resolução dos conflitos; (ii) soluções especializadas aos litígios; (iii) possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro; (iv) o desrespeito ao princípio da publicidade; (v) os custos elevados da arbitragem em comparação ao processo judicial estatal; (vi) insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral, isto é, os limites da arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo o setor de infraestrutura; e (vii) um possível tratamento preferencial às partes privadas em detrimento das partes públicas. Já a confirmação, ou afastamento, desses pressupostos se dará a partir: (i) de um estudo de caso do Caso "Libra" (paradigmático no que se refere à arbitragem nos setores de infraestrutura brasileiro); (ii) dos dados que foram colhidos junto às cinco maiores câmaras de arbitragem do Brasil; e (iii) das informações obtidas junto ao portal eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (NEA/AGU).

Palavras-chave: Arbitragem. Infraestrutura. Segurança Jurídica. Administração Pública. Contratos Administrativos.

ABSTRACT

This thesis it further analyzes whether the use of arbitration in government contracts increases the level of legal certainty in infrastructure contracts. To this end, it is divided into three chapters. In the first, Brazilian law is assessed through a bibliographic review of relevant arbitration studies, with a focus on the peculiarities of private party arbitration with the Government. It further analysis Brazilian Infrastructure Law, and finishes with an attempt at correlating legal certainty and arbitration as a means of resolving conflicts in the infrastructure sector. The second chapter explores more practical issues involving arbitration with the Government. It studies these peculiarities from the viewpoint of the Arbitration Convention as it relates to litigation involving the Government, and conducts a broad study of the issue of the legality of arbitrating conflicts with the Public Sector. The third and final chapter answers the central question of this work. The path to the answer takes place through the survey of theoretical assumptions that are be confronted with three types of evidence. The theoretical assumptions are: (i) speed in conflict resolution; (ii) specialized solutions to disputes; (iii) possibility of greater attraction of foreign investors; (iv) disrespect for the principle of publicity; (v) the high costs of arbitration compared to the state court process; (vi) insecurity regarding the matters that may be submitted to the arbitration process, that is, the limits of objective arbitrability in conflicts involving infrastructure; and (vii) the possible preferential treatment of private parties over public parties. The validation, or departure, of these assumptions will come from: (i) a case study of the "Libra" lawsuit (a paradigmatic case with regard to arbitration in the Brazilian infrastructure sector); (ii) the data collected from the five largest arbitration chambers in Brazil; and (iii) the data collected from the Specialized Group in Arbitration on the Attorney General's Office (NEA/AGU).

Keywords: Arbitration. Infrastructure. Legal Security. Government. Administrative Contracts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....14

2. ARBITRAGEM E OS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: UMA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....18

2.1. Considerações iniciais do capítulo.....18

2.2. Meios extrajudiciais de soluções de conflitos (Mescs): uma justiça multiportas.....18

2.3. Breve histórico normativo da Arbitragem no Brasil.....23

2.4. Aspectos gerais da Arbitragem: Conceito e Convenção de Arbitragem.....26

2.4.1. Conceito.....28

2.4.2. Convenção de Arbitragem.....29

2.5. A Arbitragem com a Administração Pública.....33

2.5.1. A Reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015).....37

2.6. Setores de Infraestrutura.....40

2.6.1. Direito da Infraestrutura e seus contratos: as principais características.....41

2.6.2. Caminhos para a segurança jurídica no setor de infraestrutura: a necessidade de um adequado e eficiente meio de Resolução de Conflitos.....46

2.6.3. Resolução de Conflitos nos contratos de infraestrutura: a Arbitragem como opção.....51

2.7. Considerações finais sobre o capítulo.....60

3. PECULIARIDADES DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A QUESTÃO DA ARBITRABILIDADE.....61

3.1. Considerações iniciais do capítulo.....61

3.2. Peculiaridades da Arbitragem com a Administração Pública.....62

3.2.1. A Convenção de Arbitragem em conflitos que envolvem a Administração Pública.....63

3.2.1.1. Arbitragem Institucional ou Arbitragem Ad Hoc.....66

3.2.1.2. Arbitragem de Direito.....68

3.2.1.3. Sede da Arbitragem.....68

3.2.1.4. Idioma.....69

3.2.1.5. Prazos.....69

3.3. Arbitrabilidade nos conflitos com a Administração Pública.....70

3.3.1 Arbitrabilidade Subjetiva: a questão da Legalidade.....72

3.3.2 Arbitrabilidade Objetiva: a questão dos Direitos Patrimoniais Disponíveis.....75
3.3.2.1. Atos de Império e de Gestão.....81
3.3.2.2. Interesses públicos primários e secundários.....83
3.3.2.3. Direitos transacionáveis ou renunciáveis.....88
3.3.2.4 Ordem Pública e Indisponibilidade.....90
3.3.2.5 Direitos Alienáveis e o reconhecimento espontâneo pela administração de que não tem razão.....94
3.3.2.6. Ausência de um critério que abarque a questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública em sua totalidade.....96
3.3.3. Matérias passíveis de serem arbitradas.....97
3.4. Considerações finais sobre o capítulo.....100
4. A ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA E O SEU IMPACTO NA SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA.....101
4.1. Considerações iniciais do capítulo: o estabelecimento de premissas e a metodologia de análise.....101
4.2. Pressupostos Teóricos: características da Arbitragem que podem servir para a melhoria no nível de segurança jurídica dos Contratos de Infraestrutura.....101
4.2.1. Celeridade na resolução dos conflitos.....103
4.2.2. Soluções especializadas aos litígios.....104
4.2.2.1. O processo de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais.....105
4.2.3. Possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro.....112
4.3. Pressupostos Teóricos: Características da Arbitragem que podem prejudicar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura.....114
4.3.1. Desrespeito ao dever constitucional de publicidade.....115
4.3.1.1. O risco de decisões cotraditórias.....121
4.3.2. Custos elevados da Arbitragem.....122
4.3.3. Insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral: a arbitrabilidade objetiva nos contratos de infraestrutura.....125
4.3.3.1. O caso Petrobrás vs. ANP: Conflito de Competência nº 139.519-RJ – STJ e o caso de procedimento nº 04/2014 – CAMARB.....134
4.3.4. Receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado: o desrespeito ao regime jurídico de direito público.....141

4.4. Estudo de Caso: o Caso Libra.....143
4.4.1.Justificativa da escolha do caso.....143
4.4.2.O caso concreto: breve apresentação e histórico.....146
4.4.3. Análise dos pressupostos teóricos frente ao caso Libra.....149
4.4.3.1. Celeridade na resolução dos conflitos.....150
4.4.3.2. Soluções especializadas aos litígios.....153
4.4.3.3. Desrespeito ao Princípio da Publicidade.....155
4.4.3.4. Custos elevados da Arbitragem.....158
4.4.3.5. A questão do investimento estrangeiro, da insegurança sobre as matérias e da imparcialidade dos árbitros.....159
4.4.4. Conclusões preliminares a partir do Caso Libra.....161
4.5. Análise de dados: informações de arbitragens com a Administração Públicas obtidas junto às câmaras de arbitragem do Brasil e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União.....163
4.5.1. Justificativa da escolha das câmaras e do Núcleo Especializado em Arbitragem - NEA da Advocacia Geral da União – AGU.....164
4.5.2. Análise dos pressupostos a partir das informações obtidas junto às câmaras de arbitragem do Brasil e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da União (NEA).....167
4.5.2.1. Celeridade na resolução dos conflitos.....167
4.5.2.2. Soluções especializadas aos litígios.....173
4.5.2.3. Riscos de desrespeito ao princípio da publicidade.....179
4.5.2.4. Custos elevados da Arbitragem.....186
4.5.2.5. Possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro.....191
4.5.2.6. Insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral.....192
4.5.2.7. Desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e o receio de preferência e parcialidade ao ente privado.....196
4.5.3. Conclusões preliminares a partir dos dados obtidos junto às Câmaras Arbitrais e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União.....204
4.6. Considerações e análises finais dos resultados obtidos: a Arbitragem promove uma melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?.....206
5. CONCLUSÃO.....213

6. REFERÊNCIAS.....216
7. ANEXOS

1. INTRODUÇÃO

"Poderia o bater de asas de uma borboleta no Brasil, causar um tornado no Texas?" A referida interrogação intitulou o artigo de Edward Lorenz, de 1972, que demonstra, em resumo, como a imprevisão é uma constante de tudo o que nos cerca, já que pequenas mudanças nas condições iniciais de grandes sistemas podem levar a modificações drásticas nos resultados. Trata-se daquele que é conhecido como efeito borboleta, um dos corolários da Teoria do Caos, que, entre outros ensinamentos, aponta para a ideia de que muito mais seguro do que tentar prever o imprevisível, por mais contraditório que isso pareça, é aceitar a existência da imprevisão e encontrar formas de lidar com ela quando o imprevisível se concretizar. Trata-se, ainda, de algo muito próximo da emblemática afirmação que é atribuída a Gilbert Keith Chesterton, popular escritor e ensaísta inglês, conhecido como o "príncipe do paradoxo", de que "A única lei da história é o imprevisto". Baseado nessas ideias, isto é, no fato de que o imprevisto é uma condição essencial da vida, pode-se apontar, então, que, muito mais produtivo do que tentar "prevê-lo", é aceitá-lo, e assim buscar meios efetivos para lidar, da melhor forma possível, com essas inúmeras situações que, necessariamente, surgirão e fugirão de qualquer escopo de predição.

De certa forma, e transportando os apontamentos feitos acima para a temática deste trabalho, pode-se afirmar que esta pesquisa encontra espaço justamente em um local de imprevisão. Isso porque, em virtude das suas características, o setor de infraestrutura é um campo em que os *players* devem lidar com a impossibilidade de prever todas as situações que surgirão na execução do contrato. Veja-se que o setor abriga instrumentos contratuais que são conhecidos por (i) serem instrumentos com altos valores envolvidos - necessitando, consequentemente, de avultados investimentos; (ii) complexos; e (iii) com longo prazo de duração. Essas características, somadas, criam um contexto em que a "segurança [é] advinda da certeza da mudança".[1] Como bem define Flávio Amaral Garcia, os contratos de infraestrutura "são incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução".[2]

---

[1] MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.
[2] GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019, p. 148-149.

Portanto, encontrar formas e meios adequados para lidar com essas situações se mostra uma necessidade real para uma devida execução dos contratos de infraestrutura. Inclusive, questão no centro das discussões envolvendo o setor refere-se ao nível de segurança jurídica das relações firmadas entre poder concedente e concessionária. Isso porque, em virtude das já citadas características dos contratos de infraestrutura, o intervalo entre o investimento e a efetiva produção de lucros de um projeto no setor naturalmente será longo,[3] o que traz uma necessidade maior de que seja garantida segurança àqueles que investiram na pactuação de um contrato.

Assim, e já assentado que não é possível prever todas as situações que surgirão ao longo da execução contratual, é necessário que se tenham meios efetivos para atalhar – ou ao menos mitigar – esse cenário de imprevisão, o que envolve a forma com que essas situações imprevisíveis serão resolvidas. Dito de outra forma, o nível de segurança jurídica dentro de um setor de infraestrutura estará diretamente conectado à forma com que se dará a resolução de possíveis conflitos que venham a se originar na execução dos serviços contratados. É neste ponto que o instituto da arbitragem surge e ganha espaço nesta pesquisa, visto a pergunta que este trabalho busca responder ser a seguinte: O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de aumento no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?

A arbitragem é conceituada pelo autor Gary Born como "um processo pelo qual as partes submetem consensualmente uma disputa a um tomador de decisão não governamental, selecionado por ou para as partes, para proferir uma decisão vinculativa resolvendo uma disputa".[4] Em âmbito de Administração Pública, por sua vez, o instituto só começou a alcançar novos patamares dentro do ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que as barreiras a um suposto não atendimento ao princípio da legalidade começaram a ser derrubadas, especialmente após a publicação da Lei nº 13.219/2015, que promoveu a chamada "Reforma da Lei de Arbitragem". A importância dessa nova normativa legal foi que ela acrescentou na Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Nacional) a previsão expressa de que a Administração Pública (direta e indireta) pode resolver seus conflitos utilizando-se da via arbitral. Uma vez

---

[3] OLIVEIRA, Gustavo Justino. HOHMANN, Ana Carolina. **Como estimular investimentos em infraestrutura no Brasil neste cenário de incertezas?.** *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 17-21, p. 19.

[4] No original: "A process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, to render a binding decision resolving a dispute". 'Chapter 1: Introduction to International Arbitration', in BORN, Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd edition, Kluwer Law International: 2015, p. 3.

que a arbitragem nos setores de infraestrutura será uma arbitragem com a Administração Pública, esta normativa foi de suma importância para dar segurança jurídica quanto à possibilidade de os conflitos do referido setor serem resolvidos por meio do instituto arbitral.

Portanto, e com base nas ideias colacionadas acima, esta pesquisa parte da premissa de que a ausência de segurança jurídica nas relações firmadas entre poder concedente e concessionária é um fator que interfere diretamente no desenvolvimento dos setores de infraestrutura brasileiros; e que, grande parte dessa insegurança jurídica advém da forma com que se dá a resolução dos conflitos no setor, originados muitas vezes da natural imprevisibilidade dos contratos de infraestrutura, o que leva a um desestímulo para aqueles que se propõem a contratar com a Administração, ou, ainda, faz que esses riscos sejam precificados em suas propostas, tornando essas contratações menos vantajosas para o ente público.

Dessa forma, e para responder a pergunta que norteia esta pesquisa, este trabalho se dividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo será realizada uma introdução ao tema da arbitragem no Brasil, com foco nas peculiaridades e características da arbitragem com a Administração Pública – afinal, como já destacado, a arbitragem nos setores de infraestrutura é uma arbitragem com o Poder Público. Também neste capítulo introdutório a pesquisa apresentará ao leitor uma breve revisão bibliográfica sobre o Direito da Infraestrutura no Brasil, ao mesmo tempo em que examinará as particularidades dos contratos deste setor. Por derradeiro, o primeiro capítulo se encerrará com um estudo específico da correlação entre segurança jurídica e a arbitragem como meio de resolução de conflitos no setor de infraestrutura.

Por sua vez, o segundo capítulo desloca o trabalho para um exame de questões mais práticas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública. Isso porque as peculiaridades de um procedimento arbitral com o Poder Público são fatores que podem afetar, de maneira positiva ou negativa, a segurança jurídica do setor de infraestrutura quando a arbitragem for utilizada para resolver um conflito do setor. Portanto, serão analisadas, a partir de um estudo da Convenção de Arbitragem em conflitos que envolvem a Administração Pública, características como: (i) se a arbitragem deve ser institucional ou uma arbitragem *ad hoc*; (ii) a necessidade de ser uma arbitragem de Direito; (iii) a sede da arbitragem; (iv) o idioma; (v) prazos; entre outros pontos.

No mais, este segundo capítulo também realizará um amplo estudo da questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem o Poder Público, com especial enfoque na arbitrabilidade objetiva, uma vez que, conforme provisiona o artigo 1° da Lei n° 9.307/96,

poderão ser submetidos à Arbitragem "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Se em âmbito privado essa questão não é palco de tantas discussões, o mesmo não se pode dizer quanto ao âmbito de direito público. É que ainda hoje permanece o equívoco de se vincular o conceito de Estado a uma ideia correlata de indisponibilidade. Assim, o assunto enfrentado nesta pesquisa também se mostra oportuno para ulteriores discussões, pois o instituto da arbitragem com a Administração Pública ainda possui diversas lacunas a serem preenchidas no que diz respeito a parâmetros objetivos que definam quais são, especificamente, os direitos passíveis de serem dirimidos pela via arbitral.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo deste trabalho cuidará de responder a pergunta central desta pesquisa. A construção da resposta se dará por meio do levantamento de pressupostos teóricos que serão confrontados com três tipos de confirmação: (i) o estudo do "Caso Libra", caso paradigmático no que se refere à arbitragem no setor de infraestrutura brasileiro; (ii) os dados que foram colhidos junto às cinco maiores câmaras de arbitragem do Brasil; e (iii) as informações obtidas no portal eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (NEA/AGU).

Por sua vez, esses pressupostos teóricos serão divididos entre aquelas características da arbitragem que, quando utilizadas para resolver conflitos no setor de infraestrutura, supostamente promovem uma maior segurança jurídica aos seus contratos (celeridade na resolução dos conflitos; soluções especializadas aos litígios; e possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro), e aquelas que, em conflitos nesse setor, podem prejudicar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura (o desrespeito ao princípio da publicidade; os custos elevados da arbitragem em comparação ao processo judicial estatal; insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral, isto é, os limites da arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo o setor de infraestrutura; e um possível tratamento preferencial às partes privadas em detrimento das partes públicas).

Assim, ao fim e ao cabo, a partir da construção dos três capítulos acima, ter-se-á neste trabalho um estudo que se propõe a verificar se a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve para aumentar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, ao mesmo tempo em que examina, em conjunto, os limites da arbitrabilidade e quais direitos são passíveis de serem resolvidos pela via arbitral.

2. ARBITRAGEM E OS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: UMA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO CAPÍTULO

A presente pesquisa pretende encontrar a resposta para a seguinte pergunta: o uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária pode elevar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura? Para isso, será necessário que algumas premissas sejam firmadas e alguns conceitos revisitados. É o que se pretende com este primeiro capítulo.

De imediato, importante destacar que a arbitragem nos setores de infraestrutura é uma arbitragem que tem, em um dos polos, um ente do Poder Público. Assim, para a devida compreensão das problemáticas tratadas neste trabalho, o capítulo iniciará com o estudo de um tema que ainda hoje está envolto em muitas controvérsias: a arbitragem com a Administração Pública.

Dessa forma, quanto à temática, será oferecido ao leitor um panorama histórico-legislativo do tema da arbitragem, para em seguida examinar o assunto a partir das premissas e características da arbitragem com a Administração Pública, detalhando-se o atual estado da arte no Brasil. Isso porque, para que se possa responder o questionamento que conduz esta pesquisa, entende-se necessário realizar uma breve, mas necessária, revisão bibliográfica dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, com foco no instituto da arbitragem, analisando-se as suas especificidades quando em um dos polos esteja presente um ente da Administração Pública.

Realizada essa introdução ao tema da arbitragem com a Administração Pública, o capítulo trará ao leitor o estudo do segundo pilar desta pesquisa, qual seja, os setores de infraestrutura. Buscar-se-á traçar um panorama geral do Direito da Infraestrutura, com foco na estrutura dos contratos nesse setor.

Por fim, este exame do setor de infraestrutura ainda adentrará em outros dois tópicos essenciais à resposta da pergunta central deste trabalho: a segurança jurídica e os meios de resolução de conflitos, com foco na arbitragem e no setor de infraestrutura.

2.2. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MESCs): UMA JUSTIÇA MULTIPORTAS

"Se um paciente está doente, o médico sempre opera? Claro que não. O médico e o paciente discutem todas as soluções possíveis. Da mesma forma com o campo jurídico - para cada doença jurídica, uma variedade de opções precisa ser discutida".[5] Essas palavras, em tradução livre, que abrem uma apresentação realizada em 1984 por Terry Simonson, então diretor do *Multi-Door Courthouse Program* de Tulsa, sintetizam uma das principais premissas ao se abordar a temática da solução de conflitos: é preciso que se adapte a cura jurídica ao problema específico.[6] É com base nessa ideia que se estrutura o *Multi-Door Courthouse System* (Sistema de Múltiplas Portas ou Sistema Multiportas, em tradução livre), projeto inovador apresentado na *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Conferência Nacional sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, em tradução livre), realizada em 1976, pelo Professor Frank Ernest Arnold Sander, da Faculdade de Direito de Harvard.[7] Já àquela época, o Professor Sander idealizava um sistema de justiça que fornecesse à sociedade uma maior gama de métodos de solução de conflitos.[8]

Além de oferecer meios de resolução de conflitos diversos do adjudicatório, o sistema multiportas, após investigação específica e diagnóstico minucioso da causa em análise e das possibilidades existentes, deveria encaminhar as partes para a "porta" mais adequada à solução do caso concreto, dependendo das suas peculiaridades.[9] [10]

Não há dúvidas de que já naquela época o Professor Sander observava que as novas

---

[5] "*If a patient is ill, does the doctor always operate? Of course not. The doctor and patient discuss all possible solutions. Likewise with the legal field - for each legal ailment, a variety of options need to be discussed*" (Trecho retirado da apresentação de Terry Simonson, Diretor do *Tulsa Multi-Door Courthouse Program*, em conferência realizada em 7 de novembro de 1984, registrada *in* RAY, Larry; CLARE, Anne L. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the future... Today**. Journal on Dispute Resolution. v. 1:1, 1985, p. 7).

[6] RAY, Larry; CLARE, Anne L. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the future... Today**. Journal on Dispute Resolution. v. 1:1, 1985, p. 7.

[7] Após apresentar suas ideias na *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, o Professor Sander registrou suas lições em livro: SANDER, Frank Ernest Arnold. **Varieties of Dispute Processing**. Eagan: West Publishing Company, 1976.

[8] FRANCO, Marcelo Veiga. **A Administração Pública como litigante habitual: necessária mudança da cultura jurídica do tratamento dos conflitos**. 2018. 541 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, pp. 128-129.

[9] Ao realizar uma análise do *Multi-Door Courthouse System,* o autor Alberto Jonathas Maia advoga que se trata de um sistema que "baseia-se na premissa de que cada tipo de conflito deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, empregando técnicas específicas para chegar à solução mais adequada possível". (MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 42).

[10] Rapidamente o processo foi implantado nas comunidades locais, possuiu apoio da American Bar Association, além de ter-se tornado disciplina em vários cursos de direito americanos. (MENKEL-MEADOW, Carrie. **What Will We Do Whem Adjucation Ends? A Brief Intellectual History of ADR**. UCLA Law Reviews, v. 46, n. 7, 1997).

práticas e contextos sociais haviam levado à criação de um novo cenário, em que as resoluções de conflitos poderiam deixar de ocorrer necessariamente por intermédio do poder estatal. Por essa razão, era necessário que se desse à solução de conflitos novas possibilidades e propostas. Valendo-se de raciocínio similar, a Professora Daniela Gabbay defende que os MESCs (Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos), "ao invés de serem escolhidos apenas como alternativa em virtude de problemas nas demais formas de solução de litígios, devem ser eleitos por serem mais adequados ao enfrentamento e à solução do caso concreto".[11]

Subsidiando o entendimento acima, tem-se a premissa de que uma variedade significativa de procedimentos pode fornecer uma composição mais efetiva – em termos de custo, rapidez, precisão, credibilidade (para o público e para as partes), funcionalidade e previsibilidade – do que o método judiciário estatal de litigância.[12] Inclusive, característica bastante marcante desse modelo é o fato de, muitas vezes, se desenvolver em ambientes privados ou em parcerias entre instituições particulares e o poder público.[13]

Muito em razão dessas características, os Estados Unidos iniciam um movimento de desenvolvimento de programas de utilização de Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos.[14] A influência norte-americana não tardou a repercutir em solo brasileiro.[15]

Nesse aspecto, o jurista Kazuo Watanabe, após constatar que o poder judiciário nacional sofria com uma sobrecarga excessiva de processos, gerando crise de desempenho e uma consequente perda de credibilidade, apontou para a necessidade do "estabelecimento pelo próprio Poder Judiciário de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estimulando e mesmo induzindo uma ampla utilização, em nível nacional, dos meios consensuais de solução de conflitos".[16] [17] Veja-se que Kazuo Watanabe bem identificou um dos

---

[11] GABBAY, Daniela Monteiro. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
[12] SANDER, Frank Ernest Arnold. **Varieties of Dispute Processing**. Eagan: West Publishing Company, 1976, pp. 112-113.
[13] MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 45.
[14] Para ilustrar, cita-se o *Civil Justice Reform Act*, de 1990, e o *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998. Ambos os marcos regulatórios tinham por objetivo instituir e incentivar a utilização de programas de métodos alternativos de resolução de conflitos.
[15] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Justiça Multiportas, desjudicialização e negociação na administração pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil.** *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pp. 149-150.
[16] WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequados dos conflitos de interesse**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.
[17] O autor Kazuo Watanabe chegou a elencar os principais pontos que deveriam ser observados por uma política pública voltada para a resolução de conflitos de modo extrajudicial, sendo elas: (i) obrigatoriedade de implementação da mediação e da conciliação por todos os tribunais do país; (ii) disciplina mínima para a atividade

principais problemas que levaram à explosão dos métodos alternativos de resolução de conflitos: a grande quantidade de demandas judiciais que se acumularam no poder judiciário estatal brasileiro ao longo das últimas décadas, colocando em xeque qualquer possibilidade de se garantir, de maneira adequada, os preceitos constitucionais de acesso à justiça e efetividade da prestação da tutela jurisdicional.[18]

Segundo a edição do Relatório Justiça em números 2021, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário encerrou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação. Em média, para cada grupo de 100.000 habitantes, 10.675 ingressaram com uma ação judicial só no ano de 2020.[19]

Contemporaneamente, colhe-se da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, datada de 29 de novembro de 2010, o objetivo de "assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade" (art. 1º). A fim de atingir tal objetivo, estabeleceu-se que "aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão" (art. 1º, parágrafo único).

Também o Código de Processo Civil (CPC) trouxe o estímulo à adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, com ênfase no emprego de técnicas consensuais (art. 3º,

---

dos mediadores/conciliadores, como critérios de capacitação, treinamento e atualização permanente, com carga horária mínima dos cursos de capacitação e treinamento; (iii) confidencialidade, imparcialidade e princípios éticos no exercício da função dos mediadores/conciliadores; (iv) remuneração do trabalho dos mediadores/conciliadores; (v) estratégias para a geração da nova mentalidade e da cultura da pacificação, inclusive com criação pelas faculdades de direito de disciplinas específicas para capacitação dos futuros profissionais do direito em meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação; (vi) controle judiciário, ainda que indireto e a distância, dos serviços extrajudiciais de mediação/conciliação. (WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequados dos conflitos de interesse**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio. 2011).

[18] Há de se destacar, porém, que, embora seja atrativo e muito cômodo apontar o grande número de demandas da justiça estatal como a resposta para a cada vez maior popularidade na utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, essa não é a única razão. Alberto Jonathas Maia, em capítulo de sua obra *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*, que analisa a justiça multiportas, aponta quatro motivos que explicariam esse fenômeno de popularização, dos quais esta pesquisa elenca os três que entende como aqueles que mais justificam o fenômeno: (i) a sobrecarga do poder judiciário, tanto em virtude da grande quantidade de número de casos, como das inúmeras possibilidades de recurso e impugnação; (ii) o aumento na complexidade dos casos que chegam ao poder judiciário, fenômeno em muito ocasionado pela sociedade de informação e consumo globalizado, o que faz que muitas questões não sejam abrangidas por lei ou não tenham sido analisadas anteriormente, resultando em uma maior demanda de tempo do julgador até sua tomada de decisão; (iii) o modelo multiportas permite não só a resolução dos conflitos, mas também a prevenção, com destaque para as técnicas de colaboração e autocomposição. (MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 43-44.)

[19] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 09/04/2022.

§§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 13.105/2015). Como bem sintetizado na exposição de motivos do Projeto de Lei que deu azo ao Código de Processo Civil, "entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz".[20] A esse respeito, como precisamente leciona a professora Daniela Gabbay, em que pese a lei não seja suficiente para gerar mudanças de prática e de cultura, certamente ela contribui para gerar um ambiente institucional seguro à prática dos MESCs, trazendo garantias e parâmetros normativos mínimos.[21] É nesse contexto que "o CPC/15 promoveu uma série de mecanismos que se inserem no âmbito de uma possível 'desjudicialização'."[22]

Diante disso, é seguro concluir que o atual contexto institucional é favorável à adoção de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs).[23] Nota-se, daí, que o ambiente jurídico-técnico-político atual é propício à formação de consensos e acordos, assim como à obtenção de decisões tecnicamente mais qualificadas por meio de arbitragem, caso necessário.[24]

Tal contexto não é distinto em abordagem exclusiva sobre os conflitos que envolvem a Administração Pública e, portanto, o interesse público, sendo notável o movimento legislativo para a utilização de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs) nesse campo. Como marco intensificador desse movimento, cita-se a Lei Federal nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996) e autorizou expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta (§1º do artigo 1º); e a Lei nº 13.140/2015, que entre outros pontos dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Na mesma linha, há que se mencionar, ainda, a autorização expressa para o uso de arbitragem na Lei de Concessões (art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/1995); na Lei das Parcerias Público-Privadas (inciso III do artigo 11 da Lei Federal nº 11.079/2004); na Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (artigo 44-A da Lei Federal nº 12.462/2001); e em setores regulados, como no inciso X do artigo 43 da Lei Federal nº 9.478/1997 (ANP); no inciso XVI do artigo 35 da Lei Federal nº 10.233/2001 (ANTT e ANTAQ); e nos §§ °5 a 7º do artigo 4º da

---

[20] Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil (CPC) constante do Projeto de Lei nº 8046/2010.
[21] GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos. *In*: *Jota*, 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018. Acesso em 27/09/2021.
[22] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; GONÇALVES, Cláudio Cairo. Justiça Multiportas, desjudicialização e negociação na administração pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. *In*: *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 146.
[23] *Ibid.*, p. 150.
[24] *Ibid*, p. 150.

Lei Federal nº 10.848/2004 (ANEEL).

Mais recentemente, inclusive, autorizou-se o uso da arbitragem – e também da mediação – para a definição de valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública (Lei Federal nº 13.867/2019). Da mesma forma, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) dedicou capítulo próprio (Capítulo XII) para tratar somente dos meios alternativos de resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

O apreço pelos MESCs no âmbito do Poder Judiciário não diverge. Mencionam-se, a título ilustrativo, os Enunciados do Conselho da Justiça Federal - CJF, aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016), em que muitos desses enunciados tiveram como objeto matéria envolvendo os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos e a Administração Pública.[25]

De forma geral, pode-se dizer que o constitucionalmente previsto direito do acesso à justiça passou a ter nova configuração, uma vez que agora estão à disposição da sociedade outros meios de resolução de conflitos, incluindo uma utilização em maior escala da negociação administrativa e dos Métodos de Resolução de Conflitos Extrajudiciais.[26]

Assim, e realizada uma breve exposição que contextualizou o conceito de justiça multiportas, passa-se à análise mais específica daquele que é o meio de resolução de conflitos extrajudicial central para o tema deste trabalho: a arbitragem.

2.3 BREVE HISTÓRICO NORMATIVO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A ascensão da arbitragem no Brasil ocorreu ao mesmo tempo em que a Administração Pública passou por inúmeras transformações, principalmente no seu modo de intervenção.[27] Isso porque, a partir dos anos 90, o Estado brasileiro deixou de prestar diretamente alguns serviços, como, por exemplo, o das telecomunicações, e diminuiu a sua participação em outros

---

[25] Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 14/08/2022.

[26] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Justiça Multiportas, desjudicialização e negociação na administração pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil**. *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 153.

[27] MELLO, Rafael Munhoz de. **Arbitragem e Administração Pública**, in Revista Jurídica da Procuradoria- Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015, p. 49.

âmbitos econômicos, como o da indústria de óleo e gás, transferindo para a iniciativa privada grande parte dessas incumbências que havia assumido no último século.[28]

Desse modo, como forma de incentivo à iniciativa privada, mostrava-se necessário apresentar uma solução mais célere que o Poder Judiciário para a resolução de conflitos que pudessem se originar da execução de contratos firmados com o Poder Público.[29] É dizer, em outras palavras, que essa internacionalização da economia brasileira, ocorrida especialmente nos últimos momentos do século XX, colocou o país em contato com outras realidades, especialmente as dos países desenvolvidos, em que a arbitragem já era um relevante meio extrajudicial de resolução de conflitos.[30]

Em âmbito nacional, embora já existissem previsões tanto na esfera constitucional, quanto na infraconstitucional, que previam a arbitragem como meio de soluções de conflitos desde a Constituição Imperial de 1824,[31] [32] a grande virada do instituto veio com a promulgação da Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem Brasileira.[33] Com o advento dessa lei, o instituto

---

[28] *Idem, ibidem.*

[29] "[...] se de um lado, o Poder Judiciário nunca teve tanta visibilidade para a população, por outro, a qualidade dos serviços prestados decaiu muito, especialmente por falta de estrutura material ou de pessoal". (SALOMÃO, Luis Felipe. **O marco regulatório para a mediação no Brasil.** Rio de Janeiro: JC, n. 179, p. 36, jul. 2015.)

[30] BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. **Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63759>. Acesso em: 16/04/2022.

[31] Retira-se da obra *Teoria Geral da Arbitragem*, de José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, que "No Brasil, o primeiro diploma normativo – verdadeiramente brasileiro – a prever a arbitragem foi a *Constituição Imperial de 1824,* que, no art. 160, dispunha, na primeira parte, que 'nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros', bem como, na segunda parte que 'suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes'". (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 23).

[32] Em complemento, retira-se de análise feita por Eugênia Cristina Cleto Marolla, que "as constituições de 1824 e de 1934 previram, ainda que de maneira tímida, o instituto da Arbitragem. As demais constituições (1891, 1937, 1946, 1967) não a contemplaram. A constituição de 1988, por sua vez, fez menção expressa à arbitragem em sede trabalhista, ao definir a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios coletivos de natureza econômica. No âmbito infraconstitucional, em 1850, o Código Comercial já continha norma prevendo a possibilidade de utilização da arbitragem em todas as questões suscitadas entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha (art. 294). O código Civil de 1916 também acolheu o instituto (art. 1307 a 1048), assim como o código civil de 2002 (arts 851 a 853) e os códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e o novo Código de Processo Civil" (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16-17).

[33] A Lei nº 9.307/1996 nasceu de um anteprojeto de lei preparado no início da década de 1990, como ápice da chamada *Operação Arbiter,* iniciada no âmbito do Instituto Liberal de Pernambuco e conduzida por Petronio Muniz. O Anteprojeto elaborado por Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma Ferreira Lemes foi apresentado no Senado Federal pelas mãos do Senador Marco Maciel e, depois de aprovado em 1993, foi enviado à Câmara dos Deputados, retornando de lá aprovado apenas em 1996. Em seguida, o projeto foi aprovado pelo Senado Federal e, logo após, sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em sessão solene ocorrida aos 23/09/1996. (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27).

conseguiu, em terras nacionais, alcançar a independência que lhe era necessária para seu funcionamento adequado, deixando de ser diretamente dependente do Poder Judiciário.[34]

O instituto ainda se revestiu da necessária segurança jurídica para que fosse amplamente adotado no Brasil após o julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7 pelo Supremo Tribunal Federal,[35] [36] e com a incorporação da Convenção de Nova Iorque de 1958 ao ordenamento jurídico brasileiro em 2002. O julgamento da Corte Superior, no referido Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, tem grande importância porque representa o momento em que é declarada a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Como bem aponta Alberto Shinji Higa, formou-se nesse julgamento um espaço mais propício ao desenvolvimento do instituto no país, ainda que "a declaração da compatibilidade das normas impugnadas com a Constituição Federal tenha se dado incidentalmente",[37] isso porque "os pontos sensíveis da Lei nº 9.307/96 acabaram sendo exaustivamente debatidos pelos Ministros do STF",[38] prevalecendo ao final o entendimento de que "não havia ofensa à garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e, por unanimidade, de que os arts. 18 e 31, que tratam, respectivamente, da irrecorribilidade e dos efeitos da decisão arbitral, não ofendem a Lei Maior".[39]

Posteriormente, sucederam-se outras normativas,[40] que possibilitaram que, cada vez mais, o instituto se revestisse da segurança jurídica necessária para o seu desenvolvimento no Brasil.

---

[34] Joel Dias Figueira Junior sintetiza bem essa mudança de paradigma advinda com a promulgação da Lei nº 9.307/1996: "A Lei 9.307/1996, apesar de ter vindo a lume tardiamente, trouxe consigo o positivo resultado do amadurecimento que só o tempo, alquimicamente, consegue operar com naturalidade e, nesse contexto, realizaram-se inúmeros debates versando sobre o projeto de lei que daria ensejo à tão decantada Lei de Arbitragem, assim como foram recebidas sugestões advindas de diversos segmentos da comunidade nacional, terminando por vir a lume em 23 de setembro de 1996, chancelando significativo avanço no sistema normativo brasileiro, especialmente quando comparado com o regime retrógrado até então em vigor, agasalhado nos arts. 1.072 a 1.102 do revogado Código de Processo Civil de 1973." (FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43).

[35] STF, SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001.

[36] "O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sidney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º e seus parágrafos; no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, inc. VII; e no art. 301, inc. IX do CPC e do art. 42, todos da Lei nº 9.307 de 23-9-1996. Votou o presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12-12-2001." (STF, SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001)

[37] HIGA, Alberto Shinji. **Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 135-163, jul./set. 2015, p. 138.

[38] *Idem.*

[39] *Idem.*

[40] Segundo levantamento realizado pelos já citados autores José Antonio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) cuidou do compromisso arbitral entre os artigos 851-

Mais recentemente, e em razão da promulgação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Reforma da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que se deu por meio da Lei nº 13.129/2015, a arbitragem brasileira sofreu novas – e positivas – modificações.

No que tange ao Código de Processo Civil, houve a introdução no ordenamento nacional da carta arbitral. Já no que se refere à reforma da Lei de Arbitragem, a ser mais bem explorada no tópico 2.5.1, a grande novidade, e de extrema importância para o tema deste trabalho, foi o acréscimo da autorização, em caráter geral, para a submissão de conflitos envolvendo a Administração Pública ao processo arbitral.[41]

Com essas balizas introdutórias devidamente assentadas, já é possível constatar que o instituto da arbitragem foi, ao longo dos anos, firmando-se dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, passa-se a descrever os aspectos principais da arbitragem, destacando-se brevemente a sua conceituação e os seus principais instrumentos de efetivação.

2.4. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM: CONCEITO E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

No ano de 1869, quando o químico russo Mendeleev propôs o primeiro esboço da tabela periódica, reformulado em 1913 pelo físico inglês Henry Moseley, tinha-se o conhecimento sobre algumas características de, mais ou menos, 30 (trinta) elementos químicos. A ideia dos cientistas naquele momento foi propor uma forma organizada de sistematizar os conhecimentos já obtidos para que seus estudos pudessem ocorrer de maneira mais clara e produtiva. O autor Francisco González de Cossío, em seu texto *La Naturaleza Jurídica del*

---

853. Outros dispositivos legais que preveem a arbitragem são: a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), o Código de Defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei das Sociedade Anônimas (Lei nº 6.404/76), a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), a Nova Leis dos Portos (Lei 12.814/2013), a Consolidação das Leis do Trabalho (após a Reforma Trabalhista de 2017) (Lei nº 5.452/43), bem como outras convenções internacionais que foram internalizadas ao ordenamento nacional (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 28).

[41] Acrescentou-se ao artigo 1º da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) os seguintes parágrafos:

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Já ao artigo 2º da mesma lei, acrescentou-se o seguinte parágrafo:

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Arbitraje: um Ejercicio de Balanceo Químico, sugere que ideia semelhante talvez possa ser transferida para o campo da arbitragem.[42]

É que se em um primeiro momento os estudos da química parecem estar a anos-luz de distância do instituto arbitral, para o autor, ao considerarmos a arbitragem como uma fórmula molecular, somos capazes tanto de perceber quais são os compostos reagentes, como aqueles que devem permanecer afastados, sob pena de ocorrer uma indesejada combustão.[43] Inclusive, por meio dos estudos de Charles Jarroson, Francisco González conceitua o "composto arbitral" como instituto em que um terceiro, escolhido pelos litigantes, decide uma demanda que lhe foi confiada pelas próprias partes do litígio.[44]

Sucede que, quando Mendeleev e Moseley, há mais de 100 (cem) anos, idealizaram a tabela periódica, os químicos precisaram lidar, como adiantado, com apenas 30 (trinta) elementos – número de compostos que eram conhecidos à época. Hoje já são 118 (cento e dezoito) o número de elementos conhecidos, o que exige dos cientistas novas formas de sistematizar e organizar esse conhecimento.

Valendo-se de idêntica metáfora adotada por Francisco González de Cossío, pode-se afirmar que a mesma problemática ocorre com a arbitragem. Se outrora certos pressupostos e métodos de organização eram suficientes para caracterizar e defini-la, com a expansão do instituto e a transnacionalização das suas disputas, novas formas de organização precisam ser encontradas e idealizadas.

Por essa razão, este trabalho passa a um exame do conceito de arbitragem e de uma breve análise da convenção arbitral, com especial atenção à sua divisão entre cláusula compromissória e compromisso arbitral.

---

[42] Em sua obra *La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: um Ejercicio de Balanceo Químico*, o autor Francisco González de Cossío explica os principais conceitos da arbitragem por meio de uma metáfora com conceitos e elementos da Química. Na introdução da obra, o autor destaca, em tradução livre: "A composição da fórmula química da molécula de arbitragem tem gerado debate. Ainda não foi encontrada nenhuma fórmula que alcance o nível do direito (unanimemente aceito), embora comece a se perceber uma fórmula teórica (na doutrina) e empírica (na prática arbitral) sobre qual é a mais aceita, devido às suas propriedades físicas e químicas (suas consequências legais e práticas)." (No original: "La composición de la fórmula química de la molécula1 arbitral ha generado debate. No se ha encontrado una que llegue a grado de ley (sea unánimemente aceptada), aunque empieza a percibirse un fórmula teórica (en la doctrina) y empírica (en la práctica arbitral) sobre cuál es la más aceptada, a raíz de sus propiedades físicas y químicas (sus consecuencias jurídicas y prácticas"). (GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco**. La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico**. Anu. Mex. Der. Inter, Ciudad de México, v. 8, p. 509-525, janeiro 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 21/04/2022, p. 56.

[43] *Idem.*

[44] *Ibidem*, p. 57-58.

2.4.1. Conceito

O autor Gary Born, em sua obra *International Arbitration: Law and Practice*, conceitua a arbitragem nos seguintes termos:

> Com algumas variações, praticamente todas as autoridades aceitam que a arbitragem é – e somente é – um processo pelo qual as partes consensualmente submetem uma disputa para um tomador de decisão não governamental, selecionado pelas ou para as partes, para tomar decisão que resolva uma disputa por meio de um processo adjudicatório neutro, que proporcione a cada parte a oportunidade de apresentar os seus argumentos. [45] [46]

Em âmbito nacional, conceito amplamente aceito do instituto é o desenvolvido pelo arbitralista Carlos Alberto Carmona, para quem a arbitragem é:

> [...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. [...] Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.[47]

Selma Maria Ferreira Lemes, por sua vez, define a arbitragem como um "[...] meio extrajudicial de solução de controvérsias, no qual as partes, ao firmarem um contrato, outorgam

---

[45] No original: "With some variations, virtually all authorities accept that arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording each party an opportunity to present its case." *Idem.*

[46] Outras definições, oferecidas por autores estrangeiros, são as que são apresentadas por René David, que, em tradução livre, afirma que a arbitragem consiste em "uma técnica que busca dar solução para uma questão, que interesse às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros – que possuem os seus poderes advindos de uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem apossados dessa missão pelo Estado". (DAVID, René. **L' Arbitrage dans le commerce international**. Paris: Economica, 1982, p. 9) Ou, ainda, a conceituação formulada de forma conjunta por Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman nos seguintes termos, em tradução livre: "um dispositivo pelo qual a solução de uma questão, que interessa a duas ou mais pessoas, é confiada a uma ou mais outras pessoas – o árbitro ou árbitros – que derivam seus poderes de um acordo privado, e não das autoridades de um Estado, e quem deve proceder e decidir o caso com base nesse acordo" (No original: "a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement"). (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 9).

[47] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

a terceiro(s), árbitro(s), a competência para dirimir futuras controvérsias que surgirem e forem decorrentes dessa avença".[48] Já Luiz Antonio Scavone Junior anota que a

> [...] arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral.[49]

Como se verifica, a doutrina tem certa unanimidade quando se trata de conceituar o instituto da arbitragem. De uma forma ou de outra, todos os conceitos seguem em uma mesma linha: a do afastamento do poder estatal na resolução de um conflito, transferindo-o para um árbitro ou Tribunal Arbitral instituído para este fim.[50]

Assim, e verificado que o conceito do instituto da arbitragem não necessita de maiores exames, visto a sua praticamente unanimidade, passa-se para a análise, nessa ideia de um estudo dos aspectos gerais da arbitragem, daquela que é a pedra angular do instituto arbitral: a Convenção de Arbitragem.

2.4.2. Convenção de Arbitragem

A Lei nº 9.307 (Lei Brasileira de Arbitragem), no seu capítulo II, prevê a convenção de arbitragem no seu artigo 3º, ao dispor que "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral." Nessa linha, verifica-se que a Lei de Arbitragem

---

[48] LEMES, Selma Maria Ferreira. **A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

[49] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 5° Ed.2011, p. 19-20.

[50] O autor Alberto Schinji Higa faz um apontamento importante. Destaca que embora não existam maiores divergências quanto ao aspecto conceitual da arbitragem, o mesmo não se pode dizer quanto à discussão referente à sua natureza. Expõe: "Basicamente, há três correntes jurídicas que procuram definir a natureza jurídica do instituto: a privatista, a jurisdicional e a publicista. Para a primeira corrente, deve-se considerar o ato inicial da arbitragem, vale dizer, a convenção da arbitragem. Trata-se de ato de direito privado, assim como o árbitro um ente de direito privado e, portanto, a sua atividade de natureza privada. A segunda corrente leva em consideração a atividade desenvolvida pelo árbitro (função jurisdicional), que, apesar de ser um ente privado, dirime conflitos em caráter definitivo, conforme atribuição conferida por lei, e cuja sentença arbitral, nos termos da lei, possui eficácia de sentença judicial. Por fim, a terceira corrente entende que a arbitragem consiste numa função pública, porém não em uma função jurisdicional. Prova disso é o fato de que o árbitro não possui sequer poder para impor medidas coercitivas. Tratar-se-ia, pois, de um múnus público." (HIGA, Alberto Shinji. **Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 135-163, jul./set. 2015, p. 138 - 139.)

prevê e define a convenção de arbitragem como gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O conceito de convenção de arbitragem é apresentado por Luis Fernando Guerrero, que a define como "o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derrogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal".[51] Por sua vez, José de Albuquerque Rocha define convenção de arbitragem como "o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuro, ao juízo arbitral".[52] [53]

De qualquer forma, como adiantado, o Brasil, por meio da Lei nº 9.307/96, seguindo o modelo francês, estabeleceu duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.[54] [55]

O artigo 4º da Lei nº 9.307/96 define a cláusula compromissória como a "convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".[56] Por sua vez, o compromisso arbitral,

---

[51] GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

[52] ROCHA, José de Albuquerque. A Lei de Arbitragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43.

[53] A doutrina internacional, há muito, já definiu a convenção de arbitragem como o alicerce da arbitragem, uma vez que sem ela não existe a possibilidade de se instaurar procedimento arbitral, especialmente por ser o momento em que as partes formalizam a entrega do poder de decisão aos árbitros, estipulando os autorregramentos e a extensão dos poderes de decisão dos julgadores. (FOLLONIER-AYLA, Alejandro. **La convention d'arbitrage: notions et modalités. Etude comparative des régimes latino-américains et suisse**. Disponível em: <https://bit.ly/2ONjtFe> Acesso em: 21/04/2022). Além disso, a Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 7º, define a convenção de arbitragem como "o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um acordo autônomo." Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf> Acesso em: 15/08/2022.

[54] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

[55] Carlos Alberto Carmona, em dois momentos de sua obra *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96*, tece algumas críticas ao modelo adotado pela lei brasileira. Em um primeiro momento o autor aponta que o legislador peca por não ousar, já que "poderia ter feito, como na Espanha, a completa identificação entre a cláusula e o compromisso, deixando inclusive de utilizar terminologia diferenciada (os espanhóis tratam apenas do *convenio arbitral,* abandonando os vocábulos **cláusula** e **compromisso**), tudo para demonstrar a ruptura do velho sistema que revelava ser a cláusula um mero pré-contrato de compromisso". Posteriormente, o autor observa que "A lei brasileira, infelizmente, preferindo seguir o modelo francês de 1981 que, sob o título 'as convenções de arbitragem' abre dois capítulos ('a cláusula compromissória' e 'o compromisso') para, num terceiro, estabelecer 'regras comuns'. O legislador pátrio preferiu adotar sobre o tema posição ambígua e de certo modo conservadora, já que, ao mesmo tempo em que adotou a ideia da convenção de arbitragem, não quis abrir mão do antiquado e tradicional sistema da cláusula como pré-contrato de compromisso." CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 16; e p. 79.

[56] Carlos Alberto Carmona aponta que, em virtude da força que se deu à clausula compromissória na Lei nº 9.307/1996, foi necessário que essa mesma lei estabelecesse um procedimento célere e eficiente para as hipóteses em que as partes desejassem resistir à instituição do Tribunal Arbitral. Nessa linha, o autor argumenta que é o artigo 7º quem traz essa solução, ao prever que ele deverá ser invocado quando o juiz se deparar com cláusulas compromissórias vazias, que são aquelas que "se limitem a afirmar que qualquer litígio decorrente de um

definido no artigo 9º da já referenciada Lei nº 9.307/1996, consiste na "convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

Portanto, pode-se concluir que a diferença entre essas duas espécies de convenção de arbitragem está no momento do afastamento da jurisdição tradicional, porque enquanto a cláusula compromissória é estabelecida junto a um contrato, antes mesmo da existência de um eventual conflito, o compromisso arbitral é firmado para um conflito já instaurado.[57] Por meio das cláusulas compromissórias as partes de um contrato já preveem que qualquer litígio referente ao negócio jurídico será levado à arbitragem, ao passo que por meio de um compromisso arbitral as partes levam à arbitragem um litígio já existente.

Especialmente em razão da ausência de previsões legais mais específicas, há de se destacar que no caso das cláusulas compromissórias, as partes devem envidar seus melhores esforços para evitar a redação de cláusulas patológicas, que são aquelas que não disciplinam o modo de indicação do árbitro (vazias); não indicam órgão arbitral ou indicam órgão arbitral inexistente; ou que apontam mecanismo inoperante para a indicação de árbitro.[58] Isso porque,

---

determinado negócio jurídico será solucionado por meio da arbitragem". O autor prossegue afirmando que "nessa hipótese, os poderes do juiz serão bastante amplos, não só para nomeação de árbitro [...] mas também para a fixação de outros elementos necessários ou úteis ao desenvolvimento do processo arbitral [...]." CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 16; e p. 17-18.

[57] Alberto Jonathas Maia apresenta diferenciações adicionais entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Segundo o autor "o legislador buscou disponibilizar às partes instrumentos diferentes para cada fase da relação jurídica delas, permitindo a inserção da cláusula no momento negocial com viés preventivo e o compromisso na fase contenciosa com escopo resolutivo". O autor também aponta, além do critério temporal, uma divergência quanto à função, já que "a cláusula compromissória tende a ser mais abrangente", sendo comum termos como "'os conflitos decorrentes do contrato entre as partes serão submetidos à arbitragem' definindo em maior ou menor grau os detalhes a qual está inserida". Por fim, arremata que "a cláusula é elemento autônomo do contrato, o compromisso é o contrato da resolução da disputa". MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 173-174.

[58] As cláusulas arbitrais patológicas foram tratadas de forma pioneira em um estudo de 1974, do na época Secretário-Geral da Corte de Arbitragem da International Chamber of Commerce (ICC). Em seu estudo, o Sr. Frédéric Eisemann apresenta uma série de exemplos de cláusulas problemáticas que encontrou ao longo dos anos em razão de sua experiência acadêmica e profissional, organizando-as conforme suas principais características. Para o autor, são patológicas as cláusulas que não cumprem uma ou mais das suas funções, quais sejam: (i) produzir efeitos obrigatórios para as partes; (ii) afastar a intervenção dos tribunais estatais do julgamento das controvérsias, ao menos até ser proferida a sentença; (iii) atribuir aos árbitros poder para resolver os litígios que possam surgir entre as partes; e (iv) permitir o estabelecimento de um procedimento que conduza às condições mais eficientes e céleres para a prolação de uma sentença suscetível de execução forçada. (Tradução livre do seguinte trecho da obra de Eisemann: "1) la première, commune à toutes les conventions est de produire des effets obligatoires pour les parties, 2) la seconde est d'écarter l'intervention des tribunaux étatiques dans le règlement d'un différend, tout au moins avant le prononcé d'une sentence, 3) la troisième est de donner pouvoir à des arbitres de régler les litiges susceptibles d'opposer les parties, 4) la quatrième est de permettre la mise en place d'une procédure conduisant dans le meilleures conditions d'efficacité au prononcé d'une sentence susceptible d'exécution forceé") (EISEMANN, Frédéric. **La clause d'arbitrage pathologique**. *In*: MINOLI, Eugenio (col.). Commercial Arbitration – Essays in memoriam Eugenio Minoli. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974, pp. 129-

em situações como essas, ainda que a cláusula patológica afaste a jurisdição estatal, a sua redação não permite que o litígio seja diretamente levado à arbitragem, de modo que se as partes não chegarem a um acordo sobre a forma de instituição do procedimento arbitral, será necessária a intervenção do Poder Judiciário.

No que se refere especificamente ao compromisso arbitral, o artigo 10º da Lei nº 9.307/1996 traz os seus elementos obrigatórios, quais sejam: (i) qualificação das partes; (ii) qualificação dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegam a indicação de árbitros; (iii) a matéria que será objeto da arbitragem; e (iv) o local em que será proferida a sentença arbitral.[59]

Já como elementos facultativos, lista, em seu artigo 11º, os seguintes: (i) local (ou locais) onde se desenvolverá a arbitragem; (ii) autorização para que os árbitros julguem por equidade se assim for convencionado pelas partes; (iii) o prazo para a prolação da sentença arbitral; (iv) a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; (v) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e (vi) a fixação dos honorários dos árbitros.

Portanto, pode-se resumir que a cláusula compromissória, definida no artigo 4º da Lei de Arbitragem, é a convenção por meio da qual as partes de um contrato se comprometem a submeter à arbitragem os eventuais litígios relativos ao negócio jurídico. Já o compromisso arbitral, por seu turno, definido no artigo 9º da Lei de Arbitragem, é a convenção em que os litigantes submetem um litígio já existente à arbitragem.

Destarte, e de modo geral, esses seriam os principais apontamentos no que tange ao conceito de arbitragem e o instituto da convenção arbitral.[60] Realizada essa introdução, pode-

---

161). Em âmbito nacional, por sua vez, Carlos Alberto Carmona define as cláusulas patológicas nos seguintes termos: "avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem." CARMONA, Carlos Aberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 112.

[59] A doutrina defende que, embora não esteja expressamente previsto no artigo 10 da Lei de Arbitragem, a ausência de apenas algum dos elementos obrigatórios no compromisso arbitral pode levar à sua nulidade. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 16-19). Luis Fernando Guerrero aponta o seguinte: "a ausência de um dos elementos obrigatórios não levará necessariamente à nulidade do compromisso de plano, mas pode gerar impedimento à instauração da arbitragem". Todavia, esclarece: "se necessitar de alguma complementação permite-se que os árbitros, e as partes elaborem adendos ao compromisso quando da instituição de arbitragem". GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 21.

[60] No caso das arbitragens envolvendo a Administração Pública, a convenção de arbitragem ganha contornos ainda mais específicos, razão pela qual, no próximo capítulo deste trabalho, o tema da convenção de arbitragem será revisitado sob as lentes do Direito Público.

se adentrar, enfim, em tema central desta pesquisa: a arbitragem com a Administração Pública. Afinal, como já adiantado, a arbitragem nos setores de infraestrutura traz consigo todas as especificidades de um processo arbitral com o Poder Público.

2.5. A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora existam estudos que identifiquem a arbitragem no âmbito da Administração Pública no Brasil já em torno de 1850,[61] acredita-se que o instituto passou a ganhar espaço no Direito Administrativo concomitantemente às grandes transformações sofridas pela Administração Pública no último século.[62] Como forma de incentivo à iniciativa privada, que cada vez mais passava a interagir de uma maneira mercadológica com o Poder Público, era imprescindível que se apresentasse uma solução mais célere que o Poder Judiciário para a resolução de conflitos que pudessem se originar dessas novas relações.[63]

Bruno Lopes Megna faz um amplo estudo dessas transformações sofridas pela Administração Pública e da consequente utilização da arbitragem, analisando-as no âmbito judicial, legislativo e executivo. Para o autor, por meio e por causa dessas alterações, o Estado passou a participar do mercado tanto como consumidor, quanto como fornecedor, sendo

---

[61] Em pesquisa realizada por Selma Lemes, a autora constata que "A eleição da arbitragem nos contratos administrativos e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850, ano em que o Código Comercial brasileiro passa a vigorar [...]. As concessões outorgadas foram para obras e serviços públicos nos setores portuário, estradas de ferro, serviços, urbanos etc. Diversos contratos foram firmados com empresas estrangeiras e companhias criadas com o capital público." (LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56).

[62] Sem saber dizer com clareza se coincidentemente ou não, Rafael Munhoz de Mello chama a atenção, contudo, para o fato de que a ascensão da arbitragem no Brasil ocorreu no mesmo momento em que a Administração Pública passou por inúmeras transformações, principalmente no seu modo de intervenção. Como bem destaca o autor, a partir dos anos 90 o Estado brasileiro deixa de prestar diretamente alguns serviços, como, por exemplo, o das telecomunicações, e diminui a sua participação em outros âmbitos econômicos, como o da indústria de óleo e gás, transferindo para a iniciativa privada grande parte dessas incumbências que havia assumido no último século. (MELLO, Rafael Munhoz de. **Arbitragem e Administração Pública.** Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015, p. 49. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf> Acesso em: 02/05/2022).

[63] Gustavo Justino de Oliveira, ao falar sobre a expansão da arbitragem nos contratos públicos brasileiros, expõe que "Em um contexto de fortíssima sobrecarga do Judiciário – como de fato é o caso brasileiro –, a arbitragem revela-se um autêntico mecanismo de desjudicialização dos litígios administrativos, ao mesmo tempo em que o recurso a métodos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCs) pela Administração pública brasileira podem ser vistos como providências de desburocratização administrativa, no sentido de que podem evitar a eclosão de conflitos dos quais os entes públicos são parte, possibilitando igualmente que os conflitos existentes sejam adequada e rapidamente resolvidos pelas próprias partes ou que sua resolução seja mais técnica e customizada do que usualmente são as decisões judiciais." (OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem e Contratos Públicos: Tendências e perspectivas.** Revista Zênite ILC – Doutrina: 348/302/ABR/2019, p. 1.)

necessário pensar em meios de resolver seus litígios adicionando visões que estivessem mais ligadas ao campo do Direito privado.[64] Em outras palavras, seria o movimento que Floriano de Azevedo Marques Neto muito bem identificou como a superação do paradigma bipolar da Administração Pública, que colocava o Poder Público e a iniciativa privada em lados opostos.[65] [66] Mesma abordagem é apresentada por Gustavo Binenbojm, quando o autor evidencia que a superação desse paradigma bipolar fez com que a Administração Pública fosse sendo levada cada vez mais para uma ideia de consensualidade.[67]

Como não poderia ser diferente, as previsões legislativas e jurisprudenciais seguiram no mesmo sentido. Estudo feito pelos administrativistas Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho identifica que, assim como fez o Código Civil de 1916, a Lei nº 9.307/96, embora não tenha expressado com todas as letras a possibilidade de o Poder Público valer-se da arbitragem, também não o vedou.[68] Esse cenário começou a dar maior solidez e segurança jurídica à utilização do instituto por parte do Estado.

Na mesma linha seguiu a jurisprudência nacional, sendo que ainda no ano de 1973, no paradigmático *Caso Lage*,[69] o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o

---

[64] MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos Teóricos e soluções práticas.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 86-87.

[65] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Alberto. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardem (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**: Malheiros, 2015, p. 409.

[66] Ainda das palavras de Floriano Azevedo Marques Neto, ao citar indiretamente Sabino Cassese, retira-se: "o modelo (que ele chama 'paradigma') bipolar cede espaço e deve ser superado por um novo paradigma que chama de 'Arena Pública'. Reportando-se aos ensinamentos de Massimo Severo Giannini, Sabino Cassese demonstra que os pressupostos do modelo bipolar não se sustentam [...] a atividade administrativa não é determinada por uma planificação prévia, ex vi legis, e sim produto de um conflito de interesses públicos que não possuem uma ordem de prevalência ou prioridade. Por conseguinte, a decisão administrativa – diz Sabino Cassese – passa a comportar ponderação e composição de interesses." (*Idem*, p. 404-405).

[67] Esse entendimento pode ser retirado da sua obra *Uma teoria do Direito Administrativo*, em que ao tratar da crise dos paradigmas do Direito Administrativo, o autor expõe: "Esta privatização da atividade administrativa tem-se dado por variadas formas e em diferentes setores. A emergência do gerencialismo procura aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A ideia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e administração. [...] O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** – 3ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9 – 42).

[68] SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Arbitragem na Administração Pública – É hora de parar de resistir.** *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 285, p. 1074-1078, nov. 2017.

[69] "O 'Caso Lage' é julgado precursor em matéria de arbitragem envolvendo a Administração. Nesse caso, a seguinte situação foi colocada à apreciação do Supremo: em 1942, a União Federal expropriou bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, e o então Presidente da República decretou (Decreto-Lei n. 9.521/1946) a solução do caso concreto por arbitragem. Sucede, porém, que, no governo seguinte, foi suscitada a inconstitucionalidade do juízo arbitral, levando o Poder Legislativo a rejeitar liberação orçamentária correspondente à condenação da União. Os prejudicados ingressaram, então, com medidas judiciais, e foram vencedores em primeira e segunda instâncias e no Supremo Tribunal Federal – STF, o qual reconheceu a

Estado poderia participar de arbitragens.[70] Das palavras do Ministro à época, Bilac Pinto, retira-se: "a natureza consensual do pacto de compromisso, sendo de natureza consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica".[71]

Ainda assim, o julgamento acima não serviu para que a resistência que se tinha com a Administração Pública valendo-se de procedimentos arbitrais terminasse.[72] O Tribunal de Contas da União, a título de exemplo, era a corte que constantemente se manifestava contrária ao uso do instituto pelo Poder Público.[73]

Não sendo o objetivo deste trabalho esgotar o histórico legislativo envolvendo a arbitragem e o seu uso pela Administração Pública, ainda assim é importante consignar que o instituto só começou a alcançar novos patamares dentro do ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que as barreiras de um suposto não atendimento ao princípio da legalidade começaram a ser derrubadas.

Dentre essas previsões, sem dúvida as que mais tiveram impacto positivo para a consolidação do instituto foram as já citadas previsões do inciso III, artigo 11, da Lei Federal nº 11.079/2004,[74] que regula as parcerias público-privadas; e a inserção de previsão do instituto

---

possibilidade de um árbitro definir o montante de indenização devida pela União, entendendo válido o referido Decreto-Lei n. 9.521/1946." (OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson 264 Reuters, 2019, p. 48).

[70] Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno, AI nº 52181/GB, Relator: Ministro Bilac Pinto, julgado em: 14/11/1973.

[71] *Idem.*

[72] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública.** Curitiba: Juruá, 2018, p. 25.

[73] Como acórdão paradigmático da negativa do instituto por parte do Tribunal de Contas da União, tem-se aquele prolatado pela 2ª Câmara da corte 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. Do acórdão desse caso retira-se: "Uma outra questão levantada diz respeito à cláusula 47 do contrato, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ela, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. [...] Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei 9.307/1996, o seu artigo 1º determina que poderão ser objeto de solução por 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 o racionamento de energia. [...] Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para a 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, portanto, deverá ser excluída do contrato [...]" (UNIÃO, Tribunal de Contas (TCU), **Acórdão nº 0584/2003**, Órgão Julgador: 2ª Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em: 10/04/2003).

[74] 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.

arbitral na Lei Federal nº 8.987/1995, ao tratar das concessões tradicionais de serviços públicos, fruto do acréscimo do artigo 23-A pela Lei Federal nº 11.165/2005.

De qualquer forma, ainda persistia uma lacuna nacional. Esse vácuo veio a ser preenchido pela Lei nº 13.219/2015, que promoveu a chamada "Reforma da Lei de Arbitragem". A importância dessa nova previsão legal, conforme será bem explorado no subitem seguinte deste trabalho, é que ela acrescenta à Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira) previsão expressa de que a Administração Pública (direta e indireta) pode resolver seus conflitos utilizando-se da via arbitral.[75]

Ademais, em boa hora, e em inovação legislativa, foi publicado o Decreto Federal nº 10.025/2019, que dispõe sobre

> a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

O decreto referido acima, visto a sua importância para o tema deste trabalho, também será mais bem explorado em momento posterior desta pesquisa, ao se tratar das especificidades de uma convenção arbitral em arbitragem que envolve o Poder Público (item 3.2.1. e subitens seguintes).

Por fim, no que se refere às previsões legais envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, aponta-se também a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que dedicou o capítulo XII ao tema. Entre os artigos 151 a 154, a Lei nº 14.133/2021 trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas. Mais especificamente no que se refere à arbitragem, esta é tratada no

---

[75] Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, a partir de uma análise da edição da Lei nº 13.219/2015, são categóricos ao afirmar que hoje "é juridicamente inviável sustentar que a arbitragem seria, em si, incompatível com entes estatais. Afinal, se todo e qualquer direito atinente à Administração realmente fosse indisponível – e, portanto, se não houvesse espaço algum para arbitragens envolvendo o setor público – a norma do §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem perderia sua razão de ser, tornando-se vazia de sentido". SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Arbitragem na Administração Pública – É hora de parar de resistir.** Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curtiba: Zênite, n. 285, p. 1074-1078, nov. 2017, p. 2.

parágrafo único do artigo 151[76] e nos artigos 152[77] e 154.[78] Da redação desses artigos, conclui-se que a Lei nº 14.133/2021 enfrenta, em resumo, três temas atinentes à arbitragem no âmbito da Administração Pública, a saber: (i) a questão da arbitrabilidade objetiva e dos direitos disponíveis; (ii) o princípio da publicidade vinculado ao procedimento arbitral; e (iii) a necessidade de que a arbitragem seja de direito. Todos esses temas também serão devidamente enfrentados no próximo capítulo deste trabalho.

De qualquer forma, e como já adiantado, a arbitragem com a Administração Pública ganhou mesmo novos contornos, de extrema importância para a consolidação do instituto, com a edição da Lei nº 13.219/2015, que promoveu a comumente conhecida "Reforma da Lei de Arbitragem". Passa-se a analisar, especificamente, essa normativa.

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

O Senado Federal, no segundo semestre de 2012, aprovou requerimento para a criação de uma comissão de juristas com o objetivo de apresentar um anteprojeto de lei para promover a reforma da Lei de Arbitragem e Mediação. Assim, em 27 de maio de 2015 foi publicada a Lei nº 13.129/2015, que altera e complementa a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem)[79]. O projeto que deu origem à referida lei foi elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão.

A Lei nº 13.129/15 conseguiu manter a estrutura e a substância da Lei nº 9.307/96, ao mesmo tempo em que se valeu do decurso do tempo para acrescentar nessa reforma as conquistas da jurisprudência do STJ, dirimir divergências de interpretações que surgiram na prática dos tribunais, além de conciliar a legislação de arbitragem com o recém-editado Código

---

[76] Art. 151 [...] Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

[77] Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade. [...].

[78] Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

[79] Já no preâmbulo da Lei o seu alcance fica bem evidenciado. Veja-se: "Altera a Lei 9.307, de 23.09.1996, e a Lei 6.404, de 15.12.1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral. A interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei 9.307, de 23.09.1996."

de Processo Civil, aprimorando vários artigos da lei vigente, e valendo-se do direito comparado.[80]

Como resume Arnold Wald, a reforma da Lei de Arbitragem ampliou "o campo de incidência da arbitragem, mas o fez com moderação e com as cautelas necessárias, aprimorando o texto da lei atualmente em vigor, sem romper com as nossas tradições".[81] Arremata o autor: "É um texto que representa, para o nosso direito, uma evolução construtiva e não uma revolução".[82]

O mesmo autor ainda faz um importante apanhado e apresenta uma listagem dessas alterações. Aponta as seguintes: (i) previsão expressa da possibilidade de realização de arbitragens que envolvam a Administração Pública; (ii) em várias matérias, que eram objeto da legislação civil e processual, fizeram-se as adaptações necessárias para que pudessem incidir no caso da arbitragem, como ocorreu em relação à prescrição e à sua interrupção; (iii) uma melhor e mais bem detalhada regulamentação das medidas cautelares e de urgência; (iv) a utilização da carta arbitral e normas oportunas em relação à sentenças parciais; e (v) que as instituições de arbitragem estabelecessem listas de árbitros, mas que as partes pudessem afastar o regulamento, desde que autorizadas pelos órgãos competentes da instituição, ou que tenham sido por eles aprovados os nomes dos árbitros indicados pelas partes (embora não constando nas listas).[83]

Destarte, dentre essas outras alterações consolidadas pela reforma e listadas acima, a de maior importância para o tema desta pesquisa foi, sem dúvidas, a que envolveu a expressa possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de disputas envolvendo a Administração Pública.

Em análise da autora Silvia Rodrigues Pachikoski quanto à tramitação legislativa que originou a Lei nº 13.129/15, esta apontou que,

> No que se refere à Administração Pública, a Comissão de Juristas discutiu e deliberou que o projeto deveria formalizar as hipóteses de utilização da arbitragem, admitindo expressamente a utilização no âmbito da administração pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, que as arbitragens serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade. Tal posição buscou respaldo no fato de que a

[80] WALD, Arnoldo. **A reforma da Lei de Arbitragem.** Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 962, dez. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/21614/Arnoldo%20Wald.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14/05/2022.
[81] *Idem.*
[82] *Idem.*
[83] *Idem.*

> Administração Pública já vem sendo parte em arbitragens, baseada na jurisprudência de nossos Tribunais, na Lei das Parcerias Público-Privadas, Leis estaduais e na própria Lei de Arbitragem vigente que nunca impôs restrição para a participação das entidades públicas em procedimentos arbitrais.[84]

Nesse aspecto, a Lei nº 13.129/15 acrescentou aos textos dos artigos 1º e 2º da Lei de Arbitragem, respectivamente, as seguintes previsões:

> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Assim, vislumbra-se que o acréscimo dos §§ 1º e 3º mencionados acima trouxe, além da expressa previsão de que a Administração Pública pode se valer da arbitragem para resolver seus conflitos,[85] a determinação de (i) que esses direitos discutidos precisam ser disponíveis; (ii) que a arbitragem será sempre de direito; e (iii) que o princípio da publicidade deve ser respeitado.

Todos esses temas - disponibilidade do direito; arbitragem de direito; e o princípio da publicidade - são de extrema importância e fundamentais para uma completa compreensão desta pesquisa, razão pela qual serão devidamente enfrentados nos próximos capítulos deste trabalho, de maneira individualizada, promovendo-se uma revisão desses assuntos e estabelecendo-se o atual estado da arte do tema no cenário doutrinário, jurisprudencial e legislativo nacional.

De todo modo, e como adiantado no início do capítulo, para que se possa responder de maneira adequada a problemática que é levantada por esta pesquisa, é preciso que se analise também a arbitragem no campo dos contratos de infraestrutura, bem como seja feito um estudo

---

[84] PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. **As Alterações na Lei de Arbitragem**. *In*: NETO, Francisco Maia; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015, p. 17.

[85] Sobre esse tema, é válido transcrever os apontamentos realizados por Egon Bockmann Moreira: "Se um dia houve incertezas, hoje é inequívoco que a Administração Pública brasileira pode valer-se de métodos autônomos e não-adversariais para a solução de controvérsias (conciliação e mediação), bem como recorrer a soluções heterônomas e não-jurisdicionais (arbitragem). Melhor dizendo: a Administração Pública tem o dever de se esforçar ao máximo para prestigiar aquela solução que, simultaneamente, não resulte na multiplicação de ações perante o Poder Judiciário e concretize a boa-fé e a eficiência. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. Assim, o prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário - que só pode ser acionado em último caso [...]. Quem regerá a escolha administrativa será a combinação do caso concreto com a norma jurídica que o rege (legal, regulamentar e contratual), em vista dos direitos e interesses postos em jogo". (MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública, arbitragem e controle externo**. *In*: < https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/administracao-publica-arbitragem-e-controle-externo-4716pmigha5z0l6u2zw07v28d/>. Acesso em: 23/07/2022.)

desses contratos de infraestrutura, aproveitando-se para examinar aspectos relacionados à segurança jurídica do setor.

Passa-se à anunciada análise.

2.6. SETORES DE INFRAESTRUTURA

No início da segunda metade da década de 1990 o Brasil vivenciou uma transição institucional sem precedentes. O descontrole das finanças públicas, aliado ao reconhecimento de que o Estado era incapaz de, sozinho, promover o desenvolvimento de alguns setores chaves da economia, levou, nas palavras de Sérgio Guerra, a um novo marco teórico da Administração Pública brasileira, impondo ao país uma reforma administrativa que buscava renovar as burocráticas estruturas estatais *weberianas* até então seguidas.[86]

De acordo com Gustavo Justino de Oliveira e Ana Carolina Hohmann, foi em meio a esse contexto que, sem perder de vista que os investimentos em infraestrutura ainda continuavam fortemente vinculados a uma atuação estatal, a sua execução passou a ser realizada por entes privados (por meio dos contratos de concessão e parcerias público-privadas).[87]

O que se viu ocorrer, em resumo, foi uma verdadeira transformação do papel reservado ao Estado, que de certa forma deixou de ser um agente monopolista das principais atividades econômicas de infraestrutura, e passou a se concentrar muito mais na regulação desses setores.[88] Como muito bem sintetiza Gustavo Binenbojm, "o Estado prestador virou um Estado eminentemente regulador".[89] Mesmo entendimento é seguido por Egon Bockmann Moreira, ao destacar que a partir da década de 90 "a regulação econômica passou a assumir função antes estrutural do que circunstancial".[90]

Inclusive, é dentro da conjuntura acima que se tem a concepção das agências reguladoras brasileiras. Inspiradas principalmente no modelo norte-americano, era necessário que o Brasil criasse meios para responder a esse novo enquadramento dos setores de infraestrutura, buscando:

---

[86] GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 373.

[87] OLIVEIRA, Gustavo Justino. HOHMANN, Ana Carolina. **Como estimular investimentos em infraestrutura no Brasil neste cenário de incertezas?.** *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 17-21, p. 19.

[88] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências reguladoras.** In Direito Administrativo Econômico, SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.

[89] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 20.

[90] MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil: Revista de Direito Público da Economia, ano 11, n. 44, p. 87-118, out/dez. 2013, p. 89.

(i) garantir a estabilidade e a previsibilidade na relação com os investidores; e (ii) exercer controle e fiscalização dos setores explorados.[91]

Portanto, de modo geral, o que se verifica é que o Direito da Infraestrutura passou a estar no centro das discussões envolvendo o desenvolvimento da economia nacional.

Por sua vez, este trabalho, como já exposto, tem como um dos temas centrais justamente o estudo do setor de infraestrutura. Por isso, desloca-se esta pesquisa para um exame mais detalhado deste setor, incluindo um aprofundamento sobre o próprio conceito de Direito da Infraestrutura e as principais características dos seus contratos.

2.6.1. Direito da Infraestrutura e os seus contratos: as principais características

André Castro de Carvalho, em sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, define o Direito da Infraestrutura nos seguintes termos:

> O direito da infraestrutura seria um ramo de estudo relacionado a qualquer tipo de relação jurídica que envolva as infraestruturas públicas, seja por meio de investimentos públicos ou privados. Diante disso, pertence a esse ramo de estudo de medidas governamentais a fim de se promover a infraestrutura pública, tanto pelo setor público como pelo privado – como o planejamento governamental ou o uso de PPPs. Dessa forma, tanto a parcela da arrecadação da CIDE-Combustíveis em infraestrutura de transportes como um edital de licitação para concessão de aeroportos seriam objeto de análise dessa seara de estudo, envolvendo participação pública, privada ou mista.[92]

O mesmo autor, agora na obra originada da sua tese, ainda aponta que a infraestrutura seria um gênero que se subdivide em espécies representadas por quatro categorias básicas: saneamento básico, telecomunicações, energia e transportes.[93]

No âmbito normativo, por sua vez, foi o Decreto nº 8.874/2016 (que regulamenta as condições para a aprovação dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, para efeito do disposto no art. 2º da Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011) que

---

[91] MARQUES NETO, F. P. A.; Moreira, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação. Estudos de Casos da Jurisprudência Brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1. 270 p, 2020, p. 73.

[92] CARVALHO, André Castro de. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Dr. José Maurício Conti. São Paulo, 2013. p. 100.

[93] CARVALHO, André Castro. **Direito da Infraestrutura: perspectiva pública.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 178.

sistematizou o tema no Direito nacional sob o viés taxonômico. A normativa em questão define os setores de infraestrutura nos seguintes: (i) logística e transporte; (ii) mobilidade urbana; (iii) energia; (iv) telecomunicações; (v) radiodifusão; (vi) saneamento básico; e (vii) irrigação.

Ainda nessa linha, e tomando como base a revisão bibliográfica realizada na dissertação de mestrado de André Rodrigues Junqueira, são aspectos do setor de infraestrutura: (i) os desafios para financiar os projetos, por se tratar de investimentos a longo prazo; e (ii) a forte regulação estatal, tornando um setor sensível a mudanças de orientação políticas de governo.[94]

Inclusive, esse último é um aspecto a ser destacado, isto é, o fato de ser um setor altamente regulado. Isso se dá essencialmente porque no "caso específico da infra-estrutura, em razão de os investimentos serem suporte para as demais atividades econômicas e permitirem a integração do espaço nacional, a relação custo-benefício privada tende a ser inferior à social, podendo gerar um volume de investimentos inferior ao socialmente desejável."[95] É interessante notar que a situação acima foi a "justificativa para a intervenção governamental com o objetivo de procurar aproximar do social o retorno privado, garantindo, assim, uma oferta satisfatória desses serviços."[96]

Ainda, podem ser destacados como objetivos dessa regulação: (i) uma busca de eficiência econômica, garantindo um serviço com o menor custo para o usuário; (ii) evitar o abuso do poder de monopólio; (iii) assegurar o serviço universal e a qualidade do serviço prestado; e, dentre outros, (iv) estimular a inovação e promover políticas de incentivo o setor.[97]

Como se verifica, toda essa regulação do setor busca, ao fim, o seu incremento, uma vez que o seu desenvolvimento, em virtude dos segmentos que impacta, se configura como condição essencial do próprio desenvolvimento socioeconômico.[98] Esse cenário justifica não

---

[94] JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do Estado de São Paulo.** 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27112020-034953/pt-br.php. Acesso em: 04 dez. 2022, p. 44.

[95] PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. **A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil.** *In*: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). A economia brasileira nos anos 90. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. p. 217-260, p. 219-220.

[96] *Idem*, p. 220.

[97] *Idem*, p. 221.

[98] VALIATI, Thiago Pires. **O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura. A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômico.** 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45785/R%20-%20D%20-%20THIAGO%20PRIESS%20VALIATI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07/12/2022, p. 49-51

só o gasto público no setor, como a busca de parcerias com a iniciativa privada como forma de potencializar referido desenvolvimento.[99] [100]

Desse modo, inclusive, surge a necessidade de atrair investimentos privados para os projetos de infraestrutura. E é justamente para possibilitar a mais adequada relação entre o Poder Público e a iniciativa privada, com esse relacionamento sendo benéfico para ambos, que a garantia de segurança jurídica (nos termos em que será definida na sequência) se mostra imprescindível.

Já no que se refere aos Contratos de Infraestutura, mais especificamente as suas caraterísticas, 3 (três) são os pontos válidos de serem analisados: (i) financiamento do projeto; (ii) alocação de riscos; e (iii) critérios de remuneração do contratado.[101]

Quanto ao primeiro, financiamento do projeto, tem-se que, em regra, os projetos de infraestrutura envolverão a formação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), que atuará como concessionária do serviço concedido.[102]

Todavia, como já explorado anteriormente, justamente pelo fato de os projetos de infraestrutura, em regra geral, envolverem a necessidade de altos investimentos, muitas vezes os investidores interessados ou não dispõem dos recursos, ou não desejam que todo o investimento a ser aportado provenha apenas de recursos próprios. É nesse ponto que entra o apoio – e financiamento – de entidades financeiras especializadas, como o Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, o Banco Internacional de Desenvolvimento – BID ou Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD. Como se verá com mais detalhe

---

[99] *Idem*.

[100] Essa aproximação entre setor público e a iniciativa privada como forma de desenvolvimento dos setores de infraestrutura também é defendida por Vitor Schirato: "A parceria com a iniciativa privada é impositiva. Em primeiro lugar, para multiplicar os recursos financeiros destinados a investimentos em infraestrutura, a partir da somatória entre recursos públicos e privados. Em segundo lugar, para mitigar riscos, já que não é possível que apenas o Estado responda por todos os riscos e desafios que os investimentos trarão. Em terceiro lugar, para permitir um desenvolvimento sustentável, pois o Estado fatalmente não terá fôlego financeiro para fazer sozinho todos os investimentos, e, se tentar tê-lo, gerará um processo de superendividamento e inflação, como já ocorreu no passado. E, por fim, em quarto e último lugar, para permitir a incorporação da eficiência e da lógica de mercado dos privados para o setor público, utilizando melhor os recursos existentes." (SCHIRATO, Vitor Rhein. **Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade?** *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratos públicos e o direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 144.)

[101] Definiu-se essa estrutura a partir da revisão bibliográfica realizada por JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do Estado de São Paulo.** 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27112020-034953/pt-br.php. Acesso em: 07/12/2022, p. 50-62.

[102] Nos casos de PPP, por exemplo, essa é, inclusive, uma exigência legal, conforme o art. 9º da Lei Federal nº 11.079/2004.

no terceiro capítulo desta pesquisa, muitas dessas instituições financeiras de crédito analisam a segurança jurídica do setor de infraestrutura para decidir quanto de crédito será aportado.

Por sua vez, os investidores, ao obterem um financiamento, devem fornecer garantias. No caso dos setores de infraestrutura, o instrumento mais utilizado é o *Project Finance*.[103]

Já no que se refere à alocação de riscos, isso se deve ao fato de que em projetos de infraestrutura é possível que ocorra uma série de acontecimentos que reduzem a expectativa de um investidor,[104] ou, em outras palavras, a possibilidade de que ocorram situações que causem uma distorção entre os encargos que foram assumidos no projeto e aqueles que serão obtidos no que se refere aos lucros e à previsão de custos.[105] Esses apontamentos são, a bem da verdade, a definição de "riscos" em projetos de infraestrutura. Ademais, e ainda que deixe claro que não se trata de uma categorização exaustiva, mas unicamente explicativa, Marcos Augusto Perez categoriza os riscos em econômico-financeiros, técnicos, jurídicos e políticos.[106]

Nessa linha, identificados esses riscos, é preciso que sejam alocados, garantindo-se que caso eles se perfectibilizem na prática, haja uma adequada divisão dessa responsabilização, já pré-definida. Dito de outra forma, tem-se que "os delineamentos conceituais sobre o risco são essenciais aos projetos de infraestrutura, para determinação de uma equação de responsabilidades entre as partes, a chamada matriz de riscos."[107] André Rodrigues Junqueira, em sua já amplamente citada dissertação de mestrado, define a citada matriz de riscos como segue:

---

[103] O *Project Finance* pode ser definido como a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos veem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto. Os prazos de vencimento da dívida e dos títulos patrimoniais são projetados sob medida para as características do fluxo de caixa do projeto. Para sua garantia, os títulos de dívida do projeto dependem, ao menos parcialmente, da sua lucratividade e do valor dos seus ativos. (VINTER, Graham D. **Project finance: a legal guide.** 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. p. 55.)

[104] IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. **Dealing with public risk in private infrastructure: an overview.** *In*: _____. Dealing with public risk in private infrastructure. World Bank Latin American and Caribbean Studies, [S. l.], p. 1-19, 1997.

[105] PARTNERSHIPS VICTORIA. Risk allocation and contractual issues. Department of Treasury and Finance, Melbourne: 2001. Disponível em: <http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContra ctualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20- %20Entire.pdf>. Acesso em: 10/12/2022.

[106] PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 53.

[107] JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do Estado de São Paulo.** 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27112020-034953/pt-br.php. Acesso em: 07/12/2022, p. 53.

> A ideia central da matriz de riscos é apresentar às partes um elenco de ocorrências contratuais que podem dificultar a execução do contrato, determinando qual parte será responsável por seus efeitos. Uma boa matriz de riscos deve alocar a responsabilidade dos eventos na parte que possui melhor condições de mitigar sua ocorrência ou suportar seu ônus financeiro. Esse documento deve ser um anexo contratual, vinculante às partes.[108]

Ou seja, a matriz de riscos é o instrumento que pré-define a alocação das responsabilidades caso algum dos riscos aos quais os projetos de infraestrutura estão suscetíveis, de fato, ocorra.

De qualquer forma, e embora sejam relevantes os apontamentos acima, quando se trata da análise de riscos em setores de infraestrutura é preciso que cada caso seja analisado de forma individualizada, com a matriz adequada para aquele específico cenário, com os ônus e bônus definidos de acordo com a realidade posta.

Por fim, a última característica a ser examinada refere-se aos critérios de remuneração do contratado.

De modo geral, essas formas de remuneração podem ser classificadas em quatro principais categorias: tarifa; contraprestação do parceiro público; receitas acessórias; e aporte de recursos.

A tarifa, nos termos do artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95,[109] é o modo de remuneração quando o prestador daquele serviço cobra, pela sua utilização, diretamente do usuário, podendo valer-se de receitas acessórias justamente para diminuir esse valor cobrado dos usuários.

Nesse aspecto, aproveita-se para apontar que as receitas acessórias são a possibilidade de que o parceiro privado utilize outros meios para auferir receita, como, reduzir o valor que será cobrado diretamente do cidadão que utilizar aquele serviço. Exemplo desse tipo de receita é a exploração de publicidade em ônibus, saguão de aeroporto, entre outros.

---

[108] *Idem*.

[109] Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Já a contraprestação pecuniária se dá quando o parceiro público paga diretamente ao parceiro privado pelo serviço prestado. Ocorre, especialmente, nas concessões patrocinadas e administrativas, nos termos do §3° do artigo 2° da Lei Federal n° 11.079/2004.[110]

Por sua vez, o aporte de recursos refere-se ao modo de remuneração sedimentado pela Lei Federal n° 12.766/12 (que alterou a Lei de PPPs), em seu artigo 6°, §2°[111]. De forma geral, esse aporte de recursos refere-se à possibilidade de, em contratos de PPP, haver o pagamento da Administração Pública a concessionário por investimentos em bens reversíveis.

Portanto, e ainda que de modo abreviado, mas abarcando os pontos mais necessários para este trabalho, são essas as questões e principais características atinentes aos setores de infraestrutura (incluindo seu contrato) a serem analisadas. Como já adiantado, o que mais importa para esta pesquisa é descrever como se dá a resolução de conflitos nos contratos de infraestrutura, com foco na utilização da arbitragem neste setor.

Todavia, antes ainda de se adentrar no tema acima, é preciso que se entenda a razão por que uma adequada previsão para a resolução de conflitos, em um contrato de infraestrutura, é um tema de grande importância. A resposta está no fato de que essa previsão impactará, diretamente, tema que permeia todos os apontamentos feitos até aqui: os caminhos para a segurança jurídica no setor de infraestrutura.

2.6.2. Caminhos para a segurança jurídica no setor de infraestrutura: a necessidade de um adequado e eficiente meio de resolução de conflitos

Questão sempre em voga quando se trata dos setores de infraestrutura é o nível de segurança jurídica das relações firmadas entre poder concedente e concessionária. Isso porque os investimentos em infraestrutura são "investimentos cujo período de maturação e o hiato até a efetiva lucratividade do projeto são longos, sendo necessário que seja provida segurança ao investidor".[112] Não por outra razão, o nível de segurança jurídica vem sendo um dos principais

---

[110] Art. 2° Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. [...] § 3° Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

[111] [...] § 2° O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

[112] OLIVEIRA, Gustavo Justino. HOHMANN, Ana Carolina. **Como estimular investimentos em infraestrutura no Brasil neste cenário de incertezas?.** *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 17-21, p. 19.

pontos analisados pelos investidores internos e externos antes de aportarem recursos nesses setores regulados.

Entretanto, antes de se analisar a segurança jurídica no setor de infraestrutura, é preciso que se dê um passo atrás para que se possa conceituar com maior precisão a segurança jurídica. Não sendo o objetivo deste trabalho debruçar-se sobre as controvérsias desse processo de conceituação, optou-se por utilizar nesta pesquisa o conceito que foi desenvolvido em artigo específico do tema apresentado em congresso do CONPEDI. No artigo, os autores fizeram um amplo estudo das mais variadas conceituações do assunto, para que pudessem sugerir uma definição que buscasse abarcar, ao máximo, grande parte dessas ideias. Assim ficou desenhado o entendimento do que se deve entender por segurança jurídica:

> A segurança jurídica é, de fato, um dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito. Não obstante, invocar a ideia de segurança jurídica como a certeza da manutenção do status quo, mesmo quando verifica-se sua incompatibilidade com os valores eleitos como fundamentos de nossa sociedade, com base em critérios unicamente procedimentais é esvaziar o princípio e aprisioná-lo em um conceito anacrônico e incompatível com a função jurisdicional do Estado Democrático de Direito. A conceituação adequada da segurança jurídica deve ultrapassar as divisões em segurança jurídica objetiva e subjetiva para ser compreendida em duas dimensões, uma formal e uma substancial. Nesse sentido, a segurança jurídica não pode ser apenas formal, apresentada como relativa previsibilidade do direito associada com a rápida solução dos conflitos, mas também substancial, ou seja, representar a legítima expectativa de que o poder judiciário não se furtará à análise de lesão ou ameaça a direito bem como de que este acompanhará a evolução social e histórica na compreensão desses direitos, atuando de modo a contribuir para a concretização do projeto de sociedade definido na Constituição Federal. Em outras palavras, a segurança jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, exige uma prática jurídica também voltada para o futuro.[113]

Como se verifica da definição acima, o entendimento contemporâneo de segurança jurídica está vinculado tanto a uma ideia de segurança e previsibilidade daquele direito, como também apoiado em uma visão mais futurista, uma segurança jurídica voltada a garantir que esse direito evoluirá e se adaptará à própria dinâmica e evolução das relações e negócios. Trata-se de uma segurança jurídica que entende que tão ou mais importante quanto estudar as certezas,

---

[113] VASCONCELOS, Antonio Gomes de; BRAGA, Renê Morais da Costa. O conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito. *In:* **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 404-418, p. 416. Disponível em: < http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/189tcxgv/8s8jzpmuipkXmeG0.pdf> Acesso em: 10/12/2022.

está o dever de se buscar meios de contornar as incertezas, afastando-se da falsa ideia de que será possível, dentro do direito, trabalhar sempre com estabilidade.

Transportando as ideias lançadas acima para os setores de infraestrutura, especialmente a partir dos conceitos tratados nos tópicos 2.6. e 2.6.1., resulta que a busca por uma adequada segurança jurídica no setor se mostra necessária pelas mais variadas razões, especialmente porque o nível de segurança jurídica impactará diretamente no preço pago pelos serviços (seja pelo Poder Público, seja pelos cidadãos usuários dos serviços).

Isso se deve ao fato de que, inerentemente, pelas suas características, os projetos de infraestrutura carregam incompletudes e complexidades que, como não poderia ser diferente, são precificadas – isso sem falar, é claro, dos altos investimentos também intrínsecos aos contratos desse setor. Assim, em uma lógica simples, é natural que quanto mais variáveis houver para serem consideradas, provavelmente maior será o valor a ser cobrado pelo contratado, o que refletirá em eventual valor pago pelo usuário do serviço.

Veja-se, ainda, que no âmbito nacional a insegurança jurídica nos setores de infraestrutura é potencializada por uma série de alterações excessivas e bruscas realizadas no conjunto normativo regulatório, o que resulta, inclusive, em uma série de controvérsias e dificuldades de compreensão do conceito de equilíbrio econômico-financeiro neste tipo de avença, assim como em relação à ideia de alocação de riscos (temas examinados no tópico 2.6.1.). Além disso, especialmente nos contratos de longa duração, como os de infraestrutura, há ainda os problemas políticos que surgem de transições governamentais, com governantes que, após eleitos, não costumam respeitar pactos celebrados por gestões anteriores.

Portanto, e tendo em vista todos os apontamentos acima, é como se desenha a premissa e a ideia de segurança jurídica, dentro dos contratos de infraestrutura, no âmbito desta pesquisa. Embora os contratos de infraestrutura demandem uma previsibilidade advinda de um adequado desenho contratual, é preciso se ter claro que é impossível prever todas as circunstâncias que eventualmente surgirão após a sua celebração, razão pela qual é muito mais benéfico que os contratos foquem sua atenção em prever adequados meios para se resolver essas eventuais situações – e conflitos – que surjam.

Valendo-se das ideias do vencedor do Prêmio Nobel Ilya Priogine - que no campo das ciências exatas proclamou "o fim das certezas", Egon Bockmann Moreira segue na linha do entendimento destacado no parágrafo acima. Para o autor, em relação aos contratos administrativos de longa duração, como são os de infraestrutura, a instabilidade e a incompletude dos contratos são muito mais relevantes de serem estudadas do que sua pretensa

estabilidade. Isso porque, segundo o autor, é preciso tomar cuidado para não se viver em "um mundo em que as relações jurídicas não experimentam as vicissitudes do tempo, mas que se blindam em cápsulas de certezas intocáveis".[114]

Não diverge o professor da Harvard Kennedy School José A. Gómez-Ibáñez, ao apontar que a incompletude e a impossibilidade de que se prevejam todas as situações possíveis é uma das principais características – e limitações – de contratos de longo prazo, como são os de infraestrutura.[115] Não por outra razão aponta que qualquer tentativa de identificar todos os fatos relevantes que poderão ocorrer no âmbito de tais contratos é impraticável, uma vez que as necessidades de cada parte em uma relação de prazo extenso são incertas e complexas.[116]

Portanto, se a ideia de segurança jurídica nos setores de infraestrutura trabalha com um cenário em que se torna impossível a previsibilidade de todos os cenários que surgirão – especialmente em virtude do longo tempo de duração de um eventual contrato no setor – é de inegável relevância que se tenham meios efetivos para que essas situações imprevisíveis sejam resolvidas. Dito de outra forma, embora não seja possível prever todos e quaisquer conflitos que surgirão ao longo da execução contratual, é possível, entretanto, que se prevejam meios adequados e efetivos para a resolução dessas situações conflituosas. É nesta seara que se encontra a premissa deste trabalho.

Em um primeiro momento, o pensamento mais natural é que esses eventuais conflitos e situações surgidas durante a execução de um contrato de infraestrutura, quando não resolvidos no âmbito administrativo, serão resolvidos pelo Poder Judiciário estatal. Todavia, como já adiantado ainda no início desta pesquisa, hoje existem grandes problemas no Poder Judiciário que prejudicam a atuação dos agentes econômicos que investem em infraestrutura, sendo eles, essencialmente, "a morosidade e a imprevisibilidade judicial. [...] o primeiro ofende o ideal de calculabilidade, enquanto a imprevisibilidade afronta os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade."[117]

---

[114] Segundo Egon Bockmann Moreira, "está na hora de deixarmos de lado a arqueologia jurídica como critério de aplicação das normas e tentarmos construir uma teoria que permita enfrentar os desafios do futuro, que não param de chegar." (MOREIRA, Egon Bockmann. **O fim das certezas.** Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>. Acesso em: 10/12/2022).

[115] GOMEZ-IBANEZ, Jose. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

[116] *Idem*.

[117] VALIATI, Thiago Pires. **O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura. A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômico.** 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <

Dito de outra forma, os *players* do setor de infraestrutura muitas vezes encontram uma realidade em que o Poder Judiciário não se mostra adequado para lidar com os complexos e altamente técnicos litígios do seu campo de atuação, além de se depararem com diferentes instâncias de controle e incontáveis recursos que acabam travando empreendimentos no setor.

Sendo assim, e diante do cenário até aqui desenhado, esta pesquisa encontra sua justificativa e razão de ser a partir do momento em que se parte da premissa de que a ausência de segurança jurídica nas relações firmadas entre poder concedente e concessionária é fator que interfere diretamente no desenvolvimento dos setores de infraestrutura brasileiros; e que grande parte dessa insegurança jurídica provém da falta de certeza e previsibilidade na resolução de conflitos originados nesses setores, levando-se a um desestímulo daqueles que se propõem a contratar com a Administração Pública, ou, ainda, fazendo-se com que esses riscos em suas propostas sejam incluídos na precificação dos serviços, o que torna as contratações muito mais onerosas para o Poder Público.

A solução, por consequência, está em buscar outros meios de resolver esses conflitos que não seja única e exclusivamente por meio do Poder Judiciário. Nessa linha, a alternativa é recorrer aos meios extrajudiciais de soluções de conflitos (MESCs) e à justiça multiportas, apresentados no tópico 2.2. deste trabalho. Como já tratado naquele tópico desta pesquisa, a depender de cada caso, uma ou mais portas podem ser abertas para a conciliação de interesses e a solução de divergências.

Esta pesquisa parte do pressuposto que, entre essas possibilidades de resolução de conflitos, dentro do setor de infraestrutura, a arbitragem pode ser um meio efetivo na resolução de litígios, consequentemente trazendo uma maior segurança jurídica ao setor.

Portanto, resumindo-se este tópico e firmando o entendimento construído, o que se conclui é que dentro do setor de infraestrutura, especialmente em virtude da sua característica de contratos altamente complexos e de longa duração, torna-se impraticável prever todas as situações que surgirão ao longo da sua execução. Assim, o conceito de segurança jurídica do setor, muito mais do que assentada em uma expectativa de previsibilidade, deve estar associado à construção de meios para que essas situações imprevisíveis e indesejáveis possam ser adequadamente resolvidas.

Entre essas possibilidades de resolução de conflitos, esta pesquisa buscará determinar se a arbitragem é um desses meios que pode servir para o aumento do nível de segurança jurídica

---

https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45785/R%20-%20D%20-%20THIAGO%20PRIESS%20VALIATI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07/12/2022, p. 86.

dos contratos de infraestrutura.

Passa-se, então, a um estudo mais detalhado da arbitragem nos contratos de infraestrutura.

2.6.3. Resolução de conflitos nos contratos de infraestrutura: a arbitragem como opção

Nos últimos tempos, passou a ganhar cada vez mais força a ideia de que a arbitragem deve ser um requisito indispensável em contratos administrativos que sejam de grande porte, especialmente aqueles que precisam atrair grandes investidores nacionais e internacionais, como são os contratos de infraestrutura.[118] [119]

Isso porque os contratos de infraestrutura, como já se pôde observar, envolvem investimentos cujo período de maturação e hiato até a efetiva lucratividade do projeto são longos, sendo necessário que seja provida segurança ao investidor. Veja-se, portanto, que a morosidade, a falta de conhecimentos específicos de determinados juízes e a, por muitos denunciada, "politização" do Poder Judiciário, tornam-se verdadeiro desincentivo aos investimentos no setor, uma vez que os investidores não vislumbram níveis adequados de segurança jurídica nos contratos a serem firmados com o poder concedente.

Nessa linha, parte da doutrina defende a ideia de que, necessariamente, a arbitragem traz uma melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, principalmente por dois motivos: (i) uma maior celeridade na resolução dos conflitos; e (ii) a capacidade de oferecer soluções especializadas para os litígios.[120]

Todavia, não se pode negar alguns aspectos da arbitragem que podem, na verdade,

---

[118] MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. **O Desenvolvimento do uso da Arbitragem nos Contratos de Infraestrutura: questões práticas enfrentadas pelo Estado de São Paulo.** *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. Experiências práticas em concessões e PPP. Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. 1. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 351-176, p. 353. Ainda na mesma obra: "Entende-se que a perspectiva de que eventuais disputas surgidas no contrato sejam submetidas a um juízo arbitral, e não a um juízo estatal, proporciona segurança jurídica e implica em uma redução dos riscos inerentes ao contrato, consequentemente, tornando-o mais competitivo."

[119] Gustavo Justino de Oliveira aponta que a arbitragem como compensação dos riscos políticos e incertezas regulatórias do setor de infraestrutura pública será a terceira onda no que se refere à arbitragem com a Administração Pública, sendo que a primeira foi o "caso LAGE (STF) e reabertura democrática e econômica) e a segunda "organismos multilaterais de financiamento e legislação pró-arbitragem". Assinala o referido autor: "Ademais disso, para a iniciativa privada, a arbitragem passa a representar importante mecanismo compensatório dos riscos políticos e de um ambiente de incertezas regulatórias, que hoje certamente influenciam negativamente o empreendedorismo voltado à geração de infraestrutura pública em nosso país." JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. **Arbitragem com o Poder Público no Brasil: Ondas evolutivas e prospecção.** In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 161-164.

[120] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33-36.

diminuir o nível de segurança jurídica na resolução de conflitos envolvendo contratos de infraestrutura.

Esses aspectos são, por exemplo, a ausência de um sistema de precedentes, já que ainda não se tem conhecimento da existência, no Brasil, de ferramentas que permitam fácil acesso às decisões arbitrais que já foram prolatadas. Esse cenário faz com que a arbitragem, por produzir decisões apenas voltadas ao caso concreto e não passíveis de aplicação geral ou uniformização, possua, supostamente, uma limitação institucional mais acentuada do que a do Poder Judiciário. Com o aumento do número de arbitragens envolvendo o setor, aliado à ausência de precedentes, a via arbitral pode se tornar um campo passível de julgamentos contraditórios sobre o mesmo tema.

Outro aspecto negativo é o custo elevado dos processos arbitrais. Iniciar um procedimento arbitral no Brasil é, supostamente, significativamente mais custoso do que ingressar com uma ação judicial. Considerando que as principais normativas sobre o tema atualmente exigem que o particular arque, inicialmente, com as custas do procedimento, mesmo nos casos em que o ente público dê início ao procedimento arbitral, os custos de uma arbitragem podem ser um fator que tanto irá afastar os investidores, como causar impacto no valor dos contratos firmados junto ao Poder Público.

Ainda, um terceiro aspecto que pode ser mencionado é o grande risco de o procedimento ser anulado caso o árbitro não tenha o devido conhecimento das normas que regem a Administração Pública, isto é, aquelas que estabelecem direitos indisponíveis e que, portanto, não são passíveis de alteração pela via arbitral. Trata-se da hipótese em que o árbitro não terá o mesmo *self-restraint* (autocontenção que no Direito público é associada com a discricionariedade, mas que, no caso da arbitragem, deve referir-se sobretudo à impossibilidade do árbitro de entrar nos interesses indisponíveis da Administração Pública).

Por outro lado, podem ser apontados como aspectos positivos: uma solução especializada para os litígios; o fato de que a resolução dos conflitos pela via arbitral promove maior celeridade na entrega de concessões ou a retomada de obras paralisadas, uma vez que as sentenças arbitrais, salvo específicas exceções, não estão sujeitas à impugnação das partes, o que evita, assim, recursos protelatórios; o fato de o instituto da arbitragem possuir grande prestígio no exterior, o que pode servir como um atrativo adicional a investidores estrangeiros.[121]

---

[121] Nessa linha, assinala Carlos Alberto de Salles: "A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como

Os aspectos referidos acima, especialmente os positivos, parece que já vêm impactando o ordenamento jurídico há algum tempo. Isso porque há quase duas décadas já existe uma série de normas esparsas admitindo o uso da arbitragem em setores de infraestrutura.[122] [123] Inclusive, atualmente, e especialmente após a publicação do já referenciado Decreto nº 10.025/2019, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal, nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, a Administração Pública segue uma tendência de empregar a arbitragem em substituição à jurisdição estatal para solucionar litígios oriundos de contratos administrativos relacionados ao setor de infraestrutura.[124]

Na mesma linha, pesquisadores e profissionais da arbitragem já identificam o instituto como o mecanismo preferencial para dirimir conflitos no âmbito do direito de infraestrutura, defendendo que o seu emprego seja potencializado pela Administração Pública.[125] Arnoldo Wald é autor que muito bem sintetiza esse cenário:

---

um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tornar atrativo o negócio com o Estado". (SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62).

[122] Gustavo da Rocha Schmidt lista, como exemplos de normativas que já previam a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias nos setores de infraestruturas, as seguintes: a Lei nº 12.815/2013, que prevê, em seu artigo 62, §1º, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não reconhecimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes – ANTAQ; o artigo 35, inciso XI, da Lei nº 10.233/2001, que 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"; a Lei Geral de Telecomunicações (*vide* art. 93, XV, Lei nº 9.472/1997); A Lei Geral do Petróleo (art. 43, X, a Lei nº 9.478/1997); a Lei de incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica e de Expansão da Oferta Emergente (Lei nº 10.438/2002); a Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei nº 10.438/2002); a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004); e Lei de Concessões (Lei nº 11.196/2005, que incluiu o artigo 23-A na Lei nº 8.987/1995). (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública.** Curitiba: Juruá, 2018, p. 75)

[123] Bruno Lopes Megna, Fabio Gastaldo e Jessica Couto, observando que desde meados anos 2000 há uma tendência na inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem em contratos de concessão e de PPPs, concluem que "O legislador pátrio acabou por reconhecer que a utilização da arbitragem em tais contratos pode ser benéfica para a sua estruturação financeira. Com a utilização da arbitragem, espera-se que a segurança jurídica do investidor privado prepondere diante das oscilações políticas inerentes à gestão do Poder Público. Em suma, a lei presume que a submissão dos conflitos à arbitragem pode vir a ser um fator de redução dos riscos do investimento, garantindo, assim, uma redução do capital investido [...]" (MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fabio; COUTO, Jessica. (2019). **Arbitragens em PPP no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo**. 89. 157-182, p. 160).

[124] A autora Eugênia Cristina Cleto Marolla defende que essa crescente nas previsões de convenções de arbitragem nos contratos de infraestrutura se dá em virtude de as obras do referido setor necessitarem de ambiente técnico-jurídico adequado para a solução de controvérsias, ao mesmo tempo em que se busca atrair empresas e investidores externos. (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33-36)

[125] OLIVEIRA, Gustavo Justino e SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. **Arbitragem Público-Privada no Brasil: a Especialidade do Litígio Administrativo e as Especificidades do Procedimento Arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 44/2015, p. 150-171, jan.-mar./2015 DTR\2015\2624. Ainda dos mesmos autores,

> Na realidade, a arbitragem é o meio mais adequado para a solução de questões jurídicas complexas, nas quais é preciso que os julgadores conheçam profundamente o contexto no qual as discussões se travam. [...] A segurança jurídica pressupõe uma previsão de forma adequada de solução de litígios e de adaptação do contrato às novas circunstâncias, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo nos quais muitos fatores são incertos e imprevisíveis. Essa solução deve poder ser rápida e decorrer da atuação de órgão imparcial não vinculado a qualquer uma das partes, o que favorece a arbitragem, sob todas as suas formas. Acresce que os árbitros são juízes especializados, escolhidos para o caso, juízes sob medida. São presumidamente conhecedores não só do direito, mas também dos aspectos técnicos, econômicos e sociais dos problemas que discutem. Por outro lado, em virtude da confidencialidade da arbitragem e do clima que a cerca, distinto do existente nos litígios apresentados perante o Poder Judiciário, as divergências podem ser submetidas à arbitragem, sem afetar a continuidade do contrato, evitando maiores despesas, gastos e prejuízos.[126]

Também analisando-se mais especificamente alguns setores de infraestrutura, percebem-se algumas tendências no comportamento das convenções arbitrais em contratos firmados nesses setores.

No setor de óleo e gás, por exemplo, verifica-se que uma grande parte dos contratos firmados tem cláusula de solução de disputas por meio de arbitragem. Muito disso se deve, provavelmente, ao fato de que, desde a promulgação da "Lei do Petróleo" (Lei nº 9.478/97), que criou a ANP (Agência Nacional do Petróleo), e a consequente assinatura de contatos de concessão dessa agência com a Petrobras, estes instrumentos contratuais trazem cláusula compromissória para a solução de litígios por meio da arbitragem.[127]

Veja-se que essas previsões iniciaram já na rodada 0 de licitações da ANP,[128] seguindo, com algumas alterações e melhorias pontuais, nas demais rodadas, sendo que, até hoje, as

---

no mesmo artigo, eles relatam que muitos estados da Federação, mais carentes de investimentos em infraestrutura, enxergam na previsão de cláusulas arbitrais em contratos públicos a chance de transmitir uma maior credibilidade ao investidor privado, especialmente em razão de a arbitragem ser cada vez mais conhecida como um método de resolução de controvérsias adequado para resolução de conflitos em contratos complexos da Administração Pública, como parcerias público-privadas e concessões comuns, em razão da necessidade de celeridade e objetividade nesses procedimentos, bem como de maior tecnicidade por parte dos julgadores.

[126] WALD, Arnoldo. **A infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem.** In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 24, 2006, p. 61 – 75, p. 72-73.

[127] Bem aponta Gustavo da Rocha Schmidt: "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 dispõe 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" (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública.** Curitiba: Juruá, 2018, p. 97).

[128] Redação da cláusula compromissória da rodada 0 de licitações da ANP: "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 (com todos os Concessionários agindo como uma única só

cláusulas compromissórias constantes dos contratos da ANP estão entre as mais detalhadas dos setores de infraestrutura, muito em virtude da experiência adquirida na utilização da arbitragem, na prática, ao longo dos anos.[129]

De qualquer forma, no setor, ainda hoje, as principais discussões e resistências estão vinculadas a questões relacionadas ao que é ou não é arbitrável e se a arbitragem abrangeria o "interesse público" envolvido no conflito.

Já no setor de rodovias e ferrovias o cenário é um pouco diverso. No de rodovias, por exemplo, observa-se do programa de concessões de rodovias, capitaneado no âmbito federal pela ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) que apenas a partir da terceira etapa de concessões (2013-2015) é que os contratos de concessão passaram a conter cláusula arbitral.[130] No setor de ferrovias, o contexto é ainda menos pró-arbitragem. Apesar de os contratos do setor serem concessões que demandam um elevado investimento e serem de longo prazo, a quase totalidade dos contratos firmados pela ANTT não traz cláusula compromissória.

Todavia, o cenário acima deve-se alterar nos próximos anos. Isso porque, em 14 de maio de 2019, a ANTT publicou a Resolução nº 5845/2019,[131] que fixa as regras para os processos de solução extrajudicial de controvérsias entre as agências e os entes regulados.

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 será realizada 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.

[129] YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 99.

[130] As cláusulas abaixo transcritas estão previstas na minuta padrão de contrato de concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros:
4 Objeto do Contrato
4.1 O objeto do presente Contrato é a concessão do Serviço Ferroviário na Estrada de Ferro EF- 222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas, incluindo a operação, manutenção e conservação do TAV Rio de Janeiro - Campinas, precedida do fornecimento e montagem da proteção acústica, dos Sistemas, do material rodante e dos equipamentos de manutenção ("Concessão"), no prazo e nas condições estabelecidos no presente instrumento e em seus Anexos. [...]
43 Arbitragem
43.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia ou disputa entre elas oriunda ou relacionada ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, que não tenha ou não possa ser resolvida de forma amigável por meio de negociações de boa-fé conduzidas entre as Partes ou por meio da Comissão Técnica de que trata a Cláusula 42 acima, e que não se refiram a questões econômico- financeiras relacionadas ao Contrato. Agência Nacional Transporte Terrestre – ANTT. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.html. Acesso em: 18/09/2022.

[131] Disponível em: < https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0

A referida resolução, além de prever a possibilidade do uso da arbitragem para a resolução de conflitos no setor, ainda cuidou de listar as matérias consideradas de direito patrimonial disponível, consequentemente arbitráveis, sendo elas: (i) o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) as indenizações decorrentes de extinção ou transferência dos contratos; (iii) as penalidade contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias; (iv) o processo de relicitação nas questões que envolvam o cálculo de indenizações; e (v) as questões relativas a inadimplemento contratual.

No setor portuário, o marco regulatório é de 2013 (Lei nº 12.815/2013),[132] razão pela qual o setor ainda se encontra em fase de organização e estruturação da arbitragem nos seus contratos, sendo ainda poucos os que ostentam cláusula compromissória.[133] A referida previsão veio a ser regulamentada pela edição do Decreto nº 8.465/2015, que previu a possibilidade de arbitragem nos casos de (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.

De qualquer forma, é no setor que se encontra um dos mais notórios casos até então envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, o conhecido "caso Libra" (conflito que servirá como estudo de caso desta pesquisa, a partir do item 4.4.). Trata-se, em linhas gerais, da celebração de um compromisso arbitral e a consequente instauração de procedimento para a

---

0005845&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796> Acesso em: 03/12/2022.

[132] Em artigo específico da área, Octávio Fragata M. de Barros e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio afirmam que a Lei nº 12.815/2013, no âmbito da infraestrutura, "foi possivelmente a primeira que explicitamente estabeleceu um tema passível de arbitragem: as tarifas portuárias e outras obrigações financeiras devidas à Administração Pública Portuária.". Complementam: "Tratou-se de previsão legal de cunho bastante inovador, por versar sobre a possibilidade de se discutir questões alusivas a receitas devidas aos órgãos públicos, não necessariamente decorrentes dos contratos de concessão à arbitragem" (BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Arbitragem em questões regulatórias: possibilidades, limites e critérios para a efetivação do princípio da publicidade.** *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 307-323, p. 315).

[133] Em pesquisa realizada pelo já citado autor Ricardo Yamamoto, este analisou "alguns contratos de arrendamento celebrados pelas Companhias Docas com outros arrendatários, como os contratos da CODESP (Companhia Docas do Estado de São Paulo) com a Union Armazenagem e Operações Portuárias, a Companhia Tubarão de Armazéns Gerais, o Terminal de Granéis do Guarujá (TGG) e uma minuta de contrato de arrendamento a ser firmado pela CODESA (Companhia Docas do Espírito Santo – Porto de Vitória) com seus arrendatários. Todavia, nenhum dos contratos contém cláusula compromissória." (YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 105-106).

resolução de litígios que versavam sobre dívidas relacionadas aos terminais portuários operados pelo Grupo Libra, com a ANTAQ, a CODESP e a SEP.

Já quanto ao setor de aeroportos, a arbitragem começa a surgir com força a partir da promulgação da Lei nº 11.182/2005, com a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a consequente implementação do programa de concessões de aeroportos. Verifica-se a presença de cláusula compromissória nos contratos relativos a lotes de concessões (sob o regime de concessão comum, com regência da Lei nº 8.987/95), com o poder concedente representado pela ANAC.[134] Identificou-se, inclusive, que esta agência já possibilita a inclusão de um aditivo para que os contratos de concessão aeroportuários disponham de previsão de arbitragem.

Inclusive, no setor de aviação, houve ao longo do tempo uma ampliação das matérias previstas em contrato passíveis de serem resolvidas por arbitragem. Por exemplo, até a terceira rodada de concessões, a arbitragem era prevista exclusivamente para casos de indenização por bens reversíveis não amortizados. A partir da quarta rodada, o escopo de conflitos abarcado pela cláusula arbitral foi ampliado, em muito influenciado pela publicação da Lei nº 13.448/2017 (lei que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal), já que trouxe uma maior segurança aos *players* sobre as matérias que eram passíveis de serem resolvidas em processo arbitral.[135]

---

[134] As cláusulas abaixo transcritas estão presentes na minuta padrão do contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste, centro-oeste e sudeste:
2.1. O objeto do presente contrato é a Concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária dos Complexos Aeroportuários integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, a serem implementadas em fases: [...]
17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n°. 9.307, de 23 de setembro de 1996, todos os litígios havidos entre as partes relativos a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionados, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim definidos nos termos da Lei n.o 13.448/2017, verificados durante a execução ou após a extinção do contrato, após decisão definitiva da autoridade competente, ressalvadas matérias especificadas em ato regulamentar superveniente. [...]
Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. (Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/ paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf#page66>. Acesso em: 18/09/2022.

[135] Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.
§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.
§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

Não por outra razão, contratos mais recentes, da quinta e sexta rodada de concessões aeroportuárias, tiveram o escopo das cláusulas arbitrais ainda mais aumentado, com hoje o setor de aviação se mostrando notavelmente inserido no contexto arbitral.

No mais, no setor elétrico, o cenário é diverso no que tange ao segmento de transmissão e distribuição e no de geração de energia elétrica. Isso porque, e conforme pesquisa realizada por Ricardo Yamamoto,[136] os contratos de transmissão e distribuição de energia elétrica firmados até o momento não contêm cláusula compromissória, razão pela qual não se tem conhecimento de que, até o momento, a ANEEL já tenha realizado arbitragem, sendo que a maioria das arbitragens que ocorrem no setor são relacionadas às disputas envolvendo contratos de comercialização de energia (contratos privados, ainda que regulados).

Assim, como ainda ocorre em outros setores de infraestrutura, no setor elétrico atinente à transmissão e distribuição de energia, o administrador parece ter receio de como os órgãos de controle receberão uma eventual decisão arbitral, resistindo a optar por resolver eventuais conflitos por esse meio.

Por sua vez, no que tange ao segmento de distribuição de energia, o cenário é outro. Ricardo Yamamoto verificou que, a partir de 2008, "os contratos de diversas usinas hidrelétricas de grande porte (UHE Santo Antonio, UHE Jirau e UHE Belo Monte), na maior parte dos contratos de concessão analisados (ou seus termos aditivos), passou a conter cláusula compromissória."[137] As cláusulas, nesse caso, têm redação muito semelhante às presentes nos contratos de concessão firmados no setor de aviação.

Seriam os acima, em breve revisão, os principais apontamentos quanto ao estado da arte da arbitragem nos segmentos de infraestrutura brasileiros.

Por fim, há de ser apontada uma outra peculiaridade no que diz respeito à cláusula de arbitragem utilizada nos setores de infraestrutura (e nas arbitragens com a Administração

---

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.
§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:
I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.
§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.
§ 6º A existência de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis submetidas à arbitragem não impede o início do novo contrato de parceria.

[136] YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 93.

[137] *Idem*.

Pública de forma geral), que é o fato de esta cláusula estar inserida em um edital licitatório (na maioria das vezes na minuta contratual que vem anexa a um edital).

Desse modo, como a redação, teoricamente, é redigida apenas pela Administração Pública, existe certa discussão se esse é um fator que retira a autonomia do ente privado, especialmente porque existe a necessidade de que os termos dessa minuta contratual não sejam alterados em relação ao processo licitatório, sob pena, inclusive, de violação do princípio da vinculação ao edital. Nesse aspecto, quanto a essa temática, este trabalho se filia às lições de Cristina Margarete Wagner Mastrobuono:

> [...] a participação em processo licitatório é uma opção do privado, que concorda em participar do procedimento, com vistas a adjudicar o contrato em seu favor, nos exatos termos tornados públicos por meio do edital, o que inclui o conhecimento e aceitação das cláusulas nos termos publicados. Frise-se, nesse particular, que o uso dos instrumentos disponíveis, inerentes ao processo licitatório, como a participação pelos grupos interessados na consulta pública conduzida pelo órgão licitante, deve ser exercido no tempo oportuno e é um importante mecanismo de troca de informações entre a Administração e os potenciais licitantes, tendo papel decisivo no aperfeiçoamento da redação da cláusula.[138]

Com esses pontos acima analisados, inclusive tendo-se realizado um apanhado sobre a arbitragem nos diversos segmentos dos setores de infraestrutura brasileiros, o que se pode concluir sobre o assunto, de modo geral, é que a partir da promulgação da Lei nº 13.129/2015, e de decretos que tratam especificamente da arbitragem nos setores de infraestrutura, e tendo em vista o debate doutrinário, jurisprudencial e até mesmo público em torno do tema, passou-se a ter um constante aumento na adoção desse instituto como meio de resolução de conflitos.[139]

O que cumpre verificar – e que será feito ao longo desta pesquisa – é se, de fato, esse meio de resolução de conflitos, a arbitragem, promove uma melhoria no nível de segurança jurídica do setor de infraestrutura.

---

[138] MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. **O Desenvolvimento do uso da Arbitragem nos Contratos de Infraestrutura: questões práticas enfrentadas pelo Estado de São Paulo.** In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. Experiências práticas em concessões e PPP. Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. 1. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 351-176, p. 360.

[139] Veja-se, por exemplo, que em junho de 2019 a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Portaria nº 320/2019, instituiu o "Núcleo Especializado em Arbitragem", que já em seu primeiro artigo define que este será "responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico e de contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada." A referida resolução prevê uma série de medidas a serem tomadas e observadas pelos procuradores ao longo das suas atividades em processos arbitrais, bem como questões que devem ser observadas na escolha dos árbitros.

2.7. Considerações finais sobre o capítulo

Este capítulo serviu para que se pudesse tanto introduzir o tema dos Meios Alternativos de Resolução de Conflito, com foco, é claro, naquele que diretamente impacta o problema levantada por esta pesquisa, a arbitragem, mais especificamente a arbitragem com a Administração Pública, como também para que se fizesse uma revisão breve sobre a temática dos setores de infraestrutura e os seus contratos.

Isso porque se entendeu necessário que, antes mesmo de adentrar na análise do instituto da arbitragem como causador – ou não – de uma melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, fosse feito um exame de alguns conceitos que integram essa pergunta: a arbitragem, os contratos de infraestrutura e a segurança jurídica.

Nesse aspecto, foi possível ter uma primeira compreensão do instituto da arbitragem, incluindo o seu conceito e a forma de estruturação de uma convenção de arbitragem, passando-se, posteriormente, para um direcionado estudo da arbitragem com a Administração Pública, especialmente em um contexto pós-reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015).

Ademais, ao se estudar o setor de infraestrutura, seus contratos e o seu costumeiro desenho, conseguiu-se identificar as principais características dessa modelagem contratual, especialmente o fato de serem contratos de longo prazo e altamente técnicos, aspectos que impactam diretamente a forma com que a segurança jurídica deve ser vista e analisada nesse setor.

Inclusive, sobre a segurança jurídica, este capítulo serviu para delimitar o âmbito em que ela será analisada neste trabalho, mais especificamente a partir da ideia de que nos contratos de infraestrutura é impossível que se prevejam todos os cenários e contextos que surgirão na execução de um contrato, razão pela qual é muito mais benéfico que se pense em meios efetivos para resolver eventuais conflitos que surjam, do que tentar prever no instrumento contratual todas as situações que podem nascer.

Destarte, e estudado os temas deste capítulo introdutório, enfrenta-se agora as demais temáticas que impactam a problemática desta pesquisa, mais especificamente as peculiaridades da arbitragem com a Administração Pública e as questões atinentes à arbitrabilidade.

3. PECULIARIDADES DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A QUESTÃO DA ARBITRABILIDADE

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO CAPÍTULO

Como já indicado no capítulo anterior deste trabalho, a participação da Administração Pública no processo arbitral, como ocorre naqueles envolvendo *players* do setor de infraestrutura, faz com que este instituto se revista de algumas peculiaridades jurídicas.

Isso porque a presença do ente público em um dos polos de um processo arbitral implica a aplicação das regras matrizes do sistema democrático e do regime público, tanto para garantir que os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - sejam respeitados, como também para que as costumeiras características da arbitragem se amoldem a uma necessária fiscalização do instituto pelos órgãos de controle e pela sociedade. Bem colocadas quanto a esse cenário são as palavras do autor Gustavo Justino de Oliveira:

> Não se está defendendo que a presença do ente público em um dos polos do procedimento arbitral, ou a relevância e predominância do interesse público no litígio a ser resolvido por meio da arbitragem, transmuta a arbitragem em um instituto diferente daquele regulamento pela LBA. Entretanto, a forma de condução do que podemos denominar de "arbitragem administrativa" – aquela em que o ente administrativo encontra-se em pelo menos um dos polos e/ou tem por objeto litígios a serem dirimidos precipuamente pelas regras e princípios de direito administrativo – seguirá as regras da LBA, mas com um procedimento dotado de algumas especificidades decorrentes da aplicação preponderante do direito público.[140]

Nesse sentido, este capítulo examina uma série de questões mais práticas envolvendo a maneira como deve se comportar a Administração Pública e os particulares em um procedimento arbitral com a presença do Poder Público. A importância desse estudo se justifica porque essas características se refletem, diretamente, na forma com que vai se dar a resolução de conflitos do setor de infraestrutura por meio da arbitragem – o que

---

[140] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilong Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-proceadministracao-publica. Acesso em: 11/06/2022.

consequentemente afeta, positiva ou negativamente, a segurança jurídica do setor. Além disso, uma questão que também deve ser levada em consideração nas arbitragens que envolvem os setores de infraestrutura refere-se ao risco de eventual processo arbitral vir a ser questionado judicialmente caso o árbitro escolhido não tenha o devido conhecimento das normas que regem a Administração Pública e não as observe em seu julgamento.

Assim, em virtude da constatação enunciada no parágrafo acima, este capítulo também será o palco de um estudo de outra questão assaz controversa quando se trata da arbitragem nos setores de infraestrutura: a questão da arbitrabilidade.

Retira-se do artigo 1º da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Nacional) que poderão ser submetidos à Arbitragem "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Se no âmbito privado essa questão não enseja tantas discussões, o mesmo não se pode dizer quanto ao âmbito do Direito público. É que ainda hoje permanece o grande equívoco de se vincular tudo que envolve a palavra Estado a uma ideia de indisponibilidade.

Portanto, o assunto oportuniza uma rica discussão porque o instituto da arbitragem com a Administração Pública ainda enfrenta a ausência de parâmetros objetivos que definam quais são, especificamente, os direitos públicos passíveis de serem dirimidos por via arbitral. Por essa razão, este capítulo também fará um estudo das principais teorias que buscam definir aquilo que é, ou não, arbitrável quando se trata de conflitos com Poder Público.

Inegavelmente um estudo que se propõe a analisar os benefícios da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária e como busca de melhorar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, deve também investigar os limites e quais direitos são passíveis de serem resolvidos pela via arbitral. Especialmente quando se leva em consideração a dificuldade que é se delimitar, nos conflitos que envolvem os setores de infraestrutura, o que é arbitrável, principalmente visto a multiplicidade de funções exercidas pelas agências reguladoras e devido à já referida ausência, de forma geral, de clareza sobre os direitos patrimoniais passíveis de serem arbitrados quando se trata de litígio envolvendo a Administração Pública.

Desse modo, e feitas as considerações acima, inicia-se este capítulo a partir de um estudo das peculiaridades da arbitragem com a Administração Pública.

3.2. PECULIARIDADES DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando se fala de peculiaridades da arbitragem com a Administração Pública, não se está, de forma alguma, buscando alterar a natureza da arbitragem, mas sim compatibilizá-la e torná-la um instituto viável também para os conflitos em que pelo menos em um dos polos esteja um ente do Poder Público – o que ocorre nos conflitos envolvendo os setores de infraestrutura.

Assim, analisa-se neste tópico, a partir de um estudo da convenção de arbitragem em conflitos que envolvem o poder público, as seguintes peculiaridades atinentes à arbitragem com a Administração Pública: (i) a necessidade de que seja uma arbitragem de Direito; (iii) a escolha entre uma arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc*; (iii) a sede da arbitragem; (iv) a questão do idioma; e (v) os prazos.

3.2.1. A convenção de arbitragem em conflitos que envolvem a Administração Pública

O tema da convenção de arbitragem já foi tratado no tópico 2.4.2. deste trabalho, oportunidade em que se consignou, em outras palavras, que se tratava do instrumento firmado pelas partes para manifestar interesse em resolver eventual conflito por meio da arbitragem. Destacou-se, ainda, que a convenção de arbitragem era gênero de duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira, instituída para conflitos que pudessem surgir; e a segunda, para conflitos já instaurados.

De qualquer forma, e sem embargo do que foi tratado sobre o tema no referido tópico, quando se trata de conflitos que envolvem o poder público é preciso que se atente para algumas peculiaridades da formulação e estruturação da convenção de arbitragem – seja ela uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. Isso porque, nas convenções de arbitragem em que a Administração Pública esteja presente, a convenção, embora submetida às regras de Direito privado, deve conviver com os princípios e regras do direito público.

Nesse sentido, pode-se apontar, ao menos, as seguintes peculiaridades envolvendo uma convenção de arbitragem em que um dos polos seja preenchido por um ente da Administração Pública direta ou indireta: (i) podem ser controladas pelos Tribunais de Contas;[141] (ii) a autoridade que celebra a convenção de arbitragem deve ser investida de poderes

[141] Sintetizando o tema: "Os recursos e gastos dos entes da Administração Pública brasileira estão sujeitos ao controle exercido pelos tribunais de contas em todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal). Em âmbito federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem competência para exercer a 'fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas'. [...] A

para tanto;[142] (iii) o bem jurídico objetivado pelo contrato deve estar de acordo com o mandamento do ordenamento jurídico.[143] [144]

De mais a mais, o tema da convenção de arbitragem e a Administração Pública ganhou maior destaque nos últimos anos em virtude da publicação, no dia 23 de setembro de 2019, do já citado nesta pesquisa Decreto Federal nº 10.025.[145] Referido Decreto, que como já destacado

---

celebração de uma convenção de arbitragem pode, por si, afetar as contas de um ente da Administração Pública. Ademais, o (não) cumprimento de uma sentença arbitral também pode estar sujeito ao controle exercido pelos tribunais de contas, especialmente porque a decisão de (não) cumprir a sentença pode ter implicância direta no quanto tal sentença vai efetivamente custar ao Estado e, portanto, afetar o erário. O mesmo se aplica à observância da vinculação à convenção de arbitragem pelo ente da Administração. Assim, por exemplo, se um edital de licitação para determinada contratação a ser realizada por determinado ente administrativo contém uma minuta de contrato prevendo arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos para o futuro contrato, isso poderá ser analisado pelo tribunal de contas competente, que poderá aprovar tal opção da Administração ou fazer recomendação diversa, vez que é competente para controlar os atos da Administração Pública no exercício dos direitos previstos na Lei Brasileira de Arbitragem". (Idem, *ibidem*). Na mesma linha: PEREIRA, Cesar. **Arbitragem e administração.** Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao. Acesso em: 30/07/2022.

[142] Inegavelmente, a declaração de vontade por ato formal de um agente competente é um pressuposto indissociável para a validade de uma convenção de arbitragem. Nesse sentido, muito se discute sobre a necessidade de previsão expressa e específica para se firmar convenção arbitral para conflitos com a Administração Pública. A reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) prescreveu em seu artigo 1º, § 2º, que: "A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações." De todo modo, como bem observado por Eugenia Cristina Cleto Marolla, sem motivo aparente esta previsão normativa tratou exclusivamente da Administração Direta, razão pela qual permanecem as dúvidas atinentes à Administração Indireta, o que inclui até mesmo aquelas com personalidade jurídica de direito público, como autarquias e fundações. (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem os contratos da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 193). Além disso, como observa Bruno Lopes Megna, uma vez que o legislador federal não pode interferir na auto-organização dos demais entes federativos, "definindo a competência administrativa dos agentes estaduais, municipais ou distritais, de sorte que esta norma há de ser interpretada como aplicável diretamente à União, mas apenas supletiva ou analogicamente aos demais entes" (MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: Fundamentos Teóricos e soluções práticas.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 190). Dessa forma, e uma vez que na União a competência para transigir e, portanto, para convencionar arbitragem é do Advogado Geral da União (art. 4º, I, da Lei Complementar nº 73/1993), conclui-se, valendo-se de síntese realizada pelo mesmo autor Bruno Lopes Megna, que "em relação a todos os sujeitos de direito, exceto a União e os entes federados que tenham regra de competência própria, pode-se entender que os poderes para contratar ainda implicam o de firmar a cláusula arbitral. Sem prejuízo, tomando por parâmetro a norma federal, é possível interpretar também que, no âmbito administrativo, o poder para firmar contrato de transação implica, também, o de contratar arbitragem. (*Idem*, *ibidem*). Ver mais sobre o tema em: CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da convenção de arbitragem.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo, 2013.

[143] São certeiras as ponderações de Bruno Lopes Megna: "Feita a opção pela arbitragem, caberá ao administrador também decidir sobre a modelagem da arbitragem a ser adotada. [...] De um lado ele terá de observar que, 'ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a lei nº 8666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração', o que induz a atuação unilateral da Administração. De outro lado, terá de observar que é característica ontológica da arbitragem a negociação consensual do conteúdo da cláusula arbitral". (MEGNA, Bruno Lopes. ***Opus citatum***, p. 193)

[144] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de arbitragem e administração pública.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 60.

[145] A abordagem deste decreto neste trabalho, e a consequente construção deste tópico, baseia-se em anterior análise já realizada por este autor, em coautoria, em artigo publicado na revista jurídica *Investidura*. (PASCOALI, Marco Antônio Ferreira; OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de**. A Convenção de Arbitragem em**

regulamenta o uso da Arbitragem como meio de solução de conflitos nos setores portuário, de transporte rodoviário, ferroviário e aeroportuário, em litígios que envolvem a Administração Pública Federal e concessionárias em geral, trouxe previsões específicas sobre a formulação e o desenho da convenção de arbitragem em procedimentos arbitrais com o Poder Público. Retira-se dos seus artigos 5º e 6º, respectivamente:

> DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM
> [...]
> Da cláusula compromissória
> Art. 5º. Os contratos de parceria abrangidos por este Decreto poderão conter cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias.
> § 1º. A cláusula compromissória, quando estipulada:
> I - constará de forma destacada no contrato;
> II - estabelecerá critérios para submissão de litígios à arbitragem, observado o disposto nos art. 2º e art. 3º;
> III - definirá se a arbitragem será institucional ou *ad hoc*; e
> IV - remeterá à obrigatoriedade de cumprimento das disposições deste Decreto.
> § 2º. Na hipótese de arbitragem institucional, se a câmara arbitral não for definida previamente, a cláusula compromissória deverá estabelecer o momento, o critério e o procedimento de escolha da câmara arbitral dentre aquelas credenciadas na forma prevista no art. 8º.
> §3º. Os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias poderão ser aditados, desde que seja estabelecido acordo entre as partes.
> [...]
> Do compromisso arbitral
> Art. 6º. Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. [...]
> Art. 7º. São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral, além daquelas indicadas no art. 10 da Lei nº 9.307, de 1996:
> I - a determinação do local onde se desenvolverá a arbitragem; e
> II – a obrigatoriedade de cumprimento das disposições deste Decreto.

De pronto, conclui-se das previsões acima que o Decreto Federal nº 10.025/2019 seguiu a lógica do ordenamento jurídico brasileiro e dividiu o gênero convenção de arbitragem entre as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Desse modo, para um efetivo e célere afastamento da jurisdição estatal, é importante que as partes tenham zelo no momento da redação da cláusula compromissória, seja no sentido de indicar precisamente qual será a Câmara responsável para a administração do litígio,

---

Procedimentos Arbitrais envolvendo a Administração Pública: comentários a partir do Decreto Federal nº 10.025/2019. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 09 Jul. 2020. Disponível em: investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direito-administrativo/337994-a-convencao-de-arbitragem-em procedimentos-arbitraisenvolvendo-a-administracao-publica-comentarios-a-partir-do-decreto-federal-no 100252019. Acesso em: 04/08/2022).

submetendo-se o procedimento ao regulamento desta, seja instituindo um procedimento claro para a instauração de um procedimento arbitral *ad hoc*.

No caso das arbitragens envolvendo a Administração Pública, o cuidado deve ser redobrado. Por essa razão, o Decreto Federal nº 10.025/2019 tratou de especificar alguns pontos que devem ser respeitados e observados pelas convenções arbitrais celebradas com os entes públicos. Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Fainwichow Estefam, na já citada obra *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*, e tendo por base o Decreto Federal nº 10.025/2019, destacam alguns desses pontos que devem ser observados pela convenção de arbitragem. São eles:[146]

> (i) Esclarecer a forma de instituição do processo arbitral, isso é, se ele vai se dar de maneira *ad hoc* ou institucional;
> (ii) O critério de julgamento ser o de direito e que seja aplicado o ordenamento jurídico nacional;
> (iii) A sede da Arbitragem ser a sede da Administração;
> (iv) O idioma oficial do processo arbitral ser o português;
> (v) Observância do princípio da publicidade;
> (vi) Observância dos prazos fixados no artigo 8º do Decreto Federal nº 10.025/2019.

De forma sucinta, analisa-se cada um desses preceitos e suas implicações.

3.2.1.1. Arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc*

Quanto ao primeiro preceito, isto é, a forma de instituição da arbitragem, importante destacar que o artigo 5º, § 1º, inciso III, do Decreto Federal nº 10.025/2019, dispõe que, quando o contrato de parceria pública estipular cláusula compromissória para a resolução de conflitos, existe a necessidade de se definir se os conflitos serão resolvidos por arbitragem institucional ou *ad hoc*. Neste ponto, cabe uma breve e simples distinção entre as duas possibilidades.

Nas arbitragens institucionais, as partes submetem o procedimento às regras estipuladas no regulamento da Câmara de Arbitragem que administrará o litígio. Por sua vez, nas arbitragens *ad hoc* são as próprias partes que estabelecem quais as regras procedimentais

---

[146] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 93-94.

da avença, ou, na ausência de estipulações prévias, submetem-se às determinações dos árbitros escolhidos.[147] [148]

Apesar da escolha entre arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc* estar intimamente ligada à autonomia da vontade das partes, é de se ressaltar que, geralmente, a escolha pelas arbitragens institucionais é mais interessante à segurança procedimental, sobretudo pelo fato de vincular o litígio às regras de procedimento previamente estipuladas por Câmaras Arbitrais especializadas.

Na mesma linha de entendimento, Gustavo da Rosa Schmidt destaca que apesar das partes terem a liberdade de decidir por qualquer um dos dois modelos, quando se trata de procedimentos arbitrais com os entes públicos, é preferível que se adote o modelo institucional, já que tende a minimizar as chances de o procedimento arbitral acabar judicializado. Afinal, na arbitragem institucional é a Câmara que será responsável por uma série de decisões atinentes ao procedimento, como nomeação/impugnação dos árbitros, honorários, ou mesmo questões relativas a uma possível extensão da cláusula compromissória a terceiros, existência de jurisdição arbitral, entre outros pontos.[149]

Mesmo entendimento é adotado por Ricardo Yamamoto, ao destacar que hoje é quase consenso que se deve dar preferência a uma arbitragem institucionalizada, uma vez que já dispõe de regras instituídas, que já foram testadas na prática.[150] Inclusive, o autor sublinha que

---

[147] 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.

[148] A arbitragem *ad hoc* pode ser definida como aquela que é conduzida de acordo com regras definidas pelas próprias partes ou estabelecidas por tribunal arbitral. Nesse aspecto, as partes podem estabelecer suas próprias regras quanto ao procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral. São os seguintes os comentários do arbitralista Martins Hunter quanto a esse modelo de arbitragem: "Esse conjunto de regras especialmente elaborado geralmente será estabelecido em uma submissão formal à arbitragem, que será negociada e acordada assim que uma disputa surgir. Entre outros pontos, geralmente confirmará o estabelecimento do tribunal arbitral, estabelecerá o direito material e o local (ou 'sede') da arbitragem e detalhará as demais regras processuais sobre as quais as partes tenham acordado para a apresentação de documentos, depoimentos de testemunhas, etc. Pode também prever que o tribunal seja assistido por um assistente administrativo" (Tradução livre do original: "Such a specially drawn set of rules will usually be set out in a formal Submission to Arbitration, which will be negotiated and agreed once a dispute has arisen. Amongst other things, it will usually confirm the establishment of the arbitral tribunal, set out the substantive law and the place (or 'seat') of the arbitration, and detail any procedural rules upon which the parties have agreed for the exchange of documents, witness statements, and so forth. It may also provide for the Tribunal to be assisted by an administrative assistant") (BLACKABY, Nigel et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** 50. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 53).

[149] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 68.

[150] *Opus citatum*, p. 80.

o próprio inciso V do artigo 3° do Decreto Federal n° 10.025/2019[151] dispõe sobre essa preferência.

3.2.1.2. Arbitragem de Direito

Quanto ao segundo preceito, a aplicação do direito brasileiro, este decorre do princípio constitucional da legalidade que envolve os atos da Administração Pública, insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Uma vez que a Administração deve atuar de acordo com o Direito que está posto, os seus conflitos devem também ser resolvidos com base nesse ordenamento.[152] Embora o artigo 2° da Lei de Arbitragem[153] enuncie que as partes possuem liberdade para definir as regras de direito que serão aplicadas em um processo arbitral, o que inclui poder optar pelo julgamento por equidade, tal possibilidade, em virtude do princípio constitucional da legalidade, não se aplica às arbitragens que envolvam o Poder Público. Assim, não pode haver decisões arbitrais tomadas com base na equidade quando em um dos polos estiver a Administração Pública.

Inclusive, a vedação ao uso da equidade foi expressamente determinada após a reforma da Lei n° 9.307/1996, que incluiu o § 3° ao artigo 2° e dispôs o seguinte: "§3° A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.".

Importante apontar, contudo, que a determinação acima não impede que se utilize o princípio da equidade para a interpretação das normas aplicáveis ao caso. O que a lei proíbe é que o julgamento se dê com base, única e exclusivamente, na ideia de equidade, em desrespeito ao direito posto e, consequentemente, ao princípio da legalidade.

3.2.1.3. Sede da arbitragem

A terceira peculiaridade, a necessidade de a sede do procedimento arbitral ser o da Administração, tem razão de ser por causa de previsões como as do artigo 55, § 2°, da Lei n°

---

[151] Art. 3°. A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: [...] V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional.

[152] Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara esclarecem que "a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo). A decisão por equidade é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar", razão pela qual a Administração não pode se vincular a uma decisão por equidade. (CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. **O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de direito administrativo, vol. 248. São Paulo: Atlas: Fundação Getúlio Vargas, mai./ago., 2008, pp. 118-126, p. 121).

[153] Art. 2° A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.

8.666/93 (Lei das Licitações)[154], artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs),[155] e artigo 23-A da Lei 8897/95 (Lei das Concessões Comuns).[156]

Há de se destacar, contudo, que alguns contratos internacionais exigem que a realização da arbitragem se dê em um país neutro, isso é, que o procedimento não seja realizado na sede de nenhum dos envolvidos no conflito. Nesses casos, desde que não se trate de parceria público-privada, visto a expressa previsão legal, a arbitragem poderá ser realizada no exterior.[157]

3.2.1.4. Idioma

Quanto à quarta peculiaridade, é inegável que a preferência pela língua portuguesa, além de facilitar a fiscalização posterior por órgãos de controle e por tribunais,[158] é imperativo que vai ao encontro do princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada, além de perfectibilizar a ideia insculpida no artigo 5º da Lei nº 15.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) ao prever que o Estado deve assegurar o acesso à informação sobre o trato das coisas públicas "de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão".

Até mesmo nesse sentido, importa destacar desde agora que a observância do princípio da publicidade, embora seja também uma das peculiaridades no que diz respeito aos processos arbitrais envolvendo o Poder Público, é assunto que merece análise aprofundada. É notória a importância do tema no estudo da arbitragem com a Administração Pública, razão pela qual este trabalho optou por tratar esse assunto em tópico específico, no capítulo final desta pesquisa.

3.2.1.5. Prazos

---

[154] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei.

[155] 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.

[156] 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.

[157] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 51, ano XIII, p. 7-21, jul./set. 2016. p. 17.

[158] YAMAMOTO, Ricardo. *Opus citatum*, p. 65.

Quanto ao quinto e último ponto, não são necessárias maiores digressões. O Decreto Federal nº 10.025/2019 prevê, em seu artigo 8º, os prazos que devem ser observados pelas partes no decorrer do procedimento arbitral.[159]

A bem da verdade, quanto ao tema dos prazos e a arbitragem com a Administração Pública, o mais válido é se afastar a falsa polêmica da necessidade de prazo em dobro para a Administração Pública nos processos arbitrais em que seja parte. Isso porque, na arbitragem, diferentemente do Poder Judiciário estatal, inexiste um prazo definido para cada uma das respostas das partes, ao passo que, por exemplo, o costumeiro prazo de 15 dias úteis para a apresentação de respostas previsto no Código de Processo Civil, inexiste na arbitragem, já que as partes podem convencionar os prazos da maneira que melhor entenderem e melhor se adequarem às suas necessidades. Em resumo, é dizer que se a Administração Pública "precisa de um tanto de prazo para formular suas respostas, basta convencioná-lo de modo igual para todas as partes, sem qualquer prejuízo à paridade dos litigantes".[160]

Dessa forma, e analisadas as peculiaridades apresentadas acima, pode-se identificar uma série de orientações e questões que devem ser observadas quando o processo arbitral envolver a Administração Pública.

3.3. ARBITRABILIDADE DOS CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme apontado nas considerações iniciais deste capítulo, além do estudo das peculiaridades da arbitragem com a Administração Pública, é de suma importância, para que se responda a pergunta que norteia esta pesquisa, um estudo da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública.

De modo assaz direto, pode-se definir a arbitrabilidade como a possibilidade ou autorização para que uma matéria seja dirimida pela via arbitral. Nessa linha, a arbitrabilidade é um dos requisitos de validade da convenção arbitral, uma vez que serve como critério de admissibilidade para que um conflito possa ser resolvido por arbitragem. Portanto, "não é

---

[159] Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:
I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e
II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem.
Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

[160] MEGNA, Bruno Lopes. *Opus citatum*, p. 249.

qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfação os requisitos de admissibilidade pela lei".[161]

Nesse caminho, já em seu primeiro artigo, a Lei de Arbitragem estabelece que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".[162] Dessa previsão, que em outras palavras determina que poderão valer-se da arbitragem as pessoas que sejam capazes de contratar e que estejam discutindo matérias que sejam de direito patrimonial disponível, retiram-se as duas espécies do gênero arbitrabilidade: a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva.

Gustavo da Rosa Schmidt faz precisa e didática explicação da divisão acima. O autor esclarece que a "arbitrabilidade subjetiva delimita quais são as pessoas que podem valer-se do juízo arbitral para a resolução de conflitos",[163] enquanto a "arbitrabilidade objetiva delimita as matérias que podem ser equacionadas pela via do procedimento arbitral".[164] [165]

De qualquer forma, quando se trata da arbitrabilidade em um contexto de conflitos que envolvem a Administração Pública, esse tema ganha novos relevos. Já no início dos anos 80 apontava Georges Delaume: "A presença do Estado no conflito colore o procedimento arbitral".[166] Isso porque o Estado conserva, como bem exploram Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio, "o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem. [...] Nesse caso, diz-se que o litígio não é possível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável".[167]

---

[161] MAGALHÃES JUNIOR, Danilo Brum de. **Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro.** Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2018, p. 90.

[162] BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasil: 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28/08/2022.

[163] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Opus citatum*, p. 51.

[164] *Idem, ibidem.*

[165] Em obra anterior à Reforma da Lei de Arbitragem, trazia Eugênia Cristina Cleto Marolla aqueles que seriam os principais desafios da aplicação da arbitragem no âmbito público: "As discussões que vêm ocorrendo em âmbito interno há pelo menos 15 anos decorrem desse binômia legalidade/interesse público, sob o qual se assenta o regime jurídico de direito público. Questiona-se, assim, (i) se em razão do princípio da legalidade há necessidade de autorização legal expressa e específica para que a Administração Pública faça uso da arbitragem e (ii) se o princípio da indisponibilidade do interesse público é incompatível com o requisito objetivo do artigo 1º da Lei 9.307/96, segundo o qual apenas os direitos patrimoniais disponíveis é que podem ser submetidos à arbitragem". (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A Arbitragem e os contratos da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 58).

[166] No original: "the presence of the state as a party to the dispute gives a coloration to the arbitration process" (DELAUME, Georges R. **State contracts and transnational arbitration**. The American Journal of International Law, v. 75, n. 4. 1981. p. 784-819. Disponível em: www.jstor.org/stable/2201354. Acesso em: 25/05/2022).

[167] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Arbitrabilidade.** In: Direito Internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Assim, analisam-se, separadamente, os temas da arbitrabilidade subjetiva e da arbitrabilidade objetiva quando colocados no contexto de um conflito que tem em um dos seus polos um ente da Administração Pública.

3.3.1. Arbitrabilidade subjetiva: a questão da legalidade

Como apontado anteriormente, a arbitrabilidade subjetiva está prevista na primeira parte do artigo 1° da Lei n° 9.307/96, mais especificamente na previsão "pessoas capazes de contratar". Nesse aspecto, "na dimensão subjetiva, a LArb estabelece que apenas as pessoas capazes de contratar, poderão subscrever uma convenção de arbitragem".[168]

No que se refere à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, por algum tempo existiu no campo jurídico nacional uma verdadeira confusão quanto ao tema. Uma parte significativa de juristas (a opinião de alguns deles será explorada em seguida) defendia que a Administração Pública não poderia se submeter à arbitragem uma vez que seria necessária norma legal expressa que autorizasse tal expediente, sob pena de se ferir o princípio da legalidade da Administração Pública. Em resumo, a discussão jurisprudencial e doutrinária era a de que não seria suficiente, ao se tratar de Administração Pública, a autorização legal da já citada previsão geral da Lei de Arbitragem.[169] [170]

Em acréscimo, havia também os autores que restringiam a utilização do instituto no âmbito da Administração Pública apoiando-se em suposto óbice presente no artigo 55, § 2°, da Lei n° 8.666[171] – além de apontarem a hipotética necessidade de norma legal expressa autorizando a sua aplicação. Nessa direção, pode-se indicar trecho de trabalho do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em publicação datada do ano de 2003:

---

[168] ROQUE, André Vasconcelos. **A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 33, 2012. p. 304.

[169] Lúcia Valle Figueiredo, em oposição à utilização da Arbitragem na Administração Pública, fundamentava sua posição a partir de três motivos: (i) a arbitragem é destinada aos interesses disponíveis e por isso não poder estar vinculada à questões em que o interesse público está envolvido; (ii) o desrespeito às regras constitucionais de direitos individuais, visto que as sentenças arbitrais não estão sujeitas a recursos; e (iii) o fato das regras de competência de questões envolvendo a União serem de prerrogativas constitucionais, não podendo serem derrogadas por legislação infraconstitucional. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115-116).

[170] SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 215.

[171] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei.

> De todo modo, ainda que não houvesse norma em sentido exatamente contrário na mesma lei, seria implausível supor que a aplicação supletiva de 'princípios da teoria geral dos contratos', referida no art. 54 da Lei no 8.666/93, aos quais se deve recorrer apenas após esgotados o arsenal teórico do direito público, pudesse servir de fundamento legal para o ajuste de arbitragem. A compreender a norma nesse sentido, qualquer instituto de direito privado, e especificamente de teoria geral dos contratos, poderia ser livremente empregado pelo administrador público, em burla evidente ao princípio da legalidade. [...] A Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu art. 55, §2º, a obrigatoriedade de se incluir, nos contratos firmados pela Administração, cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. Assim, a referida lei não apenas não autoriza a arbitragem, como veda, logicamente, sua previsão.[172]

O referido ministro, cumpre apontar, voltou a se manifestar em sentido semelhante no ano de 2012, oportunidade em que, mesmo com uma opinião tendente ao uso da arbitragem pela Administração Pública, destacou que embora entendesse que em determinados casos a Administração Pública pudesse se submeter à arbitragem, não era da sua compreensão que isso devesse se dar com a mesma facilidade com que ocorre com os particulares, devendo ser respeitados alguns requisitos adicionais.[173] Um desses requisitos seria, justamente, a existência de lei específica que autorizasse a Administração a se submeter à arbitragem.[174]

A autora Suzana Domingues Medeiros, em artigo intitulado "A arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro", seguia na mesma linha:

> No tocante à arbitrabilidade subjetiva, verificamos que o princípio da legalidade constitui um pressuposto necessário à utilização da arbitragem pelo Estado e entes da Administração Pública. Em razão desse princípio, a Administração, além de só poder fazer aquilo que não é vedado por lei, também só pode fazer o que é expressamente permitido por lei. Ou seja, não basta não haver lei impedindo, deve haver lei expressamente autorizando a prática da arbitragem. Ao analisarmos a legislação nacional de Direito Administrativo, constatamos que o art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/93, constitui sério obstáculo à utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública no âmbito dessa lei e não concordamos com aqueles que veem no artigo 54 uma autorização à utilização da arbitragem.[175]

Embora se respeitem os posicionamentos referidos acima, especialmente em virtude

---

[172] BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público. Cláusula Arbitral inserida em Contrato Administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade.** In: Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

[173] BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs). *Licitações e contratos Administrativos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1257-1293, p. 1274.

[174] Idem.

[175] MEDEIROS, Suzana Domingues. **Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

da época em que foram proferidos, discorda-se deles em sua totalidade. Isso porque a própria Lei de Arbitragem, antes mesmo da sua reforma, já resolvia esse impasse, quando permitia que os direitos patrimoniais disponíveis fossem resolvidos pelo instituto arbitral.[176]

Ora, é excessivo, e juridicamente desnecessário, que, mesmo com uma lei geral que de maneira indireta possibilitava a aplicação da arbitragem nas causas que envolvessem a Administração Pública, ainda fosse necessária uma previsão específica. Isso sem mencionar que, como já apontado neste trabalho, além da referida previsão geral, inúmeras leis esparsas do Direito Público trouxeram expressamente a possibilidade do recurso à arbitragem, como as já anteriormente exploradas Lei dos Serviços Públicos, das Parcerias Público-Privadas, entre outras. Não por diferente razão, já existiam autores que advogavam pela arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, antes, até mesmo, da publicação da Lei de Arbitragem. Por exemplo, o jurista Francisco Mendes Pimentel é autor que no início do século passado já apontava que

> [...] pode comprometer quem pode contratar. Ninguém nega que os Estados podem celebrar contratos. Ninguém duvida que essas convenções podem ser ajustadas entre essas pessoas jurídicas de direito público interno. Portanto, pelas regras de nosso "direito privado" pelas normas de nosso "processo civil" - podem os Estados [leia-se, a Administração Pública em geral] comprometer. [177]

Já no que se refere especificamente à alegação de que o artigo 55, § 2° da Lei n° 8666/93 era previsão legal que impedia a realização de arbitragem com a Administração Pública, utiliza-se dos argumentos do arbitralista Carlos Alberto Carmona, que rebatem, de forma direta e bem fundamentada, o suposto impedimento normativo:

> É preciso notar, antes de mais nada, que a Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através de transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao poder judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica. [...] Quer a Lei de Licitações apenas isto: que as partes convencionem expressamente que eventuais demandas levadas ao Poder Judiciário sejam decididas na sede da Administração, excluídos os demais foros (domicílio do licitante, lugar do gato, local onde está situada a coisa), de sorte a facilitar a defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados, Municípios, Autarquias ou empresas públicas) em eventuais demandas). [...] Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos administrativos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração), estarão apenas

[176] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Opus citatum*, 2016, p. 79.
[177] PIMENTEL, Francisco Mendes. RF 16:35, jul./dez, 1916.

> determinando que o eventual concurso do juiz togado para a realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência (atos que impliquem a utilização de coerção, execução da sentença arbitral, execução de medidas cautelares) sejam realizados, em princípio, na comarca escolhida.[178] [179]

De qualquer forma, como já apontado no início deste tópico, após a publicação da Lei nº 13.129/2015, as discussões atinentes à arbitrabilidade subjetiva da Administração esvaíram-se. Gustavo da Rocha Schmidt faz um resumo perfeito do anterior cenário e do contexto atual:

> 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 8.666/93. 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 edição da Lei 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 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 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. [...] Abre-se um leque de possibilidade 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.[180]

Como se verifica, portanto, no que se refere à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, antigas controvérsias e polêmicas foram sanadas com a publicação da Lei nº 13.129/15. Ao prever expressamente a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem, qualquer controvérsia adicional referente à arbitrabilidade subjetiva, hoje, não passa de uma injustificada resistência daqueles que ainda insistem em negar a existência do instituto para o Poder Público.

Contudo, o mesmo não se pode dizer no que tange à arbitrabilidade objetiva. Esta ainda é palco de inúmeras discussões. Passa-se à análise do tema.

3.3.2. Arbitrabilidade objetiva: a questão dos direitos patrimoniais disponíveis

---

[178] CARMONA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 48.

[179] Na atualidade essa discussão perdeu todo o sentido. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) expressamente prevê, no seu capítulo XII, entre os artigos 151 a 154, a possibilidade de que se utilize a arbitragem.

[180] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Opus citatum*, p. 52.

Como bem observa Carlos Alberto Carmona, mais do que a capacidade de se colocar um litígio perante árbitros, é imprescindível que essa desavença incida sobre direito patrimonial disponível.[181] Nunca é demais rememorar que a arbitragem comporta-se como instituto em que "a parte pode submeter à arbitragem determinada matéria quando é livre para dispor acerca dos meios de solução dos litígios relativos a tal matéria - ou seja, quando não é obrigada pelo ordenamento a submeter esses litígios ao Poder Judiciário".[182] É dizer, em outras palavras, que a disponibilidade, em âmbito arbitral, nada mais é do que a possibilidade de se resolver um conflito de determinadas matérias pela via arbitral – isto é, um conflito que não necessária e obrigatoriamente deva ser resolvido pelo Poder Judiciário estatal.

Ocorre que, embora essa restrição aos direitos patrimoniais disponíveis seja aplicável a todas as arbitragens regidas pela legislação brasileira, o tema é revestido de algumas peculiaridades próprias quando se trata de procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública.[183]

Nessa linha, a grande controvérsia que envolve a arbitrabilidade objetiva no Direito Administrativo é aquela que discute se o princípio da indisponibilidade do interesse público

---

[181] CARMONA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 47.

[182] PEREIRA, Cesar Guimarães. **Arbitragem e Administração.** *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Enciclopédia jurídica da PUC- SP: tomo direito administrativo e constitucional. Coordenação de tomo Vidal Serrano Nunes Jr.; Maurício Zockun; Carolina Zancaner Zockun; André Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>. Acesso em: 23//2022.

[183] Sobre esse tema, são válidos os apontamentos registrados por Egon Bockmann Moreira: "Se um dia houve incertezas, hoje é inequívoco que a Administração Pública brasileira pode valer-se de métodos autônomos e não-adversariais para a solução de controvérsias (conciliação e mediação), bem como recorrer a soluções heterônomas e não-jurisdicionais (arbitragem). Melhor dizendo: a Administração Pública tem o dever de se esforçar ao máximo para prestigiar aquela solução que, simultaneamente, não resulte na multiplicação de ações perante o Poder Judiciário e concretize a boa-fé e a eficiência. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. Assim, o prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário — que só pode ser acionado em último caso [...] Quem regerá a escolha administrativa será a combinação do caso concreto com a norma jurídica que o rege (legal, regulamentar e contratual), em vista dos direitos e interesses postos em jogo " (MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, arbitragem e controle externo. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/administracao-publica-arbitragem-e-controle-externo-4716pmigha5z0l6u2zw07v28d/. Acesso em: 23/07/2022.)

teria o condão de tornar indisponíveis todos os bens e direitos protegidos pela Administração Pública, o que consequentemente impossibilitaria o uso da arbitragem.[184] [185]

Em pesquisa realizada por Eugenia Cristina Cleto Marolla, duas foram as correntes identificadas sobre o tema: (i) a existência de uma incompatibilidade entre a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade patrimonial que é requerida pela Lei nº9.307/96; e (ii) a finalidade da atuação do Estado, isto é, a possibilidade de existirem alguns direitos disponíveis de caráter patrimonial.[186]

A primeira corrente é seguida por autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo,[187] Sidney Bittencourt,[188] Ricardo Marcondes Martins (*vide* posicionamento mais a frente) e, em certa medida, Alexandre Freitas Câmara nos seus primeiros posicionamentos sobre o tema,[189] para quem os interesses públicos, por serem próprios da

---

[184] No campo do Direito Civil, diz-se que o "direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito" (MATTOS NETO, Antônio José de. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais. n 122, 2005. p. 151-166).

[185] Já a definição para indisponibilidade do interesse público, que, inclusive, por muitos anos serviu como uma das barreiras à arbitragem no âmbito da Administração Pública, é aquela oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Na visão do autor, "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como 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 predispuser a intentio legis" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 76).

[186] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Opus citatum*, p. 79.

[187] A saudosa professora e eminente magistrada Lúcia Valle Figueiredo manifestou-se, em comentário ao inciso XV do artigo 23 da Lei nº 8.987/95, contrária à adoção da arbitragem nos seguintes termos: "Por força do dispositivo do inciso XV do art. 23 da Lei no 8.987/95, que dispõe ser necessário constar do contrato o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais, cogitou-se da possibilidade de se utilizar o juízo arbitral. Ocorre que, consoante pensamos, o juízo arbitral, nos termos da Lei no 9.307, de 23.09.199, estaria, com a vênia devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado. A uma, porque se destina aos direitos disponíveis, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público. Demais disso, nos termos do art. 18 da mencionada Lei no 9.307/96, 'o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário', o que implicaria impossibilidade de haver recurso ao Judiciário, em franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5o, incisos XXXV, LXIX, LXX, LXXIII). Além disso, as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo, à evidência, ser derrogadas por legislação infraconstitucional. Nem se fale que Estados, Municípios e Distrito federal poderiam dispor sobre arbitragem na legislação que fizessem, respeitadas as normas gerais nacionais. Não podem. Evidentemente, as normas de arbitragem caracterizam-se como normas de processo civil, cuja legislação está afeta privativamente à União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição da República". (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.)

[188] Para o autor, apenas nos contratos em que a Administração Pública atua como agente privado, isto é, nos contratos submetidos, predominantemente, ao direito privado, é que se pode adotar a arbitragem. (BITTENCOURT, Sidney. **A cláusula de arbitragem nos contratos administrativos.** Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública – DCAP, Rio de Janeiro, n. 9, p. 5-12, set. 2000).

[189] Em posições mais antigas sobre o tema, no ano de 2005, o autor defendia a tese da impossibilidade de se utilizar a arbitragem para solucionar controvérsias de direito público interno, pois as entendia como indisponíveis, exigindo consequentemente a intervenção do Estado e afastando a incidência do disposto no artigo 1º da Lei de

coletividade, não se encontram à disposição para serem julgados por árbitros. Entendem os mencionados autores que os conflitos que envolvem o Poder Público devem ser apreciados e resolvidos apenas pelo Poder Judiciário, haja vista a sua indisponibilidade.[190] São as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> 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 desse 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 estrutura, pertinentes à sociedade como um todo e, bem 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.[191]

Ainda nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins também expôs sua contrariedade à adoção da arbitragem pela Administração Pública. Veja-se excerto retirado de uma das suas publicações sobre o tema:

> Se o empresário brasileiro afirmasse na Europa ocidental a desconfiança no Judiciário europeu, muito provavelmente, mais do que desprezado, seria alvo de descortesias. Aqui, diante de uma imprensa que faz a cabeça da população ignorante, de Poder Executivo e Legislativo corruptos, de uma ciência jurídica ainda incipiente, de uma cultura xenófila, as pretensões estrangeiras encontraram

---

Arbitragem. O autor advogava pela submissão do Estado ao processo arbitral apenas naqueles atos negociais em que a Administração Pública assumia posição jurídica de igualdade com o particular, sujeitos ao regime de direito privado: "Não se pode também deixar de afirmar que o Estado pode utilizar a arbitragem quando o conflito de interesses diga respeito aos atos negociais que ele pratica. Nestes atos, como se sabe, o Estado assume uma posição de igualdade com o outro sujeito da relação jurídica que se forma, sendo correto que tais atos negociais são regidos pelas normas de direito privado. Assim sendo, torna-se possível levar-se a um árbitro a solução do conflito. O mesmo não se dará, obviamente, quando o litígio se originar em relação jurídica em que o Estado seja sujeito e que provenha de um contrato administrativo. Nesta hipótese, torna-se inviável a arbitragem, em razão da própria natureza da causa. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei no 9.307/96.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.)

[190] Nesse aspecto, e em oposição a essa ideia, importante pontuar a visão de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, para quem a "linha de argumentação desenvolvida para fundamentar essa ideia é bastante simplista: como a arbitragem só teria cabimento sobre direitos disponíveis, ela estaria invariavelmente afastada dos direitos relativos à Administração, uma vez que estes seriam, todos, por força do aludido princípio, indisponíveis. O raciocínio é linear, fácil de ser assimilado e, talvez por isso, acabe exercendo um efeito sedutor em alguns intérpretes. No entanto, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público ao presente tema mostra-se completamente fora de contexto e, consequentemente, inadequada. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Opus citatum*. p. 119).

[191] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs)**, **Migalhas,** 12 jan. 2006. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps. Acesso em: 02/06/2022.

> terreno fecundo. Tornou-se comum a inserção de cláusulas arbitrais nos contratos de concessão.[192] [193]

Ocorre que o grande equívoco surgido nesse tema, sendo essa a linha de defesa da segunda corrente elencada por Eugenia Cristina Cleto Marolla, é a confusão feita entre disponibilidade de direitos patrimoniais[194] e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.[195] É que, ao se considerar o interesse público como a finalidade da Administração Pública, tem-se, de fato, um direito indisponível. Todavia, isso não significa que todas as ações praticadas em âmbito administrativo, ou mesmo os bens da administração, sejam indisponíveis. São das palavras do Ministro Eros Grau que se retira o melhor entendimento da questão:

> Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los para 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 daquele.[196]

Logo, o princípio da indisponibilidade do interesse público, em si, não é obstáculo para o uso da arbitragem com o Poder Público. Até mesmo porque, como já se expôs,

---

[192] MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema.** Interesse Público (Digital), v. 64, 2010, p. 85-104.

[193] Importante esclarecer que, mais recentemente, em publicação de 2021, o autor reviu em parte sua posição, mas manteve firme seu entendimento de que a utilização da arbitragem pela Administração Pública é, tendo em vista a realidade brasileira, incompatível com a atual Constituição nacional. Retira-se da introdução de seu artigo intitulado "Arbitragem Administrativa à luz da Constituição Federal": "Em 2010, publiquei um estudo sobre a arbitragem no prestigiado periódico interesse Público -IP', coordenado pelo Professor Juarez Freitas. Atribuí ao estudo o título 'Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema'. No ano seguinte, republique-o no prestigiado periódico coordenado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Em 2015, revi o trabalho e o republiquei, com alterações, no Capítulo 2 de minha obra Estudos de direito administrativo neoconstitucional, capítulo que denominei 'Interesse Público e Arbitragem'. Passados seis anos da republicação, e 11 da publicação original, o Professor Rafael Valim convidou-me a revê-lo. Para minha perplexidade, é, até hoje, pela minha pesquisa, senão o único, um dos raros estudos radicalmente contrários à utilização da arbitragem pela Administração brasileira. De lá para cá, houve alteração do direito positivo, e a doutrina brasileira, quase unanimemente, defende-o ardorosamente. De minha parte, depois de participar de vários debates sobre o tema e de refletir bastante sobre ele, revejo meu estudo, mas contínuo convencido de que a utilização da arbitragem pela Administração Pública é, tendo em vista a realidade brasileira, incompatível com a Constituição vigente." (*Idem*. **Arbitragem administrativa à luz da Constituição Federal.** Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 18. ano 5. p. 153-181. São Paulo: Ed. RT,jul./set. 2021).

[194] A respeito do conceito de "patrimonialidade", pode-se consultar: COSTA, Almeida. **Direito das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 63-66; VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991. v. 1. p. 102-107; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2-6; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

[195] CARMONA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, 2009, p. 45.

[196] GRAUS, E. R. Arbitragem e Contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 32, p. 20, 2000.

a arbitragem *lato sensu* e seu procedimento restam dispostos na Lei Federal nº 9.307/1996, já em seu artigo 1º, § 1º. São pertinentes as palavras de Alexandre Santos de Aragão:

> A limitação objetiva da arbitralidade envolvendo a Administração, com base nessa importação apressada do conceito civilista de "direitos disponíveis", conduziria, no limite, à disparatada conclusão de que qualquer contrato administrativo seria, de per se, juridicamente proscrito. Nessa linha, em recente estudo doutrinário, registrei que "se a Administração Pública pode celebrar contratos e [deve] cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são 'disponíveis' para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são 'indisponíveis' para vedar que as controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem.[197]

De qualquer forma, as correntes doutrinárias que justificam a utilização da arbitragem pelo Poder Público, em âmbito de arbitrabilidade objetiva, são as mais diversas. Isto é, a doutrina se utiliza dos mais variados critérios para determinar se uma matéria é ou não arbitrável do ponto de vista objetivo.

Felipe Faiwichow Estefam, em sua obra *Cláusula Arbitral e Administração Pública*, e Eugênia Cristina Cleto Marolla, em sua obra *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*, sintetizam as principais correntes adotadas pela doutrina para auxiliar na definição de disponibilidade dentro do Direito Administrativo. São elas: (i) atos de império e de gestão; (ii) interesses públicos primários e secundários; (iii) direitos transacionáveis ou renunciáveis; (iv) ordem pública; (v) direitos alienáveis; e (vi) o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão.[198] Dada a sua relevância para esta investigação, faz-se uma breve análise de cada uma dessas correntes.[199]

---

[197] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Arbitragem no Direito Administrativo.** Revista da AGU, Brasília, v. 16, n. 03, 30 set. 2017, p. 29.

[198] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 95; e MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Opus citatum*, 2016, p. 215.

[199] Importante consignar que alguns autores preferem analisar a questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública exclusivamente sob o enfoque da disponibilidade, isto é, sem utilizar nenhuma dessas correntes que serão apresentadas por esta pesquisa. Um desses exemplos é o da autora Aline Lícia Klein, que, fazendo uso dos ensinamentos de Eduardo Talamini, expõe seu posicionamento nos seguintes termos: "A disponibilidade de que trata o art. 1º da Lei de Arbitragem pode ser avaliada sob dois enfoques distintos. Mais especificamente, é passível de ser analisada na perspectiva de dois grupos de direitos. Um deles diz respeito a abrir mão da submissão da controvérsia à justiça estatal. É essa a disposição que aparece em primeiro plano. Autoriza-se que a controvérsia seja solucionada não pelo aparato judicial estatal mas sim por árbitros, escolhidos de acordo com critérios definidos pelas partes. Submeter o litígio a solução arbitral não implica renúncia ao direito mate- rial envolvido na controvérsia. Este poderá ou não ser reconhecido à Administração ao final do processo. (...) Assim, a disponibilidade é relacionada com a possibilidade de dispensar a intervenção da justiça estatal para a definição da situação. Nos casos em que a própria Administração poderia definir a questão unilateralmente ou em comum acordo com o particular, opta por submetê-la ao juízo arbitral. (...) Numa segunda acepção, a disponibilidade está

3.3.2.1. Atos de império e de gestão

A primeira corrente seria aquela que, como o próprio nome já indica, distingue as matérias entre atos de império e atos de gestão, para determinar se um assunto é ou não arbitrável.

Essa teoria foi muito utilizada, no passado, para fins de responsabilidade. Os atos de império eram considerados coercitivos, uma vez que eram consequências diretas do poder do Estado; enquanto os segundos, os atos de gestão, teriam uma maior proximidade com atos jurídicos do direito privado.[200] Desse modo, apenas os atos de gestão eram passíveis de responsabilização, não sendo possível pleitear uma indenização por aqueles atos que se enquadrasse no conceito de atos de império.[201]

Melhor explicando essa divisão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que os atos de império são aqueles praticados com base em uma ideia de privilégio de autoridade, impostos de forma unilateral e, até mesmo, regidos por um direito especial com prerrogativas muito maiores que o direito comum.[202] Já os atos de gestão são aqueles praticados, em certa medida, em pé de igualdade com os particulares, atentando-se principalmente para os atos que envolvem a conservação e o desenvolvimento do patrimônio público e a gestão dos serviços.[203]

Todavia, com o passar do tempo foi surgindo uma oposição a essa distinção (entre atos de império e atos de gestão), principalmente por dois motivos: era muito difícil, ou até mesmo impossível, enquadrar como atos de gestão todos aqueles contextos que envolvessem atos praticados pela Administração para a manutenção do patrimônio público e a realização dos seus

---

associada à possibilidade ou não de renúncia do direito material objeto do litígio. Trata-se de questão diretamente relacionada com o princípio da legalidade administrativa. O princípio é o de que, na ausência de disposição expressa autorizadora, as competências públicas não podem ser alienadas. A Administração não pode renunciar às suas competências nem pode cedê-las a terceiros, particulares ou pessoas públicas. Por isso, com certa frequência invoca-se a inalienabilidade do domínio público, do poder fiscal, do poder de polícia, do poder regulamentar e do poder de exercício da função pública em geral como impeditivos de renúncias a esse respeito. A partir disso, conclui-se pela impossibilidade de litígios que envolvem tais direitos constituírem objeto de compromisso arbitral. (...) Vale mencionar a precisa conclusão de Eduardo Talamini: 'Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível'" KLEIN, Aline Lúcia. **Arbitragem nas Concessões de Serviço Público.** *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-74.

[200] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 555.

[201] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 872.

[202] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 717-718

[203] *Idem, ibidem.*

serviços,[204] e, também, o fato de que em virtude dessa divisão, quando um ato fosse considerado de império, inexistiam chances de aquele que sofreu determinado dano ser indenizado.[205] Por essas razões, a distinção entre atos de império e de gestão, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, foi abandonada.

Todavia, como adiantado, no âmbito da arbitragem e Administração Pública ainda existem autores que utilizam essa divisão para auxiliar na definição do que é ou não arbitrável. Entre os que se filiam a essa linha encontram-se doutrinadores como Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, para quem os atos de império são inarbitráveis e os atos de gestão arbitráveis. São palavras dos autores:

> É tradicional no Direito Administrativo a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses "indisponíveis" do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando esta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.[206]

Assim, pode-se dizer que a síntese dessa teoria é que os atos de império são inarbitráveis (indisponíveis) e os atos de gestão arbitráveis (disponíveis).[207]

Embora este trabalho entenda e defenda a importância dessa distinção, far-se-ão algumas ressalvas.

Não seja apenas a sua inexatidão e imprecisão, aliadas ao fato de se tratar de uma teoria que, conforme demonstrado acima, foi utilizada para isentar a Administração Pública de

---

[204] *Idem*, *ibidem*.

[205] HUMENHUL, Hewerstton. **Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29.

[206] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA. Jacintho Arruda. *Ibidem*. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). Grandes temas de Direito Administrativo. Campinas: Editora Millennium, 2009.

[207] Carlos Alberto Carmona é outro autor que utiliza a distinção entre atos de império e atos de gestão para estabelecer seu entendimento sobre a questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública e a disponibilidade do direito: "[...] São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na ordem privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, "tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza". (CARMONA, Carlos Alberto. *Ibidem*, p. 47).

qualquer responsabilidade, ela parece reforçar um aspecto do Direito Administrativo que hoje se busca afastar, o aspecto *ex parte principis*, cujo foco está na estrutura do poder que tem o Estado, na sua exorbitância estatal e questões similares.[208]

Além disso, a inexatidão e imprecisão da teoria também causam preocupação. Joaquim Tavares de Paiva Muniz é autor que evidencia essa problemática:

> A bem da verdade, a postura do Estado brasileiro mostra-se dúbia. Apoia formalmente a arbitragem, mas deixa uma porta aberta para contestá-la quando lhe interessar, baseada no debate sobre arbitrabilidade objetiva, vale dizer, em que matérias podem ser resolvidas pela via arbitral. A doutrina distingue os atos de gestão conduzidos pelos entes estatais, tais como a concessão de atividades econômicas a entes privados, plenamente arbitráveis, dos atos de império, no qual o Estado agiria no interesse público e, portanto, não poderia submeter a arbitragem. Ocorre que os entes públicos muitas vezes usam essa teoria como uma "carta coringa": se lhe convém evitar a arbitragem, alegam que se trata de ato de império. Espera-se que a jurisprudência se consolide no sentido de que a regra geral é a plena arbitrabilidade de controvérsias decorrentes de contratos envolvendo entes públicos e que a exceção do "ato de império" muito raramente deve ser aplicada (se for, considerando que as teorias mais modernas de direito administrativo têm se afastado da dicotomia atos de império e de gestão).[209]

Assim, embora a utilização da divisão entre atos de império e atos de gestão seja uma das possibilidades colocadas pela doutrina para a definição do que seria ou não arbitrável, este autor é receoso quanto a essa abordagem, não a entendendo como a maneira mais adequada para se compreender o tema.

Em resumo e em conclusão, esta pesquisa rejeita a utilização indiscriminada dessa divisão por uma razão específica: a própria teoria da separação dos atos em de império e de gestão não consegue cravar, com precisão, quais matérias são atos de império e quais são de gestão, ao passo em que essa indefinição seria transportada para a arbitragem, mantendo-se justamente os problemas que se busca combater ao adotar essa divisão específica. Isso sem falar, é claro, do risco já apontado acima com base nos ensinamentos de Joaquim Tavares de Paiva Muniz, qual seja, o de que essa indefinição seja utilizada como forma de se limitar a utilização da arbitragem com a Administração Pública.

3.3.2.2. Interesses públicos primários e secundários

---

[208] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Alberto. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardem (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**: Malheiros, 2015, p. 89.

[209] MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Guia politicamente incorreto da arbitragem: IV: arbitragem e Estado: entre tapas e beijos.** Migalhas, 8 jul. 2015. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI222991,81042-Guia+Politicamente+Incorreto+da+Arbitragem+IV+Arbitragem+e+ Estado. Acesso em: 05/06/2022.

Outra distinção utilizada pela doutrina para tentar definir as matérias que no âmbito da Administração Pública seriam arbitráveis é aquela entre interesses públicos primários e secundários.[210]

Selma Lemes define o interesse público primário como sendo aquele em que o Estado "age como Poder Público, como órgão governativo do Estado, no desempenho de suas funções política e legislativa".[211] Já o interesse público secundário é definido pela autora como "quando a Administração, no desempenho da função administrativa adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos, age na prossecução do interesse público derivado ou secundário".[212] Inclusive, para a arbitralista, conforme será mais bem explorado posteriormente, é nessa prossecução do interesse público secundário que se encontraria a zona de influência da arbitragem.

Também nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia os interesses primários e secundários afirmando que o primeiro consiste nos interesses dos indivíduos como membros da sociedade, já o secundário se refere ao interesse particular, individual, do Estado como pessoa jurídica autônoma.[213] O referido autor se apoia na doutrina italiana, mais especificamente de Renato Alessi, para completar sua diferenciação, destacando que o interesse

---

[210] Importante alertar que neste tópico foram trazidos os posicionamentos de autores que utilizam essa divisão para defender a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para a resolução dos seus conflitos. Todavia, alguns doutrinadores usam e usaram essa mesma distinção para se oporem à arbitragem na resolução de conflitos em que o Poder Público esteja envolvido. Um desses doutrinadores é o já citado anteriormente autor Ricardo Marcondes Martins. Sintetiza seu posicionamento da seguinte forma: "[...] a teoria que sustenta a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração para os interesses disponíveis desta deve ser rechaçada porque a Administração, conceitualmente, não possui interesses disponíveis. O chamado interesse público secundário só é juridicamente reconhecido quando for coincidente com o primário. Interesse público secundário não coincidente com o primário não é tutelado pelo Direito, não é interesse jurídico. Por isso, a Administração, ao contrário do sustentado por Alessi, jamais pode dispor do interesse público secundário, enquanto interesse juridicamente reconhecido. De duas, uma: ou o interesse secundário é um interesse primário e, como tal, indisponível, ou não o é e, pois, não pode ser perseguido pela Administração. Assim, a Administração não pode valer-se da arbitragem para perseguir interesses patrimoniais disponíveis porque esses interesses 'disponíveis', sendo não coincidentes com o interesse primário, não são protegidos pelo Direito. Persegui-los, enfim, é atentar contra a ordem jurídica." (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Opus citatum.*

[211] LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 134.

[212] *Idem, ibidem.*

[213] São palavras do autor: "Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno). Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Opus citatum.*)

primário consiste no "complexo de direitos individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade", enquanto o secundário é "o interesse da Administração enquanto aparato organizativo, unitariamente considerado".[214] [215]

De qualquer forma, divisão muito didática entre o interesse público primário e o secundário é aquela adotada pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso. São as exatas palavras do autor:

> O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse

---

[214] No original: "Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente, l'interesse dell'amministrazione intesa come apparato organizzativo, sebbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esser concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario." (ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1978, v. 1, § 126, p. 200-201.)

[215] Em tradução livre de Renato Alessi, e ainda abordando essa diferenciação entre interesses públicos primários e secundários, Felipe Faiwichow Estefam destaca que "Pela doutrina de Renato Alessi, os interesses secundários e patrimoniais devem ser perseguidos por meios jurídicos estabelecidos pelo direito privado, haja vista que, para a satisfação desses interesses, a Administração não goza de supremacia jurídica em relação aos particulares. Demais disso, conforme essa doutrina, a Administração pode, para satisfazer indiretamente o interesse primário, renunciar à sua posição de supremacia e voluntariamente submeter-se às regras de direito privado. Nesse último caso, ressalte-se que a Administração coloca em primeiro plano o interesse secundário (o interesse imediato é a satisfação do interesse secundário) e deixa no segundo plano o interesse primário. Por tal motivo, a renúncia à posição de supremacia pode ocorrer quando está diretamente em jogo um interesse público secundário e só indiretamente um primário." (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 96).
No original: "Non sembra però privo di valore il rilievo del fatto che l'amministrazione può avvalersi di questi mezzi offerti dal diritto privato sia per una finalità che chiameremo privatistica, sia per una finalità che si può definire pubblicistica: può invero avvalersene per la finalità di dare realizzazione ad interessi meramente secondari e patrimoniali (interessi propri del soggetto giuridico come tale, attinenti al suo patrimonio, inteso in senso giuridico, ben s'intende) ben distinti quindi dall'interesse pubblico, che è interesse diffuso, interesse dell'intero gruppo sociale organizzato nell'ente: ad es. quando l'ente pubblico, amministra i suoi beni patrimoniali disponibili, amministra un fondo agricolo posseduto iure privatorum, stipula contratti di locazione del medesimo, e così via. [...] Non potendo la determinazione volitiva unilaterale dell'amministrazione avere diretti riflessi al di fuori della sfera giuridica dell'amministrazione stessa, appunto in quanto che per il soddisfacimento dell'interesse secondario del soggetto amministrativo l'amministrazione non gode di alcuna posizione di supremazia giuridica sui privati, ove occorra attuare modificazioni giuridiche tali da riflettersi al di fuori di tale sfera, sulle sfere dei soggetti privati, al pari di ogni soggetto sottoposto al diritto privato l'amministrazione dovrà provvedere contrattualmente, vale a dire coordinando la propria volontà con quella del soggetto sulla cui sfera deve riflettersi direttamente la modificazione giuridica avuta di mira dall'amministrazione. [...] Perciò, nei casi dubbi, per potersi ammettere la configurabilità privatistica del rapporto, occorre che risulti ben chiaramente che l'amministrazione ha inteso agire per realizzare direttamente un interesse di ordine patrimoniale senza diretta considerazione per un interesse pubblico generale". (ALESSI, Renato. *Opus citatum*, p. 244-145).

> público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observa-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.[216]

Nessa vertente, como se adiantou acima, Selma Lemes é expoente do estudo da arbitragem com a Administração Pública que analisa a questão da arbitrabilidade objetiva a partir da diferenciação entre interesse público primário e secundário:

> O Estado, para atingir as atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, posto que relacionados ao bem-estar, saúde, segurança em que o ordenamento legal os classifica de afetos ao "interesse público". Os interesses que tutelam são considerados supremos e indisponíveis. Mas essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal. Mas para executar as atividades-meio, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada e recai sobre os "interesses públicos derivados", para atuar nesta órbita, a Administração demanda autorização constitucional genérica (arts. 18, 37, caput) e, às vezes, autorização legal (por exemplo, art. 49, I, XVI e XVII da CF). [...] 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. Esta conclusão, portanto, traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem: os interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato.[217]

Mesma linha de entendimento adota Eliana Calmon, para quem "não se pode confundir interesses públicos, e esses são realmente indisponíveis, com interesses da Administração Pública, que é diferente."[218] Prossegue:

---

[216] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 92.

[217] LEMES, Selma Maria Ferreira. **A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas.** Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, p. 342, jul./set. 2002.

[218] CALMON, Eliana. **Arbitragem e o Poder Público.** Revista de Arbitragem e Mediação. n. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

> [...] todas as vezes que em um contrato a Administração está firmando regras de contratos com o particular, nesse momento ele se coloca não a serviço do interesse público, a não ser de forma secundária, porque de imediato estamos ali diante do interesse da Administração Pública. E a ideia é que, todas as vezes onde não está presente este direito público primário, de interesse público, é possível a utilização da mediação. Esses direitos disponíveis para a Administração Pública situam-se na esfera principalmente dos contratos administrativos.[219]

Em suma, os autores que adotam essa divisão entre interesses públicos primários e secundários sustentam que apesar de a arbitragem só atuar sobre direitos disponíveis, o interesse público secundário ou patrimonial da Administração é disponível e, por isso, compatível com a arbitragem. Esse posicionamento também foi adotado por Caio Tácito,[220] falecido em 2005, e pela jurisprudência nacional, por meio do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308-DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux (à época ministro do STJ).[221]

De qualquer forma, embora também se entenda a importância que a divisão acima explorada teve na construção doutrinária sobre a arbitrabilidade objetiva da Administração Pública, há razões para não reputá-la o critério mais adequado para a determinação do que é ou não arbitrável.

Isso porque a Administração Pública brasileira é construída sobre o princípio da indissociabilidade da Administração em relação à busca da efetivação do interesse público. Portanto, ao se afirmar que o Estado é detentor de interesse, mesmo que tal interesse seja secundário, implicitamente se está afirmando que o Estado tem o mesmo *status* de um indivíduo, isto é, de uma pessoa natural, o que é absurdo, visto que o Estado é mera ficção

---

[219] *Idem, ibidem.*

[220] "Se indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador" (TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos**. *In:* TÁCITO, Caio. Temas de direito público: estudos e pareceres. v. 3, p. 88).

[221] Consignou o Ministro em sua relatoria: "[...] naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como 'disponíveis', porquanto de natureza contratual ou privada". Outros trechos da decisão: "A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jusfilosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado 'interesse público secundário'. [...] O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao 'interesse primário'. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nesta esteira, salienta-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" (STJ, AgRg no MS nº 11308/DF, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/06, DJ, 14 agosto de 2006, p. 251)

jurídica. Não há como se falar em Estado que tem interesses próprios, pelo simples fato de que o objetivo do Estado é garantir a consecução do interesse da coletividade, seja por meio de um interesse primário ou secundário.

Marçal Justen Filho é autor que critica essa distinção entre interesses primários e secundários. Para ele, "[...] ousa-se afirmar que nem ao menos são interesses, na acepção jurídica do termo". São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito, vez que "o Estado não possui interesses qualitativamente similares aos interesses dos particulares, pois não foi instituído para buscar satisfações similares às que norteiam a vida dos particulares".[222]

Nesse sentido, este autor discorda acerca da divisão entre interesse público primário e secundário para se definir a arbitrabilidade de um direito, porque neste trabalho se segue o entendimento de que, em última instância, o Estado nem sequer é dotado de interesse próprio, pois sua função, sua finalidade, sempre será a de perseguir o interesse público (primário).[223] [224]

Em conclusão, pelas razões apresentadas acima este trabalho segue a linha de raciocínio segundo a qual a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário não serve para diferenciar as matérias arbitráveis das não arbitráveis em conflitos envolvendo a Administração Pública.

3.3.2.3. Direitos transacionáveis ou renunciáveis

Para que se possa apresentar a corrente que trata a arbitrabilidade objetiva a partir da divisão entre direitos transacionáveis ou renunciáveis é preciso que antes se conceitue a transação ou renúncia.

A legislação brasileira tratou especificamente da transação ao dedicar capítulo específico no Código Civil em que são abordados o objeto, a natureza jurídica e diversos outros

---

[222] JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a "personalização" do Direito Administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, n. 26, p. 115-135, 1999, p. 118.

[223] GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro.** Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 267-318 | jul./dez. 2017, p. 294.

[224] Ainda nessa linha, válido que se complemente esse entendimento com os ensinamentos de Ricardo Marcondes Martins. Leciona o autor: "Não basta que o interesse secundário da Administração seja compatível com o primário, ele deve ser coincidente, quer dizer, ele deve ser igual ao primário! Isso não é compreendido pela doutrina e, surpreendentemente, pelo próprio Alessi. O interesse público secundário, enquanto interesse juridicamente reconhecido, não possui autonomia. Ele só é juridicamente acatado pelo ordenamento se for coincidente com o primário ou, noutros termos, o interesse secundário será um interesse juridicamente reconhecido somente quando for também um interesse primário. Trata- se de uma armadilha conceitual: a Administração só pode perseguir o interesse primário e, por isso, só pode perseguir o chamado interesse secundário quando este for o interesse primário." (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Opus citatum.)*

elementos que compõem esse instituto.[225] Tendo por base a redação do artigo 840 do Código Civil, transação pode ser definida como um contrato pelo qual as partes pactuam a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas (inclusive de forma preventiva).[226]

Já quanto aos elementos da transação, são os seguintes: (i) um litígio surgido ou por surgir; (ii) a vontade de encerrá-lo; e (iii) a existência de concessões recíprocas.[227] Em acréscimo, e praticamente um consenso entre a doutrina, é o fato de o conceito de transação estar intimamente ligado à ideia de reciprocidade. Diz-se que a reciprocidade constitui a essência da transação, sob pena de esse instituto acabar por se confundir com o da doação, renúncia ou desistência.[228]

No âmbito do Direito Administrativo, o tema da transação já foi enfrentado por Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka, em texto que aborda justamente uma ideia de Administração Pública consensual. Para os autores, a transação administrativa "representa uma estratégia de negociação por meio da qual as partes envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígio".[229]

A partir dos conceitos consignados acima, portanto, a transação pode ser definida como um contrato por meio do qual as partes tanto podem prevenir quanto encerrar litígios, desde que ocorram concessões recíprocas.

É em virtude dessa configuração que não se entende efetiva a utilização do conceito de direitos transacionáveis ou renunciáveis para caracterizar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem a Administração Pública. Isso porque a arbitragem é instituto heterocompositivo, que necessariamente dependerá de um terceiro para solucionar o conflito por meio de uma decisão. Assim, diferentemente do instituto da transação, na arbitragem não

---

[225] O tema é tratado no Código Civil em seu capítulo XIX, entre os artigos 840 a 850.

[226] Autores como o saudoso Clóvis Beviláqua, um dos responsáveis pela elaboração do Código Civil de 1916, abordam o conceito de transação como sendo "um acto juridico pelo qual as partes, fazendo-se concessões reciprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. É da essencia deste acto a reciprocidade, sem a qual haverá doação". (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. 4, 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves,1950, p. 176).

[227] MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49.

[228] Advogam nessa linha: Clóvis Beviláqua, *in* **Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 4, 8. ed.**, Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves,1950, p. 176; MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das** obrigações. Curityba: Impressora Paranaense, 1908, n. 373; SANTOS, José Manoel de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. vol. XIII, 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, pp. 146-147; e Carlos Alberto Dabus Maluf, *in* A transação no direito civil e no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49.

[229] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 318, 2009.

há renúncia ou concessão recíproca de direitos, mas sim a resolução de um litígio por meio de um árbitro.[230] [231]

O já citado autor Felipe Faiwichow Estefam enfrenta a questão de forma lúcida e didática:

> Assim sendo, o direito transacionável não serve de critério para definir a disponibilidade de um direito para fins de arbitragem. Não se pode qualificar o direito disponível (requisito da arbitragem) como aquele que pode ser objeto de concessões recíprocas, já que não é isto a que se destina a arbitragem. A arbitragem visa à solução de uma controvérsia através do julgamento por um árbitro. Portanto, as especificações legais quanto ao procedimento e às hipóteses para a transações não são aplicáveis à arbitragem, já que os efeitos jurídicos da transação são distintos dos da "arbitragem [232].

Desse modo, e ainda que se defenda a importância exercida por essa teoria para a estruturação da arbitrabilidade objetiva no âmbito da Administração Pública, julga-se que tampouco esta corrente é efetiva ou juridicamente adequada para definir os direitos disponíveis em conflitos arbitrais que envolvam o Poder Público.

3.3.2.4. Ordem pública e indisponibilidade

Outra corrente que deve ser analisada, ainda no âmbito de arbitrabilidade objetiva e Poder Público, é a que faz uma ligação entre ordem pública e indisponibilidade.

A ordem pública é abordada pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) no seu artigo 2º, § 1º, ao estabelecer que "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", e no artigo 39, ao tratar sobre a homologação da sentença arbitral estrangeira, quando prevê o seguinte:

---

[230] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 104.

[231] Em linha oposta a esse entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende pela possibilidade do uso da arbitragem, em âmbito objetivo, valendo-se da teoria dos "Direitos Transacionáveis ou renunciáveis". Isso porque para a autora "O compromisso arbitral tem natureza contratual, da mesma forma que a transação, conforme artigos 840 a 853 do Código Civil. Portanto, não há impedimento para que a administração pública participe de convenção de arbitragem, a qual se regerá pela legislação específica (Lei 9.307/96, alterada pela Lei 13.129/15), mas submetendo-se às normas da Lei 8.666/93, no que couber." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico – Conjur**, 4 set. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratosadministrativos2. Acesso em: 25/06/2022).

[232] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 104-105.

> Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:
> [...]
> II - a decisão ofende a ordem pública nacional.
> Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Nessa toada, cumpre primeiro definir o conceito de ordem pública, para que assim se possa determinar se é possível realizar uma análise da arbitrabilidade objetiva a partir dessa ideia e aferir a sua força para tornar um direito indisponível.[233]

O autor Robert Clowry Chapman, conceitua, em tradução livre, ordem pública como "um princípio controlador da lei, que subordina os interesses do indivíduo, e limita seu direito de contratar nos casos em que o bem público exigir tal limitação; portanto, pode-se dizer que os direitos públicos, e não os individuais, são sua principal preocupação, embora os direitos individuais não sejam desconsiderados".[234] Jacob Dolinger, por sua vez, aponta que ordem pública deve ser entendida como um "reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda a legislação", representando a moral básica de uma nação e protegendo as necessidades econômicas do Estado.[235] Portanto, já se verifica a partir dessas duas conceituações, que o conteúdo de ordem pública não é estática, pois dependerá da opinião de uma dada sociedade, em um dado momento, a respeito de quais valores e quais princípios são essenciais àquela coletividade, de modo que esta possa manter a sua coesão e proteger a sua moral básica.[236]

Portanto, não há como determinar, de maneira definitiva, que princípios e valores são essenciais para uma sociedade, razão pela qual o conceito e a ideia de proteção a esses valores

---

[233] Apesar de muitos autores tentarem definir o conceito de ordem pública, válido apontar que para Jacob Dolinger a principal característica da ordem pública é justamente a sua indefinição (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: (parte geral).** 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 386). Na mesma linha, outro autor que enfrenta o conceito de ordem pública é Philippe Fouchard. Este, ao analisar o item 2b do artigo 34 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, item que prevê que a sentença arbitral pode ser anulada ou não executada por um tribunal nacional se "contrariar a ordem pública do presente Estado", promove uma discussão sobre a definição de ordem pública, apontando que existe uma grande dificuldade para se conseguir definir o instituto (FOUCHARD, Philippe. **Os desafios da arbitragem internacional.** *In*: Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: Síntese e Comitê brasileiro de Arbitragem – nº 1 (jan./mar., 2004), p. 57-72, p. 66.)

[234] No original: "Public policy is a controlling principle in the law, that subordinates the interests of the individual, and limits his right of contract in cases where the public welfare demands such limitation; so it may be said that public, not individual rights are its chief concern, though individual rights are not disregarded." CHAPMAN, Robert Clowry. **Public Policy.** Michigan Law Journal. Michigan Law Journal, v. 3, p. 308, 1894.

[235] DOLINGER, Jacob. *Opus citatum*, p. 386-387.

[236] *Idem*, *ibidem*, p. 387.

e princípios enquanto ordem pública dependerá do momento histórico daquela civilização. Não por outra razão, é apontada como característica principal da ordem pública a sua relatividade/instabilidade. Nas palavras de Maristela Basso, a ordem pública "[...] é própria de cada foro, de cada sistema jurídico, alterando-se conforme a evolução dos fenômenos sociais e adaptando-se às circunstâncias e exigências de cada época".[237]

Entretanto, existe uma linha doutrinária que se vale desse conceito de ordem pública como critério para a aferição da disponibilidade ou indisponibilidade de direitos. Sérgio de Andréa de Ferreira é um dos expoentes dessa corrente. São palavras do referido autor:

> Os parâmetros da indisponibilidade e da disponibilidade mantêm, pois, em termos de direito público, relação biunívoca com a ordem pública e a negociabilidade. E esta é a distinção que tem que prevalecer na área do *ius publicum*, quer na regulação, em tese, da arbitragem, quer, *in casu*, no tocante à solução do litígio àquela submetido.[238]

Outros autores seguem em linhas semelhantes, como, a título de exemplo, André Vasconcelos Roque.[239]

Todavia, parte considerável da doutrina não concorda com essa equiparação entre indisponibilidade e ordem pública para fins de definir o conteúdo arbitrável.[240] Como representante dessa discordância, tem-se o autor Pedro Batista Martins, cujo posicionamento é o seguinte:

> A patrimonialidade e a disponibilidade são a regra nas relações jurídicas. A extrapatrimonialidade aplica-se, notadamente, às pessoas físicas, conquanto trata do direito à naturalidade, à vida, à integridade física e corporal e ao estado das

---

[237] BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 295.

[238] FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno.** *In*: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). Reflexões sobre Arbitragem. São Paulo: Editora LTr, 2002.

[239] Para ele, "[...] já se pacificou o entendimento que a mera incidência de normas de ordem pública não afasta a arbitrabilidade de um direito. Aos árbitros não é vedado conhecer de controvérsias que envolvam a incidência de normas consideradas de ordem pública, mas apenas que tenham por objeto direito indisponível. O que os árbitros não podem fazer, nesse caso, é violar normas de ordem pública na apreciação do litígio, mas essa revisão sobre a arbitragem somente ocorre a posteriori e eventualmente, em caso de propositura da ação anulatória de sentença arbitral, não se devendo antecipar essa revisão eventual para momento anterior, no exame da arbitrabilidade. A incidência de normas de ordem pública, que não podem ser afastadas por vontade das partes, impede a arbitragem por equidade, mas não a submissão do litígio à via arbitral." (ROQUE, André Vasconcelos. A **evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas.** In Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013, p. 23.

[240] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública.** Direito Processual Civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 22/27; GONÇALVES, Eduardo Damião, cit., p. 162/166 (afirmando que "noção de ordem publica é considerada inadequada para a definição de arbitrabilidade por toda a doutrina"); e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 138/ 141 (enfatizando que apenas em um sentido muito largo e geral, jamais em sentido técnico-jurídico, pode-se atribuir à ordem pública a razão da indisponibilidade que grava certos direitos).

> pessoas. São bens insuscetíveis de avaliação em dinheiro. A indisponibilidade diz com os bens fora do comércio e que, pela sua especificidade, não podem ser apropriados como um todo (v.g. Mar, luz) ou, de alguma forma, não são passíveis de alienação (v.g. bens de família; bens de uso comum do povo – ruas e praças -, ou de uso especial – edifícios e terrenos destinados à administração pública). Os direitos extrapatrimoniais transitam pela indisponibilidade por se caracterizarem como parte intangível do patrimônio da pessoa. As exceções terminam por se amalgamarem. É importante não se confundir indisponibilidade com ordem pública. Tudo aquilo que recai na indisponibilidade é de ordem pública, mas o contrário não é verdadeiro para os fins e efeitos do direito arbitral. Equivoca-se quem sustenta que a matéria de ordem pública é inarbitrável. Ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível. E, para o direito arbitral, ordem pública e indisponibilidade são institutos distintos que não se comunicam para efeito da exceção de inarbitrabilidade. Tudo o que é indisponível é de ordem pública. Contudo, nem tudo que é de ordem pública será de cunho indisponível. O árbitro não tem jurisdição para resolver conflitos de direito indisponível. Mas, por certo, tem autoridade e jurisdição para apreciar e julgar matérias que enfrentem questões de ordem pública. O árbitro não está autorizado, isto sim, a violar normas de ordem pública.[241]

O autor deste trabalho concorda integralmente com o entendimento adotado por Pedro Batista Martins colacionado acima. Isso porque, como se observou a partir da própria conceituação de ordem pública, esta não é uma previsão estática. Sua conceituação varia de acordo com o momento, estágio e local em que é aplicada. A ordem pública é um fator exógeno, pois é uma característica externa a qualquer norma jurídica específica: "[...] as leis não são de ordem pública, isto é, a ordem pública não é um fator imanente à norma jurídica. Esta pode ser imperativa, proibitiva, ter caráter obrigatório, *ius cogens*, mas a característica da ordem pública é exógena".[242]

Assim, não há como se utilizar o conceito de ordem pública para a definição do que é ou não arbitrável. Veja-se que uma vez que a ordem pública trata de valores que pairam sobre as leis, a elas exógenos, a autoclassificação de uma norma legal como de ordem pública é algo errôneo do ponto de vista jurídico, uma vez que este conceito deve estar desassociado de quaisquer leis específicas, "[...] pois a lei em si não é de ordem pública; sua observância é que pode ser reforçada pelo princípio".[243]

Desse modo, o conceito de ordem pública contribui para a compreensão daquilo que se aplica de modo cogente à arbitragem, mas nada impede que preceitos de ordem pública sejam

---

[241] MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p.4.
[242] DOLINGER, Jacob. *Opus citatum*, p. 386-395.
[243] DOLINGER, Jacob. A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: 1979, p. 25.

manejados no procedimento arbitral pelos árbitros.[244] O papel da ordem pública é o de delimitar as liberdades das partes, e não o de fixar o que é a disponibilidade.

Em resumo e concluindo o entendimento desta pesquisa quanto ao papel da ordem pública no âmbito da arbitrabilidade: há razões suficientes que apontam para a impossibilidade de se utilizar a ordem pública como delimitadora do que é ou não objetivamente arbitrável, uma vez que este conceito não se confunde com o de indisponibilidade. A ordem pública, haja vista a variação na sua definição, pode e deve servir como uma baliza a ser observada pelos árbitros nos processos arbitrais, mas jamais como uma definidora do que é ou não arbitrável.

3.3.2.5. Direitos alienáveis e o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão

Além dos critérios desenvolvidos nos tópicos acima para definir quando um conflito que envolve o Poder Público é ou não arbitrável, parte da doutrina ainda aponta outros dois: (i) direitos alienáveis; e (ii) o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão.

O primeiro critério destacado entende que disponíveis são os direitos que são alienáveis.[245] Eros Roberto Grau é autor que já se filiou a esse entendimento:

> 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 a disposição daqueles. [...] Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.[246]

Entretanto, como se verifica a partir da exposição do autor, esse critério acaba se confundindo com a própria definição de disponibilidade e/ou indisponibilidade do interesse

---

[244] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 102.

[245] Seja em âmbito público, seja em âmbito privado, pode-se definir a alienação como a transferência de um domínio. Essa definição pode ser elaborada a partir das previsões impostas nos seguintes artigos do Código Civil: 100; 101; e 1228.

[246] GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 14-20, 2000.

público, razão pela qual não é possível considerar este como um parâmetro independente, ou, mesmo, efetivo para que se estabeleça a arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem o Poder Público. A questão da alienabilidade serve muito mais como um critério auxiliar na definição daquilo que é ou não arbitrável, do que como uma teoria que busca definir todos os conflitos que são ou não arbitráveis.

Na mesma linha, este trabalho também não considera como um critério propriamente dito, mas agora devido à sua imprecisão, aquele que analisa a arbitrabilidade objetiva da Administração Pública a partir da disponibilidade do direito surgida quando, independentemente da intervenção do Poder Judiciário, fosse possível que a Administração Pública resolvesse o conflito em sede administrativa. Já advogou por essa teoria o autor Eduardo Talamini:

> Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante Juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.[247]

Todavia, não se considera esse um critério propriamente dito em virtude da vinculação da Administração Pública ao já apresentado princípio da legalidade, que impõe o dever da Administração de só fazer aquilo que está expressamente previsto em lei; e ao da autotutela, que impõe à Administração o dever de desfazer os atos ilegais e inconstitucionais que porventura tenha praticado.[248] Por essa razão, "o reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão não tem a ver com a disponibilidade do direito, mas com o dever administrativo de observância da legalidade, imparcialidade e boa-fé [...] de maneira que essa [observância] pode se dar sobre direito indisponível ou disponível".[249]

Ou seja, a possibilidade do reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, também não deve ser um critério para definir a arbitrabilidade dos conflitos em que a Administração seja parte.

---

[247] TALAMINI, Eduardo. **Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado.** Revista Brasileira de Arbitragem – RBAr, v. 1, n. 4, p. 44-64, out./ dez. 2004, p. 55.
[248] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 103.
[249] *Idem*, *ibidem*, p. 103.

3.3.2.6 Ausência de um critério que abarque toda a questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública

Após o enfretamento e o estudo de todas as correntes apresentadas acima (que levam em consideração os conceitos de ato de império e de gestão; interesses públicos primários e secundários; direitos transacionáveis ou renunciáveis; e ordem pública - com uma análise adicional, ainda que mais simplista, da questão da alienabilidade e do reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem a razão), o que se verifica é que inexiste, pelo menos até hoje, uma corrente única que seja capaz de definir em sua totalidade, e de maneira exata, que direitos da Administração Pública são indisponíveis, razão pela qual essa definição e análise demanda uma união de parâmetros e uma verificação caso a caso.[250]

Bruno Lopes Megna, por exemplo, constrói uma verdadeira cadeia de requisitos para a definição da arbitrabilidade objetiva de determinado tema. Para o autor, na definição do que é objetivamente arbitrável, deve-se verificar, nesta ordem: (i) os direitos jurisdicionáveis; (ii) destes direitos jurisdicionáveis, os direitos que apresentem algum caráter patrimonial, com esse caráter sendo analisado no seu aspecto econômico; (iii) que, respeitados os critérios anteriores, ainda assim esse direito apresente negociabilidade do objeto; e, por fim, (iv) que todas essas discussões envolvam um objeto lícito, possível e determinado ou determinável.[251]

O presente autor, por sua vez, é de entendimento e posição firme de que inexiste um único e isolado critério que seja efetivo para definir todas as questões atinentes à arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem a administração Pública. Essa definição, além de perpassar pelos critérios e teorias expostas nos tópicos anteriores, que devem ser utilizados em conjunto e não individualmente, advém de uma análise individualizada de cada situação e cada conflito em que o poder público esteja inserido.

Por essa razão, nesta pesquisa se adota a linha de que a melhor forma de se tratar a questão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem o Poder Público, no sentido de dar maior segurança jurídica a essa definição, é que, a partir dos critérios e teorias expostos nos tópicos acima, se busque elaborar listas exemplificativas cada vez mais robustas com as matérias passíveis de serem arbitradas. Explica-se de maneira mais bem detalhada, no item

---

[250] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A arbitragem nos contratos da administração pública.** In: Revista Brasileira de Estudos da Função Pública [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.7, n.21, p. 51-77. set./dez. 2018. p. 69.

[251] MEGNA, Bruno Lopes. *Opus citatum*, p. 137.

seguinte, o entendimento que é adotado neste trabalho.

3.3.3. Matérias passíveis de serem arbitradas

Como tratado no tópico anterior, este trabalho não se filia exclusivamente a nenhuma das correntes existentes para a definição da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem o Poder Público. O entendimento aqui defendido é pela necessidade de se utilizar todos esses critérios em conjunto, a partir de uma análise individual de cada conflito.

Nesse sentido, mais especificamente nesse desígnio de uma análise individual de cada conflito é que se defende a tese de que a solução para a questão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem a Administração Pública passa, invariavelmente, pela busca de se definir, cada vez mais, e especificamente, quais matérias envolvendo direitos patrimoniais são passíveis de serem arbitradas. Isto é: na ausência de um parâmetro que abarque toda a arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem o Poder Público, é importante, então, que se comece a trabalhar e incentivar a criação de listas exemplificativas cada vez mais robustas que elenquem as matérias passíveis de serem arbitradas.

Explica-se.

A definição das matérias e controvérsias que podem ser resolvidas pela via arbitral parte da interpretação dada ao já citado artigo 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96, uma vez que este dispositivo não traz um rol taxativo – o que seria praticamente impossível de fazer – ou mesmo exemplificativo dos direitos patrimoniais disponíveis. Assim, a definição das controvérsias passíveis de serem resolvidas por arbitragem depende do exame de outras leis, decretos e construções doutrinárias e jurisprudenciais que apresentam previsões muito mais robustas das matérias passíveis de serem arbitradas quando um dos polos envolve ente da Administração Pública.

Pode-se dar o exemplo do Decreto Federal nº 10.025/2019, que dispõe sobre "a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário". O referido decreto trata de elencar uma série de matérias que são consideradas de direito patrimonial disponível e que, portanto, podem ser dirimidas pela via arbitral. Dispõe o seguinte:

> Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

> Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:
> I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
> II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
> III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Também a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) enfrenta a temática da arbitrabilidade objetiva e dos direitos disponíveis. Traz no parágrafo único do seu artigo 151 que "será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações".[252]

Em âmbito doutrinário o tema também é explorado.

Luiz Scavone Junior sustenta que "entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade".[253] Ademais, para o autor, "a disponibilidade dos direitos se liga à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são possíveis de transação".[254] Selma Lemes segue na mesma linha, ao avençar que, em síntese, "direitos patrimoniais disponíveis são aqueles passíveis de conversão monetária e seus detentores têm livre disposição para praticar atos da vida civil tais como alienar, vender, etc."[255]

Igualmente, um grande esforço no sentido de delimitar as controvérsias disponíveis e passíveis de serem resolvidas pela arbitragem foi realizado por Gustavo Justino de Oliveira em obra publicada em conjunto com Felipe Faiwichow Estefam. Os autores propuseram uma lista

---

[252] Outros exemplos legislativos são a Lei nº 13.448/2017, que no seu artigo 31, § 4º, considera direitos patrimoniais disponíveis: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Já o Decreto dos Portos, de nº 8.465/2015, em seu artigo 2º, estabelece que se incluem entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem: (i) a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; (ii) as 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. Um outro exemplo, o Decreto nº 46.245/2018, que regula a arbitragem no estado do Rio de Janeiro, entende "por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários" (art. 1º, parágrafo único).

[253] SCAVONE, Luiz. ***Manual de Arbitragem.*** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 16.

[254] *Idem, ibidem.*

[255] LEMES, Selma M. F. ***Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica.*** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 124.

de matérias que seriam passíveis de serem resolvidas pela via arbitral:

> (i) os termos sacramentados no contrato administrativo, pelas cláusulas regulamentares que são aquelas que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço;
> (ii) as cláusulas econômico-financeiras e monetárias que são aquelas que tratam da equação econômico-financeira do contrato;
> (iii) as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pois dizem respeito ao aspecto econômico do contrato;
> (iv) as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular, especialmente as relacionadas ao dever de indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro.[256]

Já em âmbito jurisprudencial pode ser citado como emblemático o Conflito de Competência nº 139519, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.[257] O litígio envolveu uma agência reguladora, o TRF (Tribunal Regional Federal) da 2ª Região e o Juízo Federal do estado do Rio de Janeiro.

Debatia-se na ocasião a competência para julgar controvérsias financeiras que surgiram a partir de ato administrativo da ANP, mais especificamente a Resolução de Diretoria/ANP 69/2014. Por maioria de votos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que cabia ao tribunal arbitral decidir aquele conflito envolvendo a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Petrobras no Espírito Santo.

No voto vencedor, a Ministra Regina Helena Costa registrou que "sempre que a Administração contrata, há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público"[258] e concluiu que "o direito patrimonial objeto do contrato de concessão é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral".[259] Na mesma linha, o Ministro Benedito Gonçalves entendeu que "a controvérsia travada entre Petrobras e a ANP relativa ao contrato de concessão para exploração petrolífera tangencia direito patrimonial disponível, passível de solução via arbitragem".[260]

Destarte, esta parece ser a saída: que cada vez mais as previsões legais e as experiências doutrinárias envolvendo o instituto arbitral e a Administração Pública

---

[256] OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. *Opus citatum*, p. 81.
[257] STJ, CC: 139519 RJ 2015/0076635-2, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 11/10/2017, Data de Publicação: DJE 10/11/2017.
[258] *Idem*, *ibidem*.
[259] *Idem*, *ibidem*.
[260] *Idem*, *ibidem*.

especifiquem os direitos patrimoniais passíveis de serem arbitrados, trazendo listas exemplificativas mais robustas, como forma de dar maior segurança jurídica ao instituto.

Portanto, e concluindo este tópico, o entendimento esposado neste trabalho, no que se refere à arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem a Administração Pública, é o de que, em virtude da impossibilidade de se deliminar de forma definitiva quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis e, consequentemente, passíveis de serem dirimidos pela via arbitral, o melhor caminho é que, cada vez mais, doutrina, jurisprudência e legislação se dediquem a elaborar listas exemplificativas das matérias que podem ser resolvidas por arbitragem.

3.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CAPÍTULO

Como adiantado em seu início, este capítulo serviu primeiramente para que se pudesse analisar as principais peculiaridades da arbitragem quando em um dos polos está presente um ente da Administração Pública. Isso porque, invariavelmente, a arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária será uma arbitragem com a Administração Pública, razão pela qual neste trabalho se entendeu necessário examinar as especificidades que devem ser observadas ao se formular uma convenção arbitral dentro de um contrato firmado entre os dois referidos polos.

Na sequência, adentrou-se no estudo de outro tema que tem reflexos diretos na resposta à pergunta que guia esta pesquisa, qual seja, o da arbitrabilidade. Isso porque os limites, por exemplo, da estudada arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvem o Poder Público impactam diretamente a segurança jurídica desses conflitos, especialmente em virtude das suas permanentes indefinições quanto ao que pode ou não ser arbitrável.

Assim, e ao se finalizar os temas destes dois capítulos de caráter mais introdutórios, pode-se passar, enfim, ao capítulo que buscará responder, a partir de pressupostos teóricos pré-definidos, a pergunta de pesquisa deste trabalho, a saber: O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?

4. A ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA E O SEU IMPACTO NA SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO CAPÍTULO: O ESTABELECIMENTO DE PREMISSAS E A METODOLOGIA DE ANÁLISE

A questão que circunda este trabalho, qual seja, se a Arbitragem é meio de resolução de conflitos que serve para a melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, será respondida a partir do levantamento de pressupostos teóricos que serão confrontados com 3 (três) tipos de confirmação: (i) o estudo de caso do comumente conhecido caso "Libra", caso paradigmático no que se refere à Arbitragem nos setores de infraestrutura brasileiro; (ii) a partir dos dados que foram colhidos junto às 5 (cinco) maiores câmaras de Arbitragem do Brasil; e (iii) as informações obtidas junto ao portal eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (NEA/AGU).

Nos tópicos abaixo serão apresentados quais foram os pressupostos definidos, bem como de que forma se deu a escolha do caso estudado e a metodologia utilizada nas análises das informações obtidas junto às câmaras de arbitragem (e como se deu a definição dessas instituições) e ao NEA/AGU.

Passa-se, primeiramente, à apresentação dos pressupostos teóricos levantados por este trabalho.

4.2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM QUE PODEM SERVIR PARA A MELHORIA NO NÍVEL DE SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Inicia-se uma revisão bibliográfica e uma prévia análise dos primeiros pressupostos teóricos deste trabalho, isto é, as características da arbitragem que têm o potencial de melhorar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura. Os referidos pressupostos serão, na sequência, confrontados tanto com o estudo de caso que esta pesquisa se propõe, quanto com os dados obtidos em pesquisa junto às principais câmaras de arbitragem brasileiras e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU (NEA/AGU).

Nesse aspecto, quando se fala do instituto da arbitragem, é costumeiro que as suas principais características sejam ressaltadas como forma de demonstrar as vantagens do instituto. Fatores como a confidencialidade, a celeridade e, principalmente, a possibilidade de nomeação de árbitros com base em sua especialidade, experiência, cultura, tempo disponível para dedicação ao assunto e confiança que a parte deposita na pessoa que julgará a desavença são pontos levantados como grandes diferenciais da arbitragem.

Tratando-se de contratos complexos como são os de infraestrutura, a possibilidade de escolha de árbitros, com as citadas características, especialmente a especialidade no tema, mostra-se, à primeira vista, ainda mais benéfico.[261] É dizer, em outras palavras, que "a previsão de cláusula compromissória melhor coaduna-se a contratos de alta complexidade e que demandem uma resolução altamente técnica e célere, como são os contratos da área de infraestrutura".[262]

Todavia, como bem observado por Cristina M. Wagner Mastrobuono, embora haja um consenso geral de que a arbitragem deve ser um meio de resolução de conflitos extrajudicial previsto nos contratos de grande porte, justamente diante da perspectiva de que esse meio de resolução de conflitos proporcionará maior segurança jurídica e diminuirá os riscos inerentes ao contrato, a mesma autora aponta que "não há, no entanto, demonstração de que estudos sejam feitos previamente à inclusão de tal cláusula nos contratos".[263] Igualmente, André Rodrigues Junqueira, ao analisar para a sua dissertação de mestrado os principais documentos que deram origem aos contratos de PPPs firmados pelo estado de São Paulo, concluiu, no que tange à escolha pelo uso da arbitragem, que essa opção não se deveu a um estudo prévio, mas sim em virtude de "uma tendência de mercado, baseada em sugestões colhidas nos procedimentos de manifestação de interesses, ou pela recomendação de consultorias especializadas".[264]

Ou seja, o que se verifica é que hoje, apesar de ter-se criado um certo consenso quanto às vantagens da utilização da arbitragem para resolver conflitos em contratos de infraestrutura, não se tem conhecimento de um estudo mais aprofundado que analise todas essas características

---

[261] NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

[262] OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem e Contratos Públicos: Tendências e perspectivas.** Revista Zênite ILC – Doutrina: 348/302/ABR/2019, p. 1-2. Ainda do mesmo autor, no mesmo artigo: "[...] a arbitragem não pode ser encarada como uma panaceia que resolverá todo e qualquer litígio administrativo". O autor é claro ao destacar que esta serve – e deve servir – a contratos mais complexos, como são os de infraestrutura, "que demandem uma expertise realmente elevada do decidido e cujo processo decisório ocorra em virtude dos interesses e valores envolvidos, em um tempo razoável bastante diverso dos prazos infindáveis em que os processos judiciais infelizmente vêm sendo solucionados."

[263] MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. *Opus citatum*, p. 353-354.

[264] JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 106-115; 164-191.

da arbitragem, que as confronte com os contratos de infraestrutura e suas especificidades, e, a partir disso, com base nos dados obtidos da prática da arbitragem nos setores de infraestrutura, comprove se de fato há vantagens no uso desse meio de resolução de conflitos.[265] Visando suprir essa lacuna, este trabalho se propõe realizar o referido estudo.

Assim, passa-se a analisar mais detalhadamente aquelas que, em teoria, são as características da arbitragem que, quando utilizadas para resolver conflitos no setor de infraestrutura, promovem uma maior segurança jurídica aos seus contratos. São elas: (i) celeridade na resolução dos conflitos; (ii) soluções especializadas aos litígios; e (iii) possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro.

4.2.1. Celeridade na resolução dos conflitos

A primeira característica da arbitragem que será analisada nesta pesquisa, potencialmente positiva para uma maior segurança jurídica na resolução de conflitos nos setores de infraestrutura, é a maior celeridade na resolução dos conflitos, quando em confronto com o tempo médio transcorrido no Poder Judiciário estatal.

Essa questão importa, porque como já bem observou Arnoldo Wald, cada vez mais é necessário abandonar o princípio *fiat iustitia, pereat mundus* (isto é, *que se faça justiça, mesmo que o mundo pereça*), uma vez que este princípio não se coaduna com o atual, complexo e dinâmico mundo dos negócios, em que a demora na resolução de conflitos é um fator que impacta diretamente o âmbito econômico-financeiro das tratativas de mercado.[266]

Dessa forma, e em uma análise generalista, pode-se apontar que o tempo de duração de um processo será menor na arbitragem do que no Poder Judiciário estatal. Inúmeras são as razões que podem ser apresentadas para justificar essa afirmativa, como o fato de a arbitragem não estar sujeita a uma série de instrumentos recursais; a litigância em massa, que reflete diretamente na organização do Poder Judiciário estatal, especialmente criando um elevado

---

[265] Ainda na sua dissertação de mestrado, em 2018, já chegava a essa mesma constatação André Rodrigues Junqueira. O autor apontava em sua pesquisa que, apesar de a afirmação de que a arbitragem é um instrumento adequado para a solução de disputas contratuais da Administração Pública ser amplamente difundida em artigos e teses sobre Direito Administrativo e arbitragem, os estudos para comprovar essa assertiva são escassos. Arremata o autor: "Ao que parece, trata-se de um 'lugar comum', repetido à exaustão, mas pouco explorado em profundidade." (JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso. **Dissertação (Mestrado em Direito).** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação: Gustavo Justino de Oliveira. São Paulo, 2018, p. 106-107)

[266] WALD, Arnoldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: v. 33, abril/junho. 2012, p. 239-244, p. 240.

contingente de trabalho nos cartórios judiciais; além do fato de que na arbitragem as partes têm a liberdade para definir previamente os prazos de cada ato processual, com o acréscimo de poderem escolher quem serão os árbitros ou a câmara que julgará determinado conflito, podendo levar em consideração para essa escolha a disponibilidade desses profissionais ou, no caso das câmaras, o tempo máximo para a prolação da sentença previsto pelos seus regulamentos.[267]

Ademais, ao se levar em consideração os setores de infraestrutura, e toda a complexidade que lhe é inerente, é de observar-se que uma maior celeridade na resolução do conflito – aliada, é claro, à tecnicidade da decisão – é um fator que impacta diretamente a evolução do setor. No campo da infraestrutura a redução do tempo para dirimir conflitos permite um maior aquecimento do setor, já que impede que determinados negócios fiquem paralisados enquanto se aguarda a resolução de litígios, bem como pode se tornar um fator a mais de atratividade aos investidores, que veem na resolução rápida de eventuais conflitos uma garantia adicional de sucesso para os seus investimentos.

De qualquer forma, e ainda que válidos os apontamentos acima, é inegável que a questão da celeridade é um fator de caráter muito mais objetivo do que subjetivo. Para que se possa atestar, de fato, que o processo arbitral – especialmente para a resolução de conflitos no setor de infraestrutura – é mais célere que o judicial estatal, é preciso que se analisem dados específicos, para que essa constatação possa ser feita – ou afastada – empiricamente.

Desse modo, na sequência (tópicos 4.4.3.1. e 4.5.2.1.), far-se-á essa verificação empírica, tendo os seguintes subsídios: o estudo do Caso Libra; dados fornecidos pelas 5 maiores câmaras arbitrais do brasil; dados obtidos ativamente no portal eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU (NEA); e um comparativo das pesquisas "Justiça em Números (2022)" e "Arbitragem em Números (2022)".

4.2.2. Soluções especializadas para os litígios

Geralmente apontada, em comparação com a justiça estatal, como uma das principais vantagens da arbitragem, encontra-se a sua característica de, supostamente, dar uma solução especializada aos litígios.

Esse pressuposto da arbitragem está diretamente ligado ao fato de que no processo arbitral as partes podem escolher os profissionais – e a instituição – que julgarão a sua demanda,

---

[267] JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Ibidem*, p. 107-108.

o que, baseado na visão de Paulo Osternack Amaral, se traduz em duas vantagens marcantes: (i) uma maior segurança em relação ao julgamento, uma vez que no processo arbitral as partes poderão nomear profissionais de sua confiança, deixando os litigantes mais seguros quanto à imparcialidade e independência do julgador; e (ii) a tecnicidade dos julgamentos, já que com a liberdade das partes para decidirem os próprios julgadores, a tendência é que sejam escolhidos árbitros que tenham conhecimento especializado naquela matéria objeto do litígio, o que consequentemente deve trazer um julgamento mais técnico.[268]

Especialmente quanto ao segundo ponto, o julgamento mais técnico, tem-se que ele representa, em tese, uma das maiores vantagens em se utilizar a arbitragem para resolver conflitos no setor de infraestrutura. Já foi tratado nesta pesquisa o fato de o setor de infraestrutura ser um âmbito de questões extremamente complexas, ao passo que a garantia de que eventual conflito surgido no setor será submetido a profissionais que, de fato, sejam especialistas na matéria sindicada, é um fator que não só proporcionará, pelo menos em teoria, decisões mais técnicas, como mais céleres (em uma análise tempo *versus* qualidade da decisão).

De qualquer forma, para que se possa estabelecer de maneira mais adequada os pressupostos teóricos dessa característica da arbitragem, isto é, a capacidade de fornecer soluções especializadas aos litígios, faz-se necessário que se verifique de que maneira, especialmente nos conflitos que envolvem os setores de infraestrutura, se dá o processo de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais.

4.2.2.1. O processo de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais

O processo de escolha dos árbitros é, sem dúvida, um dos atos mais importantes de um processo arbitral. Trata-se da base da pirâmide da autonomia das partes. Não por outra razão, a própria Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9307/96) dedica todo um capítulo, o III, para tratar apenas da figura dos árbitros e daquelas que devem ser as características e os requisitos a serem preenchidos pelos profissionais que assumam referida função,[269] com especial enfoque na

---

[268] AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens e desvantagens da arbitragem. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 19, set. 2009. Disponível em: http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=19&artigo=827&l=pt#. Acesso em: 04/11/2022.

[269] "As regras a respeito do árbitro, traçadas no Capítulo III da Lei, constituem-se, acima de tudo, num verdadeiro código de ética, estabelecendo os deveres e obrigações daquele que é instado, por vontade dos litigantes, a decidir uma controvérsia. [...] Importa frisar que o árbitro deverá proceder sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no exercício de sua atividade, potencializando assim as vantagens clássicas da arbitragem" (CARMONA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 22).

questão da imparcialidade e independência, indicando que devem ser reveladas quaisquer informações que possam colocar em dúvida esses dois fatores.[270]

Todavia, quando se trata de uma arbitragem que envolva entes da Administração Pública, como é o caso de conflitos nos contratos de infraestrutura, esse processo de escolha ganha novos contornos.

Duas são as principais discussões: (i) a necessidade de que o árbitro tenha *expertise* em Direito Público e nas peculiaridades que se aplicam ao regime; e (ii) como deve dar-se, em virtude de princípios da Administração Pública, essa escolha, isto é, como funciona a discricionariedade e o dever de motivação da Administração Pública na definição de quem serão os árbitros por ela escolhidos.

Defendem o primeiro ponto autores como Gustavo Henrique Justino de Oliveira,[271] argumentando que a arbitragem com o Poder Público, conforme já verificado anteriormente, tem uma série de especificidades e peculiaridades que deverão ser observadas não só pelas partes, mas também – e principalmente – pelos julgadores do litígio.[272]

As peculiaridades do regime público de direito não deixam de existir no momento em que a Administração Pública opta pela arbitragem. Pelo contrário, a arbitragem deve se coadunar com as peculiaridades de uma resolução de conflitos envolvendo o Poder Público.

---

[270] Para um maior aprofundamento na questão dos árbitros, recomenda-se a leitura de ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e Direito: o julgamento do mérito na arbitragem.** São Paulo: Almedina, 2018; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23; e LEMES, Selma Maria Ferreira**. Árbitro: o padrão de conduta ideal.** *In* CASELLA, Paulo B. (coord.). Arbitragem: A nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional. São Paulo: LTr, 1996, p. 243-279.

[271] Advoga o autor no seguinte sentido: "em razão do baixo número de árbitros comprovadamente especializados em direito público, são também menores as chances das partes de encontrarem um extenso rol daqueles habilitados a decidirem com precisão os conflitos. Talvez, fator que venha a contribuir com a maior divulgação de informações relativas aos árbitros, como sua *expertise* técnica, experiência em arbitragem, quantidade de casos julgados e em curso, matérias de especialidade, seja a criação de cadastros junto aos órgãos competentes para a escolha desses julgadores com o propósito de melhor subsidiar a administração pública" (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Conciliando arbitragem e administração pública. **Valor econômico**, 25 ago., 2016.)

[272] Sobre essas especificidades da arbitragem com a Administração Pública e o dever de observância do árbitro: "A presença da Administração Pública na arbitragem exige a observância de certas peculiaridades no procedimento alternativo de solução do conflito. Tais particularidades decorrem da função estatal envolvida no litígio arbitral, que atrai as regras norteadoras do sistema democrático e do regime público, em especial para garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e pela sociedade. A legitimidade da arbitragem depende da consideração por aqueles envolvidos direta ou indiretamente no tratamento do conflito por juízo arbitral deste núcleo mínimo, normativo e principiológico, que fundamenta a atuação administrativa, cabendo aos árbitros, os prepostos e os procuradores das partes o dever de adequação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública. [...] Importante salientar que as especificidades não buscam alterar a arbitragem, mas justamente compatibilizá-la e torná-la possível também para os conflitos entre a Administração Pública e os particulares. Tratar uma arbitragem que envolva a Administração Pública como se fosse uma arbitragem comercial comum impõe riscos quase que inevitáveis de judicialização dos procedimentos. Assim, o procedimento arbitral deve se revestir de recursos que permitam acomodar o regime jurídico de direito público, em diferentes intensidades, a depender da natureza jurídica do ente estatal envolvido." (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Opus citatum*.

Nesse aspecto é que se mostra de extrema valia que pelo menos um dos árbitros de eventual painel arbitral tenha *expertise* em Direito Administrativo, para que o respeito a esses preceitos e especificidades do Direito Público seja garantido, inclusive como forma de trazer maior qualidade, celeridade e até mesmo segurança jurídica ao conflito – afinal, ter-se-á uma maior garantia de que determinado conflito não será eventualmente judicializado porque não se observou alguma das garantias ou princípios do regime jurídico de direito público.

Ademais, a importância da *expertise* do árbitro em Direito Administrativo se mostra fundamental para que o profissional também esteja atento às questões atinentes à arbitrabilidade objetiva do conflito, garantindo-se que a arbitragem se limitará a analisar questões patrimonialmente disponíveis - tema que já foi examinado no capítulo anterior desta pesquisa e será mais bem enfrentado, agora especificamente com enfoque no setor de infraestrutura, no tópico 4.3.3 deste trabalho.

Além disso, é importante que na arbitragem que envolva um ente da Administração Pública não se utilize a arbitragem monocrática, isto é, aquela formada por apenas um árbitro, mas sim que se tenha um colegiado arbitral, formado por ao menos três profissionais. Isso porque, como bem pontua Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, "o debate por árbitros integrantes de colegiado arbitral tem maior potencial de qualificar a decisão a ser proferida"[273] – justamente o que se busca, especialmente, numa arbitragem em um setor complexo como é o de infraestrutura.

Já quanto ao segundo ponto, isto é, como deve dar-se a escolha dos árbitros, cumpre observar que a Lei Brasileira de Arbitragem e a sua posterior reforma de 2015 não trouxeram qualquer previsão especificando eventual procedimento ou requisito para a escolhe desses profissionais. Todavia, levando-se em consideração a necessidade de *expertise* em Direito Administrativo, aliada, é claro, à especialidade em eventual conflito que será arbitrado, algumas leis estaduais e decretos federais passaram a estipular requisitos que servem como balizas para a escolha de árbitros em casos que envolvam a Administração Pública.

A título de exemplo, cita-se a Lei Estadual nº 19.477/2011, do estado de Minas Gerais, que prevê em seu artigo 5º uma série de requisitos para que determinado profissional exerça a função de árbitro, como o de "deter conhecimento técnico compatível com a natureza do

[273] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei no 13.129/2015: novos desafios. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, p. 25-38, jan. 2017. p. 35.

contrato";[274] e o próprio Decreto Federal nº 10.025/2019, que em seu artigo 12 prevê outros tantos requisitos para a escolha dos árbitros, como - destaca-se pela importância a necessidade de "deter conhecimento compatível com a natureza do litígio".[275]

Na mesma linha, este autor entende pela pertinência e importância dessas normativas que estipulam requisitos, pois se trata de uma garantia adicional de que a escolha feita pelas partes não se distanciará de critérios técnicos ou deixará de observar a especialidade do profissional na matéria que será discutida. Além disso, tratando-se de uma arbitragem com a Administração Pública, este é um fator adicional para a motivação e justificativa da Administração na definição e escolha de determinado árbitro, trazendo maior segurança tanto para o procurador público, como para o processo arbitral como um todo.

Por fim, não é demais relembrar que os setores de infraestrutura envolvem, em sua ampla maioria, conflitos bastante específicos e técnicos, que exigirão do árbitro conhecimento profundo sobre a matéria. Em outras palavras, pode-se dizer que muito de a arbitragem se mostrar como um meio de resolução de conflitos que traz, possivelmente, maior segurança jurídica aos setores de infraestrutura deve-se ao *know-how* do árbitro, que deverá ter a compreensão dos temas que serão apresentados ao longo do procedimento.[276] Carlos Alberto Carmona arremata o tema de maneira didática:

> [...] lembro que há determinados contratos que pressupõem conhecimento (jurídico ou técnico) adequado, não podendo o ignorante (no sentido exato da palavra) aceitar o encargo de julgar algo que não consiga entender. Pense-se, a título de exemplo, nos litígios que envolvem energia elétrica ou nos conflitos decorrentes de uma pequena central hidrelétrica: quem não tem alguma familiaridade com o setor elétrico ou com o multifacetado contrato das usinas não

---

[274] Art. 5º São requisitos para o exercício da função de árbitro:
I - ser brasileiro, maior e capaz;
II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato;
III - não ter, com as partes nem 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;
IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de fornecedores de Serviços do Estado.

[275] Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos:
I - estar no gozo de plena capacidade civil;
II - deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e
III - não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

[276] MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 161.

> estará apto a ocupar um lugar em tribunal arbitral que trate de um ou de outro tema.[277]

Já quanto ao processo de escolha das câmaras arbitrais, outro fator que acaba por interferir, diretamente, na segurança jurídica do instituto e em uma solução especializada para o litígio, tem-se que a Lei nº 19.477/2011 (que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal) trouxe novos contornos ao tema. Isso porque a referida lei estampou no § 5º do seu artigo 31 a previsão de regulamentação do credenciamento de câmaras arbitrais: "§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei."

Embora até então a Administração viesse adotando, na maioria dos casos, a premissa – ainda correta e plenamente aplicável – de que a escolha de câmara arbitral é processo discricionário e de conveniência do ente público, é inegável que um processo de credenciamento pode trazer uma segurança jurídica adicional ao instituto da arbitragem com a Administração Pública, e, por consequência, criar critérios que garantam a escolha de câmaras que estejam aptas a julgar litígios complexos como são os de infraestrutura – resultando em melhores e mais técnicas soluções para os conflitos.

Observa-se, nesse sentido, que são variadas as possibilidades que se colocam para a Administração Pública (todas válidas e aplicáveis), uma vez que, embora a escolha de instituição arbitral seja inegavelmente um processo bi- ou multilateral, que depende do consenso das partes, quando se trata de arbitragem com a Administração Pública, inegavelmente a escolha precisará primeiramente ser unilateral e da Administração, e só depois colocada à oposição ou consenso da parte dos particulares. César Pereira, em artigo específico sobre o tema, sintetiza bem o cenário:

> Em geral, os contratos administrativos são submetidos a prévia licitação com base nos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal. A cláusula compromissória pode constar já da minuta do contrato, que deve acompanhar o edital. Nesse caso, a Administração deverá escolher a instituição, uma vez que lhe cabe a redação inicial do ato convocatório (edital ou convite). Essa escolha pode ser impugnada pelos licitantes ou por terceiros (art. 41, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666 ou disposições correspondentes em outros diplomas) ou submetida a debate em audiência ou consulta pública, se houver. A administração pode optar por arbitragem ad hoc, embora haja fortes razões – inclusive ator normativos e decisões judiciais – para não optar por esse caminho. Também pode escolher uma cláusula vazia, que

[277] CARMONA, Carlos Alberto. **Os sete pecados capitais do árbitro.** Revista de Arbitragem e Mediação. n. 52, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 395.

> também deve ser evitada por sua ineficiência, embora não invalidade. Em qualquer caso de o edital prever cláusula compromissória reputada insuficiente ou inadequada pelos interessados, inclusive em razão da instituição escolhida (muito inexperiente, muito cara, muito distante), este poderão impugnar a previsão para que a opção possa ser revista.[278]

Veja-se, neste aspecto, que apesar de haver uma liberdade discricionária da Administração em decidir pela câmara, é necessário que essa decisão seja devidamente motivada e justifica (como qualquer ato administrativo). Assim, apesar de não existir qualquer critério específico que vincule a Administração a decidir por determinada câmara, são relevantes as iniciativas para a estipulação de requisitos para determinar a adequação de determinada instituição para a resolução de conflitos, por meio da arbitragem, nos setores de infraestrutura – resultando, por consequência, em soluções mais bem qualificadas para os conflitos pela câmara eleita criteriosamente.

Cita-se como importantes iniciativas a já destacada previsão do § 5º do artigo 31 da Lei nº 13.448/2017,[279] e o Decreto Estadual nº 46.245/2018 do estado do Rio de Janeiro[280] e a Lei Estadual do estado de Minas Gerais nº 19.477/2011[281], que preveem prévio cadastramento

---

[278] PEREIRA, Cesar. Arbitragem e Função Administrativa. *In*: FILHO JUSTEN, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord.). **Direito da Infraestrutura** – Estudos de Temas Relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-88, p. 78 – 79. O mesmo autor, no mesmo artigo, ainda exemplifica o cenário narrando situações vivenciadas na prática, como, por exemplo: (i) o estado de São Paulo, que já adotou em contratos a previsão de uma cláusula vazia, mas sujeita a preenchimento por uma das partes na sequência, isto é, a cláusula prevê "que, havendo conflito, caberá ao Estado indicar unilateralmente uma instituição; se não o fizer em determinado prazo, o direito de escolha passa para a outra parte do contrato"; (ii) opção adotada pelo estado do Paraná, em que a cláusula desde logo prevê uma instituição específica que é escolhida de modo discricionário pela Administração.

[279] Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[280] CAPÍTULO VII - DO CADASTRAMENTO DO ÓRGÃO ARBITRAL INSTITUCIONAL
Art. 14 - O órgão arbitral institucional, nacional ou estrangeiro, deverá ser previamente cadastrado junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos seguintes requisitos:
I - disponibilidade de representação no Estado do Rio de Janeiro;
II - estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos;
III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento.
§ 1º - Caberá à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro cadastrar os órgãos arbitrais institucionais, observados os requisitos previstos neste artigo.
§ 2º - O cadastramento a que se refere o caput não se sujeita a prazo certo e determinado, podendo qualquer órgão arbitral institucional, a qualquer tempo, postular o seu cadastramento perante o Estado do Rio de Janeiro.
§ 3º - Considera-se representação a existência de local apropriado, que funcione como protocolo para recebimento de peças e documentos da arbitragem.
§ 4º - A disponibilidade da representação compreende o oferecimento, sem custo adicional para as partes, dos serviços operacionais necessários para o regular desenvolvimento da arbitragem, tais como local para realização de audiências, e secretariado.

[281] Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte:

de câmaras, para posterior contratação, desde que preenchidos determinados requisitos. Outro exemplo de destaque nesse sentido é o Decreto nº 10.025/2019, já amplamente citado neste trabalho, que reserva todo um capítulo para tratar apenas do credenciamento e da escolha da câmara arbitral.[282] Igualmente adota o credenciamento de câmaras a Advocacia Geral da União, por meio do Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA). Regulado pela Portaria AGU nº 21, de 22 de julho de 2021, traz em seu artigo 3º os requisitos para que determinada câmara seja credenciada.[283]

Veja-se que procedimentos preliminares como os previstos acima são ferramentas que podem auxiliar muito na escolha de instituições que estejam aptas a receberem conflitos usualmente complexos como são os dos setores de infraestrutura. Ademais, esse credenciamento prévio ainda pode se mostrar como um aliado em assegurar a "economicidade das prestações, a adequação e qualificação dos serviços e dos regulamentos"[284] dessas instituições, além de "poder dizer respeito ao assunto específico da contratação (tecnologia, petróleo e gás, construção civil, entre outros), pois, atualmente, é crescente o movimento de especialização de câmaras, o que não pode ser ignorado."[285]

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.

[282] CAPÍTULO VII - DO CREDENCIAMENTO E DA ESCOLHA DA CÂMARA ARBITRAL
Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos;
II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e
III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. § 1º O credenciamento de que trata o caput consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. § 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no caput e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais.

[283] Art. 3º Poderão ser credenciadas as câmaras arbitrais nacionais e estrangeiras que declarem e comprovem o atendimento cumulativo aos seguintes requisitos:
I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral, no Brasil ou exterior, há, no mínimo, 3 (três) anos;
II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de processos e procedimentos arbitrais;
III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa;
IV - comprometer-se a respeitar o princípio da publicidade nos processos arbitrais de que trata o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, de acordo com a legislação brasileira;
V - comprometer-se a administrar processos arbitrais no Brasil, em língua portuguesa;
VI - responsabilizar-se pela designação de espaço e agenda disponíveis para a realização de audiências, e outros atos, na cidade sede da arbitragem ou, eventualmente, em outras localidades; e
VII - comprometer-se a, no caso de pagamento de honorários de árbitros por hora trabalhada, apresentar relatório detalhado das funções exercidas e das horas trabalhadas, sendo vedado o pagamento de horas não trabalhadas.

[284] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 67.

[285] *Idem*, *ibidem*, p. 69.

Este autor, portanto, é um grande entusiasta do prévio cadastramento de câmaras, justamente por acreditar que esse processo, além de trazer maior segurança jurídica à Administração, inclusive contribuindo para a devida motivação do ato administrativo que escolher determinada câmara, é mecanismo que confere a possibilidade de se definirem câmaras devidamente preparadas para receberem conflitos do setor de infraestrutura.

No mais, não se pode passar pela temática sem deixar consignada a posição do autor desta pesquisa de que a escolha de câmara arbitral não depende de processo licitatório, ou mesmo que se trata de situação de contratação direta. Defende-se aqui a ideia de que a instituição arbitral não é uma contratada da Administração Pública, ao passo que inexistiriam razões para que estivesse sujeita a procedimentos atinentes à legislação licitatória. A escolha da câmara arbitral é ato discricionário – o que não desfaz a sua obrigação de que seja uma decisão devidamente motivada a justificada.[286]

4.2.3. Possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro

Por fim, a última característica da arbitragem, positiva do ponto de vista econômico, que se analisa nesta pesquisa refere-se à possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro.

Nesse aspecto, uma valiosa análise teórica sobre o assunto foi realizada por Bruno Lopes Megna, Fábio Trabold Gastaldo e Jéssica Helena Rocha Vieira Couto em artigo específico sobre o tema. Segundo os autores, no que se refere aos contratos de longa duração e vulto considerável, como são os de infraestrutura, "a discussão acerca da percepção de ineficiência do Poder Judiciário acaba redundando, no caso brasileiro, num cenário de certa desconfiança e reconhecimento do "risco judicial".[287] Apontam os referidos autores que a morosidade excessiva, a imprevisibilidade, a falta de qualidade das decisões judiciais e a parcialidade política são características do Judiciário brasileiro que, em certa medida, afastam investidores externos.[288]

---

[286] A título apenas ilustrativo, compartilham deste entendimento: PEREIRA, Cesar. Arbitragem e Função Administrativa. *In*: FILHO JUSTEN, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord.). **Direito da Infraestrutura** – Estudos de Temas Relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-88, p. 78-79; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 214; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem:** o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros, RBA, v. 1, 2016.

[287] MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabold; e COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira. **Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo.** *In* MASTROBUONO, Cristina M. Wagner (coord.) Parcerias Público-Privadas. Vol. II. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 89, jan/jun, 2019, p. 157-182.

[288] *Idem*, *ibidem.*

Carlos Alberto de Salles é outro autor que advoga no sentido de que a inserção de cláusulas arbitrais em contratos complexos e de longa duração, como são os de infraestrutura, possui a prerrogativa de atrair investidores, uma vez que deixa o negócio mais atrativo:

> A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tornar atrativo o negócio com o Estado.[289]

Veja-se, ainda, que determinadas instituições, como o Banco Mundial, valem-se do tempo de duração de um processo judicial em um país para medir objetivamente a eficiência do sistema judicial e, consequentemente, a liberação de créditos para investimento. Em resumo, e a partir dos métodos desenvolvido pelo Banco Mundial, tem-se que um poder judiciário ineficiente resultará em uma avaliação negativa para a obtenção de crédito, o que é um fator preponderante para o desenvolvimento de projetos no setor de infraestrutura.[290]

Não por outra razão, a arbitragem passou a ser enxergada, tanto por essas instituições de crédito, como por investidores externos, como um atrativo para a celebração de contratos em determinados países. Em acréscimo às demais características do instituto da arbitragem já desenhadas anteriormente, no caso de investidores externos tem-se que a arbitragem ainda, em teoria, diminui outra preocupação desses investidores estrangeiros: o receio de decisões políticas por parte do Judiciário estatal. Em outras palavras, com o uso "da arbitragem, espera-se que a segurança jurídica do investidor privado prepondere diante das oscilações políticas à gestão do poder público."[291] Por exemplo, em pesquisa realizada junto à Corte da International Chamber of Commerce - ICC, pelos pesquisadores David Kiefer e Adrian Cole, exposta no artigo *Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes*, constatou-se que a arbitragem é o meio de resolução de conflitos preferencial no setor de construção civil.[292]

---

[289] SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.
[290] MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabold; e COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira. *Opus citatum*, p. 157-182.
[291] *Idem*, *ibidem*.
[292] "Arbitration continues to be the preferred method of dispute resolution for construction disputes. With many large infrastructure projects being financed, developed, supplied and constructed by companies from countries other than the one where the project sits, international arbitration is the most attractive option for resolving disputes among the interested parties" (KIEFER, David; COLE, Adrian. **Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes.** GAR- Global Administration Review. Disponível em: http://www.globalarbitrationreview.com. Acesso em: 09/11/2022).

André Rodrigues Junqueira também enfrentou mais diretamente esta questão em pesquisa realizada para a sua dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo. Na ocasião, ao entrevistar uma consultora do International Finance Corporation - IFC, órgão vinculado ao Banco Mundial, o pesquisador perguntou quais seriam, na sua opinião, as razões que levam um investidor estrangeiro a requerer a inclusão de cláusula arbitral nos contratos. A entrevistada pontuou o que segue:

> Eu diria que há dois blocos de razões pelas quais o investidor estrangeiro quer arbitragem. O primeiro é o conjunto dessas coisas que você falou: custos, qualidade, possibilidade de contratar os advogados que ele já conhece para atuar no caso, e o segundo é o desconhecimento institucional e técnico do que acontece no Brasil. O investidor estrangeiro que muda de país conforme a atratividade do projeto, por mais experimentado que ele seja, não vai ter o mesmo grau de conhecimento do diálogo local que um investidor brasileiro, de modo que ele se sente mais à vontade para transitar em um ambiente institucional internacionalizado.[293]

Veja-se que a entrevistada confirmou os pressupostos anteriormente levantados, isto é, que as razões estão essencialmente vinculadas à autonomia das partes e, também, a uma maior segurança no ambiente institucional internacionalizado da arbitragem.

Assim, e a partir dos pressupostos teóricos aqui desenvolvidos, cabe, com base em estudo de caso e em análise de dados que serão realizados nos tópicos a seguir, aferir se a submissão de conflitos no setor de infraestrutura à arbitragem é, de fato, um fator de redução nos riscos sentidos pelos investidores estrangeiros - o que potencialmente resultará no aumento do capital que será investido no país.

4.3. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM QUE PODEM PREJUDICAR O NÍVEL DE SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

No tópico anterior foram analisadas as características da arbitragem que, possivelmente, serviriam como forma de melhorar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura. Essas características, como já informado, serão confrontadas a seguir com o estudo de caso que esta pesquisa se propõe fazer e com os dados que foram obtidos junto às Câmaras Arbitrais Brasileiras e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU. Agora,

---

[293] JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Opus citatum*, p. 110-111.

porém, faz-se o oposto. Passa-se a analisar as características que podem vir a prejudicar o nível de segurança jurídica desses contratos de infraestrutura – pressupostos que também serão, posteriormente, confirmados por meio da mesma metodologia adotada para confirmar as aventadas características positivas.

Nessa linha, portanto, este trabalho identificou 4 (quatro) características do instituto arbitral que, em conflitos no setor de infraestrutura, podem prejudicar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, a saber: (i) o desrespeito ao princípio da publicidade; (ii) os custos elevados da arbitragem em comparação ao processo judicial estatal; (iii) insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral, isto é, os limites da arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo o setor de infraestrutura; e (iv) um possível tratamento preferencial às partes privadas em detrimento das partes públicas.

Passa-se a analisar, mais detalhadamente, cada uma dessas características.

4.3.1. Desrespeito ao princípio da publicidade

Como adiantado no tópico anterior, assunto que permeia o tema da arbitragem com a Administração Pública é aquele que envolve os meios de controle do instituto quando o Poder Público seja parte de um processo arbitral. Existe, ainda hoje, uma preocupação de que o costumeiro sigilo que envolve os processos arbitrais seja uma barreira à consolidação do instituto para conflitos que envolvam o Poder Público – ainda que hoje essa publicidade seja uma previsão legal.

Tal preocupação se dá, especialmente, porque uma das marcas do nosso regime administrativo constitucional é a ruptura com o modelo dos regimes autoritários que impediam o acesso dos cidadãos às informações atinentes aos assuntos da Administração. No Estado moderno, condena-se a cultura do sigilo, exigindo-se a publicização dos atos estatais quando não haja justificativa plausível para a decretação do seu sigilo

No Brasil, essa transparência é perfectibilizada por meio do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, previsto expressamente nos seguintes artigos da Constituição Federal: (i) artigo 37, XXXIII, que garante o direito à informação; (ii) artigo 5º, LXXII, que confere aos indivíduos a garantia do *habeas data*; e (iii) o artigo 5º, XXXIV, "b", que estabelece o direito à certidão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em definição muito precisa, conceitua o princípio da publicidade da seguinte forma:

> [...] o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.[294]

Em resumo, os atos que são praticados no âmbito da Administração Pública devem estar, em regra, à disposição dos titulares desse poder: a sociedade.[295] Tal previsão visa, justamente, a assegurar que os particulares possam participar do processo fiscalizatório das atividades que são praticadas pelos entes públicos.[296] Carlos Alberto de Salles é autor que arremata o tema:

> [...] a publicidade é o principal instrumento para garantir a responsividade dos agentes públicos envolvidos em mecanismos extrajudiciais para solução de controvérsias administrativas. Publicidade deve ser entendida, nos temos indicados acima, como garantia de acessibilidade à informação relativa ao funcionamento e ao resultado desses mecanismos. [...] Em especial quanto à arbitragem, que surge e se desenvolve em um ambiente privado, tendente ao sigilo e ao isolamento do seu procedimento, o procedimento arbitral deve ser especialmente dotado de regras garantidoras da adequada disponibilização de informações, de forma a propiciar a sobredita responsividade. Para tanto, deve-se promover uma adequada e suficiente disponibilização de informação. A confidencialidade, na extensão adotada em arbitragens e outros mecanismos alternativos privados, não é possível em relação à administração pública, exatamente pela necessidade de controle em qualquer uma das modalidades apontadas acima. A disponibilidade e acessibilidade da informação aparecem, nesse sentido, como requisitos centrais para o funcionamento do controle do Poder Público.[297]

Nesse aspecto, e em virtude do princípio da publicidade conceituado acima, exsurge a necessidade de que os processos arbitrais que envolvem o Poder Público observem o mesmo.

Assim, se de um lado é inegável que o sigilo que torna confidencial todo o procedimento arbitral é um dos principais atrativos e vantagens da arbitragem,[298] quando se trata de uma arbitragem que envolve a Administração Pública – como são as arbitragens no setor de infraestrutura –, é preciso garantir que a transparência seja alcançada.[299] Não por outra

---

[294] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Opus citatum*, p. 117.

[295] ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** 4ª. Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 244.

[296] *Idem*, *ibidem*.

[297] SALLES, Carlos Alberto de. **A confidencialidade possível: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias.** *In*: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. janeiro a abril de 2017. p. 169-170.

[298] CARMONA, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 51.

[299] Caem como uma luva os apontamentos de Gustavo Justino de Oliveira em artigo sobre o tema: "Na medida que as contratações da Administração Pública se tornam cada vez mais transparentes, sendo disponibilizadas on-line

razão, a publicidade foi expressamente prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015.[300]

Dessa forma, a real discussão a ser travada sobre os riscos de um eventual desrespeito ao princípio da publicidade não é sobre a necessidade da publicidade em arbitragens que envolvam o Poder Público, mas sim de que maneira essa publicidade pode e deve ser perfectibilizada na prática.[301] [302]

Nessa linha, quando se trata de enfrentar o dilema do princípio da publicidade e os processos arbitrais, os questionamentos são os mais variados: (i) quais documentos do processo arbitral deverão ser públicos? (ii) quais atos do procedimento arbitral se submetem à exigência da publicidade? e, mais importante, (iii) as câmaras arbitrais e os seus regulamentos também devem observar o princípio da publicidade? Muitos desses questionamentos ainda não têm uma resposta definitiva. Ainda assim, alguns cenários e tendências já começaram a ser desenhados.

Gustavo da Rocha Schmidt, em sua obra *Arbitragem na Administração Pública*, traz à tona discussão sobre a quem compete o dever de publicidade, ou seja, se seria ele um dever exclusivamente estatal ou uma previsão que também deve ser seguida pelos árbitros e entidades responsáveis por gerir o procedimento arbitral.[303] O autor elucida que no começo o entendimento foi o de que esse dever de publicidade recaía unicamente perante o Poder Público, em razão do fato de as câmaras arbitrais serem tratadas como uma mera prestadora de serviços. No entanto, já se percebe que as normativas mais recentes, como a que originou a reforma da

---

por ferramentas de acesso à informação, como o portal da transparência, submetendo-se a um controle social mais atento, procedimentos de interesse público impermeáveis à participação da sociedade perdem a sua legitimidade. O envolvimento do Estado em uma arbitragem presume o interesse público não podendo este ser vetado pela confidencialidade e a não abertura à consensualidade". (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A agenda da arbitragem com a administração pública: "mais do mesmo" ou há espaço para inovação?** Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. Tradução. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2018. p. 42).

[300] Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes. [...] § 3o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

[301] Carlos Alberto de Salles defende um sigilo graduado e regulado no procedimento arbitral que envolva o Poder Público. Para o autor, o que se deve garantir é que sejam publicizadas informações o suficiente para que esteja garantida a *responsividade* procedimental, sem, entretanto, que isso comprometa as vantagens de um processo arbitral. (SALLES, Carlos Alberto. *Opus citatum*, p. 162).

[302] Ronaldo Vasconcelos e Mateus Pires Zottarelli, em artigo intitulado *Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e consolidação do instituto*, afirmam que "no âmbito da arbitragem e Administração Pública nacional, a legislação tem levado em consideração, ou pelo menos tentado, a confidencialidade usual do instituto, atentando-se a todos os danos e perigos que a divulgação de certas informações pode gerar às partes, sem, no entanto, deixar de lado o respeito aos princípios constitucionais de publicidade e transparência dos atos administrativos." (VACONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. **Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do instituto**, p. 16 *in* Revista Brasileira de Arbitragem. Ano XVIII – nº 70, Abr-Maio-Jun. 2021.)

[303] SCHMIDT, Gustavo da Rosa. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba, Juruá, 2018, p. 59.

Lei de Arbitragem, alteraram esse cenário.[304] Hoje, entende-se que o Poder Público, árbitros e câmaras arbitrais devem trabalhar em conjunto para dar efetividade a essa transparência que é exigida em processos arbitrais em que o Estado seja parte.

Inclusive, atualmente já se vislumbra o surgimento de previsões em decretos e regulamentos camerais que estipulam como essas entidades devem se comportar em relação ao dever de publicidade. Em pesquisa realizada por Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam, os autores levantaram que o Decreto nº 46.245/2018 do estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 13, § 3º, estabelece que são públicas "as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza". Por sua vez, a Lei nº 19.477/2011, do estado de Minas Gerais, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, determina em seu artigo 6º que a arbitragem deverá ser "instaurada mediante processo público". Têm-se ainda a previsão do Decreto nº 10.025/2019, que prescreve, em seu artigo 3º, inciso IV, que "as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira".[305] [306]

É relevante também apontar a resolução nº 5.845 de 14 de maio de 2019 publicada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que dispõe sobre as regras procedimentais do uso da arbitragem. Isso porque a referida resolução cuida de regular, de maneira bastante detalhada, a questão da publicidade nos procedimentos arbitrais do setor. Cumpre colacionar a previsão do artigo 22 da citada resolução, visto sua completude:

> Art. 22. As informações no processo arbitral serão públicas e de livre acesso, sendo os seguintes documentos disponibilizados no sítio eletrônico da ANTT:
> I - o requerimento de instauração da arbitragem;
> II - a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica e outras manifestações das partes apresentada sobre o mérito;
> III - as provas produzidas; e
> IV - as decisões do tribunal arbitral.
> § 1º Nos documentos previstos no caput, haverá uma versão pública e, conforme a necessidade, uma versão sigilosa.
> § 2º As versões pública e sigilosa serão produzidas pelos interessados, nas hipóteses dos incisos de I e II, e pelo tribunal arbitral, nos casos dos incisos III e

---

[304] *Idem*, *ibidem*, p. 59-60.

[305] Informações retiradas de pesquisa realizada por OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 61.

[306] Sobre esse tema, ainda defendem Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam que, "Para evitar controvérsias acerca do grau de publicidade, é prudente que no início do processo arbitral seja determinado o que será publicado pela Administração, à luz do regime jurídico aplicável. Surgindo conflitos entre as partes quanto a tal tema, ante o princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, da LA) e o art. 13 da LA, a controvérsia deve ser resolvida pelo árbitro". (*Idem*, *ibidem*, p. 61.)

> IV.
> § 3º Caberá à ANTT indicar ao tribunal arbitral o sigilo das informações sob sua responsabilidade.
> § 4º A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.[307]

Perfilhando o mesmo caminho acima, isto é, em prol da publicidade, vários regulamentos de câmaras arbitrais brasileiras já trazem previsão com procedimentos para a publicidade efetivar-se na prática. A título de exemplo, citam-se: os artigos 12.1, 12.2 e 12.3 da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB;[308] a Resolução nº 3/2018 da Fiesp/Ciesp;[309] e a Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC, em sua Resolução Administrativa nº 15/2016.[310]

No mais, algumas câmaras, como a CAMARB e a CAM-CCBC, têm em seus sítios eletrônicos espaços em que listam as arbitragens envolvendo a Administração Pública em curso.

---

[307] Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resoluÇÃo-nº-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141> Acesso em: 19/12/2022.

[308] 12.1 Este capítulo será aplicável aos procedimentos arbitrais que envolvam entidades sujeitas ao regime de direito público que integrem a administração pública direta e indireta. As partes, de comum acordo, poderão estender a aplicação das disposições deste capítulo aos procedimentos que tenham como parte pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração pública. 12.2 A Secretaria da CAMARB divulgará em seu site a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes dos requerente(s) e requerido(s). 12.3 Ressalvado o disposto no item precedente, a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.

[309] (i) Nos procedimentos arbitrais administrados pela Câmara Ciesp/Fiesp, incumbe à parte pertencente à Administração Pública solicitar ou promover a publicidade prevista no art. 22, § 32, da Lei de Arbitragem, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo essa obrigação ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do tribunal arbitrai, mediante solicitação das Partes; (ii) A pedido das partes, e mediante autorização do tribunal arbitrai, a Secretaria da Câmara Ciesp/Fiesp transmitirá as seguintes informações acerca da existência do procedimento arbitrai em seu sítio de internet: data do Requerimento de Instauração da arbitragem, nome das Partes e número do procedimento.

[310] Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros. Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual. Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes. Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC. Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento. Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem. Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.

Nessas listagens constam informações como a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes:

(i) CAM-CCBC:[311]

Nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa nº 15/2016, datada de 20 de janeiro de 2016, seguem abaixo listados os procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta.

Data do Requerimento de Arbitragem	Nome das Partes
14 de janeiro de 2021	Consórcio CT Cidade Nova e Estado do Rio de Janeiro
19 de outubro de 2020	Concessionária do Monotrilho Linha 18 Bronze S.A. e Estado de São Paulo
13 de dezembro de 2019	Águas do Mirante S.A., Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba e Prefeitura Municipal de Piracicaba
13 de junho de 2019	Ambiental Transportes Urbanos S.A. e Município de São Paulo
15 de março de 2018	Concessionária Move São Paulo S.A. e Estado de São Paulo
22 de janeiro de 2018	BRK Ambiental – Sumaré S.A. e Município de Sumaré
18 de outubro de 2016	Libra Terminais S.A., Libra Terminal Santos S.A., Companhia Docas do Estado de São Paulo e União Federal
21 de maio de 2015	Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S/A e Estado de Pernambuco

(ii) CAMARB:[312]

Number	Application date	Claimant(s)	Respondent(s)	Status
20.17	16/11/2017	Consórcio Energia-Esmeralda	Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM	Finished
29.18	17/12/2018	Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S/A	State of Minas Gerais	In progress
A-280/19	01/03/2019	Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A	State of São Paulo	Finished
A-288/19	03/07/2019	Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A	Municipality of Estância Turística de Itu	In progress
A-296/19	19/12/2019	Consócio BHLESTE, Consórcio Dez, Consórcio Dom Pedro II e Consórcio Pampulha	Municipality of Belo Horizonte	Suspended
A-300/20	29/04/2020	Novo Metropolitano S/A	Municipality of Belo Horizonte	Finished
A-304/20	18/06/2020	SPE Terminal Belo Horizonte S/A	Municipality of Belo Horizonte	In progress
A-306/20	10/08/2020	CONSÓRCIO SERVENG / ACCIONA AGUA / GOETZE LOBATO ENGENHARIA	State of Rio de Janeiro	In progress
A-329/20	11/12/2020	Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda	CEASAMINAS Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S/A	In progress

Embora iniciativas como as apresentadas acima sejam importantes, entende-se que essas informações disponibilizadas não são suficientes para que se atenda ao princípio da publicidade. Nessa linha, importantes conclusões são firmadas pelos já citados

311 Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/. Acesso em: 03/10/2021.

312 Disponível em: https://camarb.com.br/en/arbitration/arbitrations-with-the-public-administration/. Acesso em: 03/10/2021.

administrativistas Gustavo da Rocha Schmidt, Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Estefam. Para os autores, duas práticas já se destacam como necessárias: (i) que sejam divulgadas as informações relativas ao assunto do procedimento arbitral, os valores envolvidos e também a câmara e os árbitros escolhidos; e (ii) que cada vez mais o Poder Público e as câmaras regulamentem a publicidade nos procedimentos arbitrais, sempre que possível especificando as hipóteses e a forma pela qual tanto a transparência do procedimento se dará, como os casos em que a decretação do sigilo se fará necessária.[313] [314]

No mesmo sentido, em artigo que trata especificamente da confidencialidade nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias em que a Administração Pública é parte, Carlos Alberto de Salles advoga que como forma de garantir um controle expressamente previsto pela própria Constituição Federal, ao mesmo tempo em que se mantém "o sigilo quando necessário ao funcionamento dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias é fundamental garantir pelo menos a disponibilização de informações quanto à sua existência e, posteriormente, quanto a seus resultados."[315] Nesse aspecto, e especificamente quanto à arbitragem, defende a ampla publicidade dos seguintes documentos e atos: (i) da sentença arbitral; (ii) dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral; (iii) dos elementos de prova; e (iv) dos elementos de argumentação que serviram de base à decisão de arbitragem.[316]

Portanto, e visto tudo o que foi exposto acima, no que se refere à fragilidade que representa o risco de desrespeito ao princípio da publicidade, tem-se que a análise deve se dar sobre a forma com que a publicidade vem sendo perfectibilizada. Não por outra razão, será justamente esse o ponto analisado neste trabalho no estudo de caso e no exame dos dados colhidos junto às Câmaras Arbitrais e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

4.3.1.2. O risco de decisões contraditórias

Além da possibilidade do desrespeito ao princípio da publicidade, outra questão que se coloca, supostamente negativa à segurança jurídica na arbitragem como meio de resolução

---

[313] Conclusões baseadas nos entendimentos apresentados por SCHMIDT, Gustavo da Rosa. *Opus citatum*, p. 65; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 60.

[314] Na mesma linha, Alberto Jonathas Maia advoga que devem ser publicizadas pelas entidades privadas em seu sítio eletrônico ou em outro meio de fácil acesso as seguintes informações que o referido autor entende como essenciais ao conflito: partes, árbitros, petições e, principalmente, sentença arbitral. (MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 345).

[315] SALLES, Carlos Alberto de. *Opus citatum.* p. 166.

[316] *Idem*, *ibidem*.

de conflitos no setor de infraestrutura, refere-se ao risco de que um conflito que verse sobre o mesmo assunto venha a ser decidido de formas diferentes em decisões que sejam contraditórias. Isso porque, caso a publicidade nos processos arbitrais que envolvem o Poder Público não se dê de maneira adequada, inexistem modos, bem definidos, de se criar uma espécie de jurisprudência de decisões arbitrais, o que impede, consequentemente, que se tenha conhecimento sobre a maneira como determinados temas vêm sendo decididos pelos tribunais arbitrais.

Nessa linha, Evandro Pereira Caldas analisa o tema em sua dissertação de mestrado. Advoga nos seguintes termos o autor:

> O fato de o processo arbitral, mesmo envolvendo a Administração Pública, ainda ser de acesso restrito, não ajuda a formação de uma jurisprudência arbitral. Embora as arbitragens da qual façam parte a Administração sejam públicas, o Brasil ainda carece de um repositório de sentenças arbitrais. Não há ferramenta que permita fácil acesso às decisões arbitrais que já foram exaradas, o que dificulta até mesmo o conhecimento da existência de eventual precedente. Assim, verifica-se que a arbitragem, por produzir decisões apenas voltadas ao caso concreto e não passíveis de aplicação geral ou uniformização, possui uma limitação institucional mais acentuada do que o Poder Judiciário. Quanto maior o número de arbitragens e julgamentos contraditórios sobre o mesmo tema, maior será a insegurança jurídica.[317]

Desse modo, o risco de decisões contraditórias, nos casos que envolvem procedimentos arbitrais no setor de infraestrutura, será outro ponto examinado a partir dos dados colhidos e do estudo de caso que será realizado.

4.3.2. Custos elevados da arbitragem

Quando se fala de arbitragem, um ponto sempre levantado é o fato de os custos desse procedimento para o usuário serem, em teoria, mais elevados que o do Poder Judiciário estatal.

Ainda que por um período a ideia de que a arbitragem traria menos custos às partes tenha sido preponderante,[318] essa tese, ao longo do tempo, deixou de ser defendida por parte

---

[317] CALDAS, Evandro Pereira. **Controle da Administração Pública pela via arbitral.** 2020. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29551, p. 97. Acesso em: 19/12/2022.

[318] Selma Lemes, por meio de um caso hipotético, foi autora que já chegou a defender essa tese em seu doutoramento. Para verificar o referido caso, consultar: LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública.** Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 176-178.

dos estudiosos, que passaram a sustentar que a questão dos custos dependerá de cada caso, isto é, variará conforme a situação e o tipo de conflito.[319]

André Rodrigues Junqueira, por exemplo, em artigo específico sobre o tema, destaca que ao se compararem os dois procedimentos, judiciário estatal e arbitragem, os custos do último, em geral, mostram-se mais maiores que o do Poder Judiciário, razão pela qual a opção pela arbitragem se justifica apenas no cenário em que, nas palavras do autor, "os litigantes estejam dispostos a pagar caro por um melhor serviço prestado".[320] O referido autor enfrenta, inclusive, especificamente os casos de contratos de infraestrutura, indicando que as situações vivenciadas nos conflitos desses setores, em muitas situações, exigem a presença de câmaras arbitrais internacionais e tribunais formados por três juristas, e por isso "não se pode afirmar a priori qual método de solução de disputas é menos custoso. Isso dependerá de cada caso, das premissas adotadas e do resultado do litígio".[321] [322] Tece suas conclusões da seguinte forma:

---

[319] Importante registrar que em um estudo mais recente sobre o tema, publicado em 2020 na Revista Brasileira de Arbitragem, os autores Heitor Vitor Mendonça Sica e Wilson Pimentel chegaram à conclusão de que "não seria absolutamente verdadeira a fama de que a arbitragem, no Brasil, seria um método mais caro de solução de conflitos se comparado com o processo judicial". Segundo os autores, a arbitragem só seria mais custosa às partes com menos chance de êxito, porém "falaciosa para as partes com maiores probabilidades de sucesso", já que na arbitragem inexiste "restituição dos honorários contratuais gastos pela parte vencedora e, ainda, pelo pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora". Arrematam na conclusão do estudo: "Com relação às grandes demandas, a arbitragem é, sim, mais adequada. Mas não o é por ser um método 'custoso' de solução de conflitos e que comporta apenas grandes causas, mas porque se revela, nessas grandes ações, mais barato do que o processo judicial." O estudo dos referidos autores, que se valeu de ferramentas da análise econômica do Direito, o modelo econômico do agente racional sobre a decisão de litigar, apresentado por Shavell, analisou o regime de custas na Justiça de quatro estados (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), bem como as despesas administrativas e honorários de árbitros de quatro instituições arbitrais (CAM-CCBC, CBMA, CCI e CIESP/FIESP). Todavia, e embora seja um importante estudo, de extrema relevância e que deve ser levado em consideração pelos *players* da arbitragem, ele apresenta uma característica que prejudica a sua completa utilização nesta pesquisa. Os autores, como eles próprios indicam, tiveram como enfoque do ensaio apenas os "custos financeiros incorridos pelas partes litigantes, sem considerar a hipótese de gratuidade de justiça, no processo judicial". Até mesmo por isso, os autores não consideram "outros custos incorridos pelas partes de forma indireta, como aqueles decorrentes da demora da solução do conflito e custos de oportunidade decorrentes da indisponibilidade do 'bem da vida' em disputa". Assim, e, insista-se, apesar de se considerar um relevantíssimo estudo sobre o tema, não há como suas conclusões serem utilizadas em sua integralidade neste trabalho, justamente por aqui tratar-se de um estudo sobre a arbitragem nos setores de infraestrutura, isto é, uma arbitragem com a Administração Pública, o que traz, necessariamente, especificidades no que se refere ao regime de custas pagas em eventual processo judicial. O estudo completo pode ser encontrado em: SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral *versus* Custo do Processo Judicial**: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira. Revista Brasileira de Arbitragem. Ano XVII – nº 68 – Out-Nov-Dez/2020. p. 42-66.

[320] JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Opus citatum,* p. 183.

[321] *Idem*, *ibidem*, p 187.

[322] O professor Gustavo Justino de Oliveira é autor que, há tempos, defende que a arbitragem não serve para todo e qualquer contrato. Ainda quando se acreditava que a arbitragem seria uma espécie de solução para o desafogamento do Poder Judiciário, o referido autor apontava que isso não se confirmaria na prática, uma vez que a arbitragem é um instituto vantajoso para determinados e específicos tipos de contratos e eventuais conflitos. Advoga no seguinte sentido: "A arbitragem não é uma panaceia para a solução de litígios decorrentes de todo e qualquer contrato público. Assim, a previsão de cláusula compromissória coadunar-se-ia a contratos de alta complexidade e que demandem uma resolução altamente técnica e célere, como são os contratos da área de infraestrutura, por exemplo. O uso indiscriminado da arbitragem pela Administração Pública revela-se

> [...] como critério residual para o uso de cláusulas compromissórias, merece ser considerado o valor do contrato. Como sabido, o valor da avença representa uma estimativa do dispêndio financeiro ao longo de sua execução, de modo que os instrumentos obrigacionais de elevado valor costumam versar sobre investimentos relevantes ao Estado ou despesas operacionais com serviços importantes aos cidadãos. As externalidades positivas geradas com tais contratos demandam um sistema eficiente e capacitado para solução de disputas e, ao mesmo tempo, justificam os gastos com despesas administrativas das câmaras arbitrais, honorários de árbitros e peritos, entre outros valores.[323]

O que se verifica, portanto, é que a arbitragem, de modo geral, é um procedimento mais custoso do que o Judiciário, se o que é comparado são apenas as cifras. O que precisa ser averiguado, contudo, é se as características que diferenciam o instituto arbitral do Poder Judiciário estatal compensam esse custo adicional, como a maior celeridade na resolução do conflito, a maior qualidade da decisão, entre outros fatores. Trata-se, em outras palavras, de uma análise de risco, examinando-se a função econômica que é exercida por uma convenção de arbitragem.[324] O próprio Decreto Federal nº 10.025/2019, mais especificamente em seu artigo 6º, leva em consideração essa "análise econômica" da convenção arbitral.[325]

Veja-se, ainda, que o benefício econômico não se limita à parte privada, mas está também nos interesses da Administração Pública. Gustavo da Rocha Schmidt faz uma importante colocação nesse sentido:

> Processos sem fim, associados a uma visão protetiva do erário público, podem ser bons, em uma visão simplista e imediata, para os entes públicos. Evitam desembolsos, protelam condenações. A advocacia pública ganha mais causas; tende a se sagrar vencedora nas disputais judiciais, com mais frequência. Quando perde, os processos nunca chegam ao final. Em médio prazo, contudo, as consequências são devastadoras para aqueles que investem em concessões e parcerias público-privadas, aumentando significativamente o custo de transação e prejudicando sensivelmente o ambiente de negócios com o Estado. Reduz-se a competição, majoram-se os preços e, ainda, estimulam-se práticas não muito

---

contraproducente, e, por isso, tal opção estratégica haverá de ser reservada para determinados casos e modelagens contratuais, e previamente motivada pela realização de estudos de impacto que avaliem a eficiência do uso da arbitragem. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Opus* citatum, p. 36).

[323] JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Opus citatum*, p. 240-241.

[324] Brilhante análise e estudo sobre o tema é realizado por: MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo.** Salvador: JusPodivm, 2020, p. 187-2055

[325] Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.
§ 1º Será dada preferência à arbitragem:
I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e
II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa:
a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários.

> republicanas. Muitos desistem de contratar com o Poder Público, ante os riscos envolvidos. Ao passo que aqueles que insistem em empreender em negócios estatais, naturalmente, embutem os riscos envolvidos no preço.[326]

Ou seja, ainda que em um primeiro momento possa parecer que os custos de um processo judicial seriam menores para o Estado, a longo prazo a perspectiva é que esse cenário se altere. Isso porque, já se levando em consideração a relativa deficiência do Judiciário estatal e todo o prejuízo que eventual resolução de conflitos por este meio venha a causar, os contratantes passam a inserir esses custos já em suas propostas, o que por si só traz maiores prejuízos à Administração. Ou, o que é pior, até mesmo param de demonstrar interesse em contratar com o Estado brasileiro, diminuindo eventuais participantes de processos licitatórios, o que consequentemente impacta a quantidade de empresas na disputa e, por decorrência lógica, se reflete na quantidade de propostas mais vantajosas (tecnicamente e economicamente) para o Poder Público.[327]

De qualquer forma, para além das conclusões tiradas da revisão bibliográfica apresentada acima, a questão dos custos, nesta pesquisa, será analisada posteriormente de maneira empírica, sendo confrontada com os demais pressupostos levantados. Isto é, empreender-se-á uma análise de custo *versus* benefício.

4.3.3. Insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral: a arbitrabilidade objetiva nos contratos de infraestrutura

A questão da arbitrabilidade objetiva[328] nas arbitragens que envolvem a Administração Pública já foi enfrentada e desenvolvida no capítulo anteriores deste trabalho. Na oportunidade,

---

[326] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos: the do's and dont's. *In*: Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr: Administração Pública e Arbitragem. Organizadores: Debora Visconte; Giovanni Ettore Nanni; Lucas de Medeiros Diniz, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020, p. 279.

[327] No mesmo sentido: MEGNA, Bruno Lopes. **Notas sobre os princípios da Administração Pública na Consensualidade Administrativa – e sua relação com as PPPs**. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coords.) Experiência práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. I – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 295-315, p. 308-310.

[328] Valendo-se das mesmas conclusões que chegou Luis Roberto S. Cordeiro Guerra, quanto ao tema da arbitrabilidade, no seu aspecto subjetivo, entende-se que não se fazem necessárias maiores reflexões, uma vez que diante da evolução legislativa "parece não mais existir dúvidas ou discussões acerca da possibilidade de as agências reguladoras firmarem convenções arbitrais. Há expressa previsão em lei admitindo essa possibilidade e, nesse contexto, o ponto não demanda maior reflexão." (GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. **As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais.** Revista Digital de Direito

analisou-se uma série de teorias que buscam definir quais seriam as matérias passíveis de serem arbitradas quando o procedimento envolver ente do Poder Público. Na ocasião, entendeu-se que hoje inexiste uma teoria que consiga abarcar, na totalidade, todas aquelas que seriam as matérias passíveis de serem arbitradas, ao passo que o ideal, pelo menos na visão do autor desta pesquisa, é que cada vez mais regulamentos e convenções arbitrais especifiquem tais matérias.

De qualquer forma, quando se trata do setor de infraestrutura, altamente regulado, a questão da arbitrabilidade objetiva ganha contornos ainda mais controversos, sendo, dessa forma, um tema que pode pesar negativamente no momento de escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos em contratos de infraestrutura, visto a insegurança quanto aquilo que pode ou não ser arbitrável.

É bem verdade que nos últimos tempos alguns diplomas legais buscaram afastar as dúvidas conceituas sobre o que seria ou não arbitrável no âmbito dos setores de infraestrutura. Um dos exemplos mais positivos é o Decreto Federal nº 10.025/2019, já estudado neste trabalho, que dispõe sobre a arbitragem que envolva a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário, e que, como já examinado, prevê como controvérsias que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o cálculo de indenização decorrente de extinção ou transferência do contrato de parceria e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídos a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Todavia, embora não haja dúvida quanto à arbitrabilidade de algumas matérias, existem tantas outras que podem surgir na execução de um contrato de infraestrutura que ficam em uma zona cinzenta no que diz respeito à possibilidade ou não de serem submetidas à arbitragem, especialmente ao se levar em consideração que nos setores de infraestrutura esses conflitos geralmente envolvem "a participação de órgãos reguladores, cujos atos – que podem gerar disputas – têm caráter de execução de políticas públicas, com reflexos para terceiros administrados e população em geral".[329]

Administrativo, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 88, p. 71-94 2019. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v6i2p71-94. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/154565. Acesso em: 10/10/2022.) Por essa razão, direciona-se o estudo desta pesquisa apenas para o aspecto objetivo da arbitrabilidade nos contratos de infraestrutura.

[329] MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. *Opus citatum*, p. 362. Da mesma autora: "O risco que se mostra é que, na tentativa de delinear o campo das matérias não arbitráveis, a Administração se utilize de termos abrangentes demais ou dúbios, esvaziando a própria opção pela arbitragem e a esperada eficiência dela decorrente".

Nessa linha, a grande questão que deve ser analisada quando se trata da arbitrabilidade objetiva nos contratos de infraestrutura é a de saber se uma discussão surgida em determinado contrato de concessão envolve um direito indisponível propriamente dito, na maioria dos casos por ser questão única e exclusivamente regulatória, ou se é uma consequência econômico-financeira originada daquele ato, primariamente, indisponível. Isso porque, nesse último caso, o da consequência econômico-financeira, a controvérsia será arbitrável. Em artigo específico sobre o tema, Octávio Fragata M. de Barros e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio assinalam o seguinte:

> Merece ser esclarecido que a possibilidade de arbitrar questões regulatórias não atinge, de qualquer maneira, a faculdade de o Estado decidir sobre os rumos que entende pertinente sobre tais questões nem significa qualquer "desestatização" do interesse público [...] Pelo contrário: o Estado continuará a decidir, nos limites da lei e da Constituição, o conteúdo dos contratos administrativos. Todavia, se resolver alterá-los ou modificar entendimentos anteriormente firmados, o impacto que esses ajustes terão sobre o contrato e a equação econômico-financeira que moldou aquela relação jurídica será considerado como afetando não uma relação indisponível, mas aquela que é disponível e transacionável – tanto que já objeto de contrato de concessão – e será naturalmente analisada na jurisdição arbitral – e não estatal – exatamente como acordado no Contrato de Concessão.[330]

Nesse mesmo sentido, uma abordagem interessante do tema, que pode auxiliar na definição da arbitrabilidade objetiva dos contratos de infraestrutura, é a que distingue as cláusulas contratuais entre regulamentares e econômicas.[331] Nessa proposta, as primeiras são aquelas que "disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de modo a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são por definição dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente".[332] Já as cláusulas contratuais econômico-financeiras são aquelas que, diferentemente das regulamentares, de exercício de modificação unilateral, permitem ao contratado requerer o devido ganho econômico, garantindo que aquela previsão contratual "não

---

[330] BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Arbitragem em questões regulatórias: possibilidades, limites e critérios para a efetivação do princípio da publicidade.** *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 307-323, p. 318.

[331] Sobre o tema, ler ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 112-114.

[332] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

será modificado sem a garantia da sua justa remuneração; e atuam no decorrer da vigência contratual, pois viabilizam os recursos necessários para a correta execução do seu objeto"[333].

Quanto às últimas, as cláusulas econômico-financeiras, não existem maiores dúvidas quanto à sua arbitrabilidade. Essas são arbitráveis, uma vez que, como a própria definição de cláusulas econômico-financeira indica, não se referem às cláusulas originadas de competências públicas unilaterais e inderrogáveis da Administração, uma vez que abordam temas atinentes ao interesse econômico do particular, assuntos suscetíveis de contratação (acordar, transigir e até renunciar).[334] Categóricos nesse sentido são os apontamentos de Edison Eduardo Borgo Reinert: "face a imposição constitucional de manutenção da equação econômico-financeira do contrato nada obsta que eventual conflito entre Administração e particular que tenha por objeto apenas questões financeiras seja levado a jurisdição arbitral".[335] [336]

Já quanto às cláusulas regulamentares, a questão não é tão simples. Isso porque, embora haja uma tendência doutrinária em apontar que são arbitráveis as cláusulas econômico-financeiro e inarbitráveis as cláusulas regulamentares, este autor entende que essa não é a conclusão mais acertada. As conclusões deste trabalho são a de que, dentro das cláusulas regulamentares, também existem matérias arbitráveis. Explica-se.

O autor desta pesquisa segue a linha de não serem arbitráveis, no que tange às cláusulas regulamentares, aquelas que versem acerca de poderes administrativos ou atribuições unilaterais. Desse modo, "não é arbitrável o exercício do poder de fixar e disciplinar o modo e

---

[333] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

[334] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 118.

[335] REINERT, Edison Eduardo Borgo. **Contratos administrativos e a aplicabilidade de Lei de Arbitragem.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=501f>. Acesso em: 04/10/2022.

[336] Na mesma linha, apontam Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara: "As condições de exploração são objeto de negociação desde um primeiro momento, quando o Poder Concedente delega o serviço do qual é titular para ser explorado por terceiros. As condições econômicas de prestação do serviço são determinadas contratualmente entre o Poder Concedente e as empresas. Depois, no relacionamento de tais empresas com outros agentes do mercado, mais uma vez, o que se tem é a livre disposição sobre as condições econômicas. Nesses casos, não há qualquer tratativa sobre questões de império, ou seja, sobre temas insuscetíveis de negociação. As partes envolvidas definem, fazendo uso de seu respectivo poder de autotutela, quais as condições econômicas do relacionamento. A duração do contrato, a remuneração do contratado e as condições de pagamento, multas pecuniárias e, se assim dispuserem, a sujeição do contrato à arbitragem são exemplos de temas que, embora digam respeito à prestação de um serviço público, podem ser perfeitamente objeto de negociação entre as partes envolvidas. Trata-se do que, na terminologia empregada na Lei de Arbitragem, é denominado de direito disponível, isto é, direito negociável, passível de estipulação em contrato e, consequentemente, de ser objeto de procedimento arbitral" (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Opus citatum*, p. 121).

a forma da prestação do serviço"[337], assim como também são inarbitráveis "as atividades pelas quais a Administração define, dentre outros, as características do serviço, como o nível e cobertura do serviço que melhor atenda ao interesse público, [...] a área de abrangência do serviço [...] o exercício do poder de polícia, da atividade regulatória e questões do domínio fiscal".[338] Ou seja, em resumo, não são arbitráveis as questões dos contratos de infraestrutura que envolvam assuntos próprios e exclusivos da Administração, como o seu juízo de conveniência e oportunidade.

Entretanto, e mesmo dentro das cláusulas regulamentares, existem matérias que serão passíveis de serem resolvidas por arbitragem. Válido utilizar-se das conclusões de Alexandre Santos de Aragão. Para o autor, a origem legal das cláusulas contratuais não afetará a sua natureza jurídica, que é contratual, o que consequentemente não impactará a sua arbitrabilidade.[339] Por essa razão, o autor entende que "sempre que afirmada a natureza contratual de dada controvérsia, possível será submetê-la à resolução perante organismos arbitrais, ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela Administração".[340] [341] Por sua precisão e detalhamento, reporta-se à construção do seu entendimento:

> A Administração Pública quando celebra contratos possui, a exemplo de qualquer particular que também o faça, uma série de poderes sobre a outra parte, muitos deles unilaterais (ex.: a denúncia vazia nos contratos de locação, a imposição de diversas regras pelos franqueadores, a aplicação e a execução de sanções através da caução prestada etc.). Poderes unilaterais ex contractu não deixam de sê-lo pelo

---

[337] ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 117.
[338] *Idem*, *ibidem*.
[339] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Arbitragem no Direito Administrativo.** Revista da AGU, Brasília, v. 16, n. 03, 30 set. 2017, p. 36
[340] *Idem*, *ibidem*, p. 41.
[341] Ainda Alexandre Santos de Aragão explica que as cláusulas que, ainda que inseridas dentro de um contrato, não têm a chamada natureza contratual são inarbitráveis. Essas, segundo o autor, seriam aquelas "cláusulas que lá se encontrem com finalidade exclusivamente didática, aquelas que já seriam de todo aplicáveis a qualquer particular independentemente de qualquer avença (ex.: obrigação de não poluir ou de assinar a carteira de trabalho do seu pessoal). Na verdade, como essas matérias prescindiriam completamente do contrato, podemos afirmar que são contratuais apenas formalmente". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Opus citatum*, p. 44). No mesmo sentido, Felipe Faiwichow Estefam destaca que "não é arbitrável o exercício do poder de fixar e disciplinar o modo e a forma da prestação do serviço, pois se trata de competências legais inderrogáveis pela Administração. O exercício desta competência concretiza-se pela elaboração de cláusulas necessárias do contrato (art. 55 da LGL) e de cláusulas essenciais contratuais (art. 23 da Lei das Concessões Comuns). Incluem-se também neste gênero as atividades pelas quais a Administração define, dentre outros, as características do serviço, como o nível e cobertura do serviço que melhor atenda ao interesse público, as regras sobre relacionamento entre concessionário e usuário, o valor tarifário, a área de abrangência do serviço, os poderes administrativos unilaterais, a forma pela qual as prestações dos contratos serão cumpridas, a organização dos serviços sob responsabilidade do contratado, o exercício do poder de polícia, da atividade regulatória e questões do domínio fiscal." (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Opus citatum*, p. 117).

> simples fato de uma das partes ser a Administração Pública. [...] O que deve ficar claro é que as reprimendas e os poderes unilaterais outorgados pelo contrato (ainda que previstos mediatamente em Lei) à Administração Pública não se confundem com o poder de polícia e, portanto, não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral. O seu fundamento imediato e definitivo não é a Lei, nem muito menos à soberania estatal, mas o negócio jurídico estabelecido pelos contratantes, do mesmo modo que seria (e o é) em relação a agentes particulares.[342]

Veja-se, portanto, que na visão do autor, endossada neste trabalho, tanto seriam arbitráveis as cláusulas econômico-financeiras, como as cláusulas regulamentares que possuem natureza contratual, isto é, aquelas em que as determinações, mesmo previstas em lei, têm sua aplicação em um campo negocial. Em resumo, são arbitráveis as cláusulas cujo "[...] fundamento de aplicação imediato, reitere-se, é o contrato; a lei é apenas o quadro do qual ele parte",[343] ou, em outra definição do mesmo autor, "as matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas ou, melhor dizendo, todas aquelas que tenham em um contrato a sua fonte jurígena imediata e imprescindível".[344]

Assim, em conclusão, pode-se resumir que são arbitráveis aqueles conflitos que se originem de cláusulas que tratam de critérios de reajuste ou obrigações e das responsabilidades das partes, incluindo questões atinentes ao inadimplemento contratual; e aqueles envolvendo interpretações sobre questões técnicas, sendo estas definidas aqui como aquelas em que a resolução do conflito não dependerá de uma análise de oportunidade e conveniência da própria Administração a partir do interesse público.[345] [346]

Um exemplo desse último cenário é o caso de uma discussão entre agência reguladora e concessionária, em que se discute se empresa contratada está, de fato, explorando apenas as áreas que foram definidas em cláusula contratual. Em um cenário como esse, bastará que a partir de uma perícia especializada seja averiguada que área que a concessionária está explorando, e que o árbitro confirme se aquele é o perímetro que estava previsto em contrato. Todavia, veja-se que nesse mesmo exemplo seria inarbitrável qualquer conflito que adentrasse em uma discussão sobre se o perímetro da área disponibilizado pela agência para exploração da concessionária deveria ser aumentado porque isso poderia trazer maiores benefícios à União,

---

[342] *Idem*, *ibidem*, p. 39-41.
[343] *Idem*, *ibidem*, p. 35.
[344] *Idem*, *ibidem*, p. 44.
[345] *Idem*, *ibidem*, p. 112-121.
[346] Veja-se que, corroborando essa possibilidade de se arbitrarem questões estritamente técnicas, ainda que advindas de atos administrativos, tem-se a própria previsão do inciso I, § 1º, art. 6º, do Decreto nº 10.025/2019, que regula a arbitragem em uma série de setores de infraestrutura, segundo a qual "Será dada preferência à arbitragem: I – nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos".

em virtude, vamos supor, de características geográficas da área que foram descobertas durante a execução contratual. Nesse caso estar-se-ia alterando a cláusula contratual, e não a interpretando.[347] [348]

Vai-se além. Isso porque, ademais de defender a possibilidade de arbitragem das cláusulas contratuais cuja natureza jurídica seja contratual, o autor deste trabalho também se filia ao entendimento de que mesmo os direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis - inarbitráveis portanto - podem ter suas consequências econômico-financeiras submetidas à arbitragem. Isto é: ainda que determinada obrigação contratual seja em si indisponível e, consequentemente, inarbitrável, o impacto financeiro da sua aplicação pode ser discutido em sede arbitral.[349] Em outras palavras, defende-se a arbitrabilidade das consequências patrimoniais originadas da aplicação de cláusulas regulamentares atinentes a prerrogativas próprias e exclusivas do Poder Público.

Observa-se que nesse caso não se trata de entender como arbitrável o conteúdo daquela cláusula regulamentar, mas a consequência financeiro-patrimonial originada dela. Para ilustrar, imagina-se determinada situação em que a Administração Pública, por seu juízo de conveniência, decida rescindir um contrato. Nesse caso, seria inarbitrável qualquer discussão atinente à possibilidade de a Administração efetuar essa rescisão, isto é, o uso da sua determinada prerrogativa pública, mas seria arbitrável a repercussão econômica dessa medida,

---

[347] REINERT, Edison Eduardo Borgo. *Opus citatum*.

[348] Luis Roberto Sigaud Cordeiro Guerra segue o mesmo entendimento. Em artigo específico da área, o autor destaca que "Eventual divergência relacionada à competência de emitir normas, notadamente aquelas voltadas à inserção de novas diretrizes de planejamento no setor, não parece ultrapassar a análise da arbitrabilidade objetiva. De fato, decidir a respeito de uma nova política regulatória é uma atividade inerente e privativa das agências reguladoras e que levam em conta o interesse público primário (ou, no entender de outra vertente doutrinária, não é uma prerrogativa negociável contratualmente)." Como exemplo desse cenário, aponta "a opção de uma agência reguladora por adotar nova política de reajuste de preços em um determinado setor. A rigor, se essa agência reguladora, no pleno exercício da competência e de sua faculdade de regular o mercado entendeu como benéfica (ou necessária) a utilização de nova diretriz para o setor, eventual conflito sobre a matéria não poderá ser submetido à arbitragem. Isso porque, ao agir assim, a respectiva agência reguladora apenas fez valer a sua opção regulatória, a qual não poderá ser questionada pela via arbitral". Todavia, complementa com ressalva já explorada neste trabalho: "Evidentemente, se essa nova política de preços causar efeitos no âmbito do contrato, tal como o desequilíbrio financeiro, a questão da recomposição financeira do partícipe lesado poderá ser solucionada mediante a utilização da via arbitral, justamente por envolver os reflexos patrimoniais da atividade da agência reguladora – e não o questionamento da conveniência da adoção dessa nova política setorial." (GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. *Opus citatum*)

[349] REINERT, Edison Eduardo Borgo. *Opus citatum*.

ou seja, as consequências econômico-financeiras que a rescisão unilateral trouxer ao contratado.[350] [351]

Bem arrematam e sintetizam a questão os já citados autores Octávio Fragata M. de Barros e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, ao concluírem em artigo específico da área que "aos poucos vai se firmando o entendimento de que interpretações relativas aos contratos firmados com a Administração Pública, no que tange às suas consequências pecuniárias, serão compreendidas como direitos patrimoniais disponíveis e, nesse sentido, passíveis de serem submetidas a juízo arbitral".[352] [353]

Portanto, e concluindo todo o cenário desenvolvido nos parágrafos acima no que tange à arbitrabilidade objetiva, transcrevem-se as brilhantes ilações de Luis Roberto Sigaud Cordeiro Guerra para sintetizar o exato posicionamento adotado neste trabalho sobre o tema:

> Portanto, do ponto de vista da arbitrabilidade objetiva, as agências reguladoras poderão se valer da arbitragem para dirimir seus litígios quando a matéria discutida envolver questões ou reflexos patrimoniais da sua atuação no setor regulado. Em nenhuma hipótese, contudo, poderá se utilizar a via arbitral para discussão de regras e diretrizes definidas para ao setor regulado, as quais são emitidas em benefício do interesse público primário (e não contratualizáveis). Tampouco será possível o emprego desse método de resolução de litígios para definir a aplicação ou o afastamento de sanções impostas pelas agências reguladoras nos usos de sua atribuição fiscalizatória, no pleno exercício do poder de polícia. Fica, contudo, resguardada a possibilidade de discussão na arbitragem, quando a matéria envolver questões sancionatórias de natureza contratual.[354]

De mais a mais, também no caso específico da arbitrabilidade vinculada aos contratos de infraestrutura, há de se apontar que a solução efetiva para trazer maior segurança jurídica

---

[350] Entende da mesma maneira Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "pode [um tribunal de arbitragem] decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico – Conjur**, 4 set. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratosadministrativos2. Acesso em: 06/10/ 2022.)

[351] Também nessa linha advoga Alexandre Santos de Aragão, para quem "as controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica (ex.: dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, caso tenham repercussões patrimoniais (ex.: indenizações por prejuízos eventualmente causados, etc.)." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Opus citatum*, p. 26).

[352] BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Opus citatum*, p. 319.

[353] Igualmente, advoga o já amplamente citado autor Luis Roberto Sigaud Cordeiro Guerra: "Portanto, o conflito não será suscetível de submissão à arbitragem, se questionar a conveniência da edição de norma emitida pela agência reguladora, nos usos de sua atribuição e dentro de sua opção regulatória. Por outro lado, os efeitos resultantes dessa nova política adotada pela agência reguladora poderão, em tese, ser discutidos em procedimento arbitral." (GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. *Opus citatum*)

[354] GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. *Opus citatum*.

aos conflitos arbitrais do setor é aquela já apontada neste trabalho no capítulo anterior, no tópico *3.3.3. Matérias passíveis de serem arbitradas*. A conclusão lá consignada também se aplica à questão da arbitrabilidade nos contratos de infraestrutura, isto é, a ideia de que os contratos prevejam cláusulas arbitrais que apresentem, dentro do possível, a lista de matérias que serão passíveis de serem arbitradas.

Nesse sentido, pode ser citado como exemplo o já examinado Decreto nº 10.025/2019, que prevê, em lista exemplificativa, as matérias que são de direito patrimonial disponível, como, por exemplo, as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Com a mesma lógica, podem ser citadas cláusulas arbitrais ou compromissos arbitrais que também preveem – e delimitam – as matérias que serão passíveis de resolução por arbitragem. Nesse aspecto, por exemplo, menciona-se a convenção de arbitragem utilizada na Décima Terceira Rodada de Licitação da ANP. Previa o item 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".[355]Ainda podem ser citados como exemplos: (i) a cláusula compromissória prevista nos contratos de concessão da ANAC, dos aeroportos GIC, Confins, Lagoa Santa, São Gonçalo do Amarante, Brasília, Guarulhos e Campinas, que previa como matéria arbitrável "Qualquer litígio ou controvérsia relativa às indenizações devidas quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens revertidos"; e (ii) a cláusula compromissória prevista no contrato de construção da Linha 4 do metrô de São Paulo, que estipulava como arbitráveis os conflitos relativos às seguintes matérias: (a) reconhecimento do direito e determinação do montante de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; (b) implantação e funcionamento do sistema de arrecadação centralizada, bem como a repartição de arrecadação; (c) reconhecimento de

---

[355] Cláusula transcrita por Gustavo da Rocha Schmidt em sua obra ***Arbitragem na Administração Pública.*** Curitiba: Juruá, 2018, p. 119. Na mesma página de sua obra, importante apontar, o referido autor criticou a inserção da expressão "*interpretação de definições legais*" no rol das situações que não abarcariam direito patrimonial disponível. Advogou da seguinte forma: "Ocorre que a atividade do árbitro, em essência, é a de interpretar o direito posto (isto é, a interpretação de definições legais). Demais disso, inexiste 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, pelas regras e pelo regime 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."

hipóteses de inadimplemento contratual; (d) cálculo e aplicação do reajuste tarifário; (v) acionamento dos mecanismos de garantia; (e) definição do número de trens que deverão ser adquiridos pela concessionária para operação da Fase II, tendo em vista os resultados dos estudos de reprojeção da demanda; (f) aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na cláusula 11a; (g) valor da indenização no caso de extinção da concessão; (h) inconformismo de qualquer das partes com a decisão do comitê de mediação; e (i) qualquer divergência quanto ao Programa de Desmobilização. Além das matérias elencadas, havia a previsão de que as partes poderiam submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, delimitando seu objeto no compromisso arbitral.[356]

Desse modo, quanto à arbitrabilidade objetiva nos contratos de infraestrutura, são as que foram feitas acima as principais considerações a serem tecidas, tendo sido construído o que se considera o pressuposto teórico adequado.

De qualquer forma, para a efetiva compreensão do tema, válido que se analise como as previsões acima podem ser interpretadas na prática. Para tanto, escolheu-se analisar dois casos reais no que tange à arbitrabilidade objetiva dos contratos de infraestrutura: (i) o caso Petrobras *vs.* ANP: Conflito de Competência nº 139.519-RJ – STJ; e (ii) o caso do Procedimento nº 04/2014 – CAMARB, que tratou de conflito entre o estado de Pernambuco e duas sociedades limitadas em contrato de concessão de serviço público.

4.1.1.1. O caso Petrobras *vs.* ANP: Conflito de Competência nº 139.519-RJ – STJ e o caso do Procedimento nº 04/2014 – CAMARB

Um primeiro caso real que serve para melhor aquilatar as discussões travadas no tópico anterior é o Conflito de Competência nº 139.519-RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ,[357] e conhecido como "Parque das Baleias". Este Conflito de Competência foi suscitado pela Petrobras S/A, em desfavor do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2 e do Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do estado do Rio de Janeiro, e em favor da Corte

---

[356] Para conferir mais exemplos, inclusive os citados neste trabalho, conferir a pesquisa realizada por YAMAMOTO, Ricardo. *Opus citatum*, p. 189-202.

[357] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Conflito de Competência nº 139519 RJ 2015/0076635-2**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 11/10/2017, Data de Publicação: DJE 10/11/2017.

Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI.[358] Debatia-se na ocasião a competência para se julgar controvérsias financeiras que surgiram a partir de ato administrativo da ANP, mais especificamente a Resolução de Diretoria/ANP nº 69/2014.[359]

O caso, em resumo, envolveu a cobrança pela ANP de uma participação especial alegadamente devida pela Petrobras em razão da exploração de campos de petróleo e gás no litoral capixaba. Isso porque, após 16 anos de vigência do contrato, a ANP proferiu decisão administrativa que unificou todos os campos anteriormente arrematados, criando um único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte) e, consequentemente, gerando o dever de pagamento dessa participação especial – a citada RD/ANP nº 69/2014.

Na ocasião, tinha-se que o Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 48000.00350/97-49, Bloco BC-60, pactuado entre a Petrobras e a ANP para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural do estado do Espírito Santo, continha convenção de arbitragem que indicava a CCI como a câmara responsável pela administração de um eventual litígio que surgisse na execução do contrato.[360] Todavia, após a instauração do processo arbitral, e alegando que a matéria do conflito era inarbitrável, por se tratar de direito patrimonial indisponível, a ANP, com o estado do Espírito Santo participando como assistente processual, ajuizou a ação anulatória nº 0006800-84.2014.4.02.5101 perante a Justiça Federal da 2ª Região, requerendo a suspenção da arbitragem. Em primeira instância, com o fundamento

---

[358] Participaram na qualidade de partes interessadas o estado do Espírito Santo, a ANP e o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis.

[359] Sintetizam a temática do conflito, nos seguintes termos, e em artigo específico sobre o caso, os autores Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz: "Em 2016, por meio da Resolução de Diretoria nº 69/2014 (RD/ANP nº 69/2014), a ANP modificou unilateralmente as condições para a execução contratual. Os campos arrematados pela Petrobrás na rodada zero foram unificados – o que alterou a distribuição de *royalties* e modificou outros parâmetros que afetam o contrato relativo à área do Parque das Baleias. Esta remodelação provocou 'alteração da forma de pagamento dos direitos de participação de exploração, com aumento de arrecadação dos entes públicos na ordem de bilhões de reais', gerando desavença entre as partes. A majoração dos *royalties* teria por beneficiário o estado do Espírito Santo (não signatário da convenção de arbitragem). Diante do impacto financeiro decorrente da decisão, a Petrobras, sem lograr êxito em pedido de reconsideração na via administrativa, ajuizou ação cautelar perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, objetivando suspender os efeitos do ato regulatório até a constituição de Tribunal Arbitral. Na sequência, instaurou arbitragem questionando a aplicabilidade da RD/ANP nº 69/2014 e postulando a declaração de sua nulidade. (MOREIRA, Egon Bockmann. CRUZ, Elisa Schmidlin. Regulação e Arbitragem – Caso Petrobrás vs. ANP: CC nº 139.519-RJ – STJ. *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 261-283, p. 265-266).

[360] A cláusula 29 do referido contrato de concessão previa, de maneira genérica, que qualquer controvérsia relacionada ao contrato seria submetida à 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".

do princípio da competência-competência,[361] a ação foi julgada improcedente, razão pela qual tanto a ANP, quanto o estado do Espírito Santo, apelaram ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

De qualquer forma, em virtude do prosseguimento da ação arbitral, o estado do Espírito Santo apresentou medida cautelar, de nº 0001194-18.2015.4.02.0000, em que pretendia a suspensão do procedimento arbitral até que fossem julgadas as apelações interpostas na ação anulatória. A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, primeiro por decisão monocrática da relatora e posteriormente confirmada de forma colegiada, concedeu a liminar para suspender o procedimento arbitral, em decisão que o referido Tribunal entendeu pela inarbitrabilidade da questão:

> [...] a matéria objeto da RD nº 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da clausula de compromisso arbitral.

Foi a partir da decisão acima que a Petrobras suscitou o Conflito Positivo de Competência aqui analisado (Conflito de Competência nº 139.519/RJ). Após uma série de manifestações e recursos judiciais dentro do próprio Conflito de Competência, cuja análise é escusada por não interferir diretamente na questão da arbitrabilidade que se busca aqui enfrentar, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria de votos, em 11 de outubro de 2017, decidiu que cabia ao Tribunal Arbitral decidir quanto àquele conflito entre a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Petrobras no estado do Espírito Santo. Contra os votos do Ministro Relator Napoleão Nunes Mais Filho e do Ministro Benedito Gonçalves, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de "convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público" e, assim, decidiu "que o direito patrimonial objeto do contrato de concessão (fls. 44/95) é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral.

---

[361] O princípio competência-competência estabelece regra de precedência temporal, assegurando ao árbitro a possibilidade de dizer, em primeira mão, se há jurisdição arbitral para dirimir a disputa e se a convenção de arbitragem é existente, válida e eficaz. Nesse aspecto, em âmbito arbitral, o princípio afasta a possibilidade do exame antecedente dos tribunais estatais sobre as condições de validade do processo arbitral, com a dilação do controle judicial para momento posterior ao final daquele, enquanto no seu caráter positivo consagra a legitimidade da via arbitral para essa cognição primária. (ANCEL, Bertrand. Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". Tradução: Maria Claudia de Assis Procopiak. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, vol. 2, no 6, p. 52-64, abr./jun. 2005).

Assim, importa para a análise que se busca aqui realizar debruçar-se sobre um dos pilares decisórios do STJ nessa questão, qual seja, o da arbitrabilidade objetiva de conflitos originados de contratos de infraestrutura - nesse caso, do setor de petróleo e gás natural. Embora o enfretamento do tema não se tenha dado de maneira direta, justamente pelo fato de o STJ ter decidido que a questão deveria ser julgada pelo Tribunal Arbitral, observa-se que tanto o voto prevalente, quanto os votos-vistas e o voto originário adentraram na temática da arbitrabilidade objetiva.

No voto vencedor, por exemplo, a Ministra Regina Helena Costa registrou que "sempre que a Administração contrata, há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público", e concluiu que "o direito patrimonial objeto do contrato de concessão é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral". Na mesma linha, o Ministro Benedito Gonçalves entendeu que "a controvérsia travada entre Petrobrás e a ANP relativa ao contrato de concessão para exploração petrolífera tangencia direito patrimonial disponível, passível de solução via arbitragem".

Desse modo, e embora não tenha sido o tema fruto de uma análise exaustiva e completa por parte do STJ, pode-se destacar, valendo-se de apontamentos realizados por Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz, em artigo específico que analisou este Conflito de Competência, que

> [...]a indicação de reconhecimento pelo STJ da arbitrabilidade objetiva de conflitos relacionados a direitos e obrigações decorrentes de contrato de concessão para a exploração de petróleo e gás pode ser vista como uma contribuição positiva do caso 'Petrobrás-ANP' para a segurança jurídica do instituto da arbitragem.[362]

De qualquer forma, e ainda que, efetivamente, a análise da arbitrabilidade objetiva do conflito não tenha sido consignada em decisão final, entende-se, pelos fundamentos já expostos no tópico anterior, que, por se tratar de consequências econômico-financeiras decorrentes de uma resolução da ANP, era plena a possibilidade de julgamento por um Tribunal Arbitral, uma vez que o que realmente se discutia era a cobrança da participação especial em razão da nova

[362] MOREIRA, Egon Bockmann. CRUZ, Elisa Schmidlin. *Opus citatum*, p. 275.

resolução (RD/ANP nº 69/2014), isto é, as consequências econômico-financeiras que este ato administrativo trouxe.[363]

Ainda com base na já citada análise específica do presente caso realizada pelos autores Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz, é válido relatar um importante debate sobre a disponibilidade dos direitos previstos em regulamentos e contratos firmados pela Administração que é realizado pelos referidos administrativistas:

> Está na hora, portanto, de encontrar formas de aplicar a juridicidade com maior efetividade e eficiência. Afinal, as autoridades públicas não podem definir o conteúdo de seus regulamentos e contratos, com a participação ativa de pessoas privadas? Ora, se detém a competência para escolher o que, quando, onde e como deve ser efetivado aquele contrato, por que se lhes negar a capacidade de negociar tais elementos e, diante de controvérsias, submetê-los à arbitragem? [...] Ora, se os regulamentos e os contratos são dispostos pela própria administração pública, pode-se entender que o que neles se origina e o que por eles é criado, salvo exceção expressa (ou remissão imediata às leis), tem como premissa cognitiva a disponibilidade e a possibilidade de ser submetido à instância arbitral. Se a Administração dispõe, desde o edital, como deve ser desenvolvido o contrato administrativo, não pode pretender que se trata de assunto indisponível (a celebrar critério enviesado de "disponibilidade cronológica": ontem, disponível; hoje, quando surge o conflito, indisponível).[364]

Outra importante consequência deste julgamento foi que a partir dele a ANP realizou uma série de modificações na forma com que desenha as suas cláusulas compromissórias – o que passou a servir, inclusive, como modelo para outras agências reguladoras e outros setores de infraestrutura.[365]

Nessa linha, veja-se que após a decisão relatada acima do Superior Tribunal de Justiça, a ANP realizou a Consulta Pública nº 24/2017, ocasião em que debateu, justamente, o modelo

---

[363] Posição contrária à firmada nesta pesquisa é a de Patrícia Ferreira Batista, que, em parecer produzido em 30 de março de 2015, a pedido da Agência Nacional de Petróleo, e publicado em 2017 pela RDA – Revista de Direito Administrativo, consignou o seguinte: "O cabimento do procedimento arbitral não depende apenas da vontade das partes manifestada no contrato, mas também — e principalmente — da ordem jurídica nacional. (iii) No caso, o litígio submetido a juízo arbitral pela Petrobras envolve direito indisponível e, por isso, objetivamente inarbitrável. (iv) A interpretação, pela ANP, do conceito legal de campo de petróleo situa-se na esfera de exercício de função regulatória, acerca da qual a agência não dispõe de liberdade para transacionar, ceder, renunciar ou alienar de qualquer maneira. Trata-se de questão sujeita à autoridade estatal, considerada a relevância estratégica da atividade para o Estado brasileiro. (v) O emprego da arbitragem para dirimir litígios nos contratos de concessão e exploração de petróleo entre o ente regulador/ concedente e os concessionários, à luz do direito brasileiro, será naturalmente limitado a questões que possam ser configuradas como exclusivamente contratuais e que, ainda assim, não refiram diretamente ao atingimento dos fins públicos pretendidos pelo legislador." (BATISTA, Patrícia Ferreira. Parecer. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobrás e a ANP. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 251-318, maio/ago. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Adminis_275.09.pdf. Acesso em: 01/11/2022.

[364] MOREIRA, Egon Bockmann. CRUZ, Elisa Schmidlin. *Opus citatum*, p. 276-277.

[365] BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Opus citatum*, p. 317-318.

de redação de cláusulas compromissórias presentes nos Contratos de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural das Rodadas de Licitação. Inclusive, após a referida consulta, as cláusulas desses contratos passaram a conter a seguinte redação:

> 36.5. As Partes desde já declaram estar cientes de que a arbitragem de que trata esta cláusula refere-se exclusivamente a controvérsias decorrentes do Contrato ou com ele relacionadas e apenas é possível para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos Termos da Lei nº 9.307/1996.
> 36.5.1. Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta cláusula: (a) incidência de penalidades contratuais e seu cálculo, e controvérsias decorrentes da execução de garantias; (b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de partilhas; (c) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das Partes; e (d) demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual.[366]

Seguiu no mesmo caminho a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que em 14 de maio de 2019 publicou a já citada Resolução nº 5.845/2019, documento que fixou as regras a serem seguidas nas soluções extrajudiciais de controvérsias entre a agência e seus regulados. A referida resolução prescreveu como direitos patrimoniais disponíveis, em lista exemplificativa, os seguintes: (i) o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) as indenizações decorrentes de extinção ou transferência dos contratos; (iii) as penalidades contratuais e seu cálculo; (iv) o processo de relicitação nas questões que envolvem o cálculo de indenizações; e (v) as questões relativas a inadimplemento contratual (art. 2º).[367] No parágrafo único do seu artigo 2º, a resolução ainda acrescentou:

> Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.

Não tardou também que a Advocacia Geral da União criasse um Núcleo Especializado em Arbitragem, o que ocorreu em 13/06/2019 por meio da Portaria nº 320/2019, a qual definiu um conjunto de questões que devem ser observadas pelos procuradores na execução dos procedimentos arbitrais.

---

[366] Referência à minuta de contrato de Concessão da 16ª Rodada de Licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural, disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/pt/16-rodada-de-licitacao-de-bloco/pre-edital-e-minuta-do-contrato-de-concessao. Acesso em: 01/112022.

O que se verifica, portanto, é que, embora o caso Parque das Baleias não tenha, efetivamente, enfrentado a questão da arbitrabilidade objetiva em setores de infraestrutura, ainda assim abriu espaço para inúmeras discussões atinentes ao tema, que já se transformaram em melhorias na prática, com novas, e mais completas, redações de convenções arbitrais nos contratos firmados nos setores regulados, além da criação de setores especializados em arbitragem dentro do Poder Público.

Em acréscimo, e agora tratando diretamente de análise feita por um tribunal arbitral, também é oportuno citar o Procedimento nº 04/2014, conflito administrado pela CAMARB que teve como árbitra presidente a Dra. Selma Lemes. Este procedimento, que envolvia o estado de Pernambuco contra duas sociedades limitadas em contrato de concessão de serviço público, discutiu, na seara da arbitrabilidade, o caráter contratual e as consequências patrimoniais de determinado ato que, à primeira vista, poderia ser entendido como indisponível.

Na ocasião, as empresas requerentes pretendiam que fosse declarada a nulidade e a ineficácia da reversão manifestada pelo estado de Pernambuco da anuência que dera para a transferência a uma terceira empresa das suas participações na SPE Reintegra Brasil S/A, e a restituição da anuência manifestada pelo Requerido ao estado anterior, ou, na impossibilidade de se restaurar tal anuência, a condenação do Requerido ao pagamento de indenização.

Ao longo do processo, o estado de Pernambuco alegou a inarbitrabilidade objetiva do litígio. Os árbitros, por sua vez, entenderam que a matéria era arbitrável, em decisão que vale ser colacionada, visto o enfretamento dado para a questão da arbitrabilidade objetiva:

> O Tribunal Arbitral entende que a matéria objeto da presente arbitragem é arbitrável. Em que pese as Requerentes concentrarem seu pleito na validade ou não da revogação da autorização para a transferência do controle acionário da SPE para a DAG, não se discute na arbitragem a legalidade do ato administrativo, mas sim suas consequências patrimoniais, não havendo que se falar, pois, em inarbitrabilidade objetiva. A matéria abordada está delimitada e vinculada à seara contratual (Contrato de Concessão Administrativa). No que concerne aos seus efeitos patrimoniais são perfeitamente disponíveis e arbitráveis, estando na órbita dos interesses secundários ou derivados do Requerido, na qualidade de agente público. O objeto da controvérsia gira em torno do ato de autorização da transferência da participação societária das Requerentes na SPE, por força da Cláusula 10.5 do Contrato. Ademais, encontram-se no âmbito da arbitragem as questões decorrentes dos efeitos patrimoniais, cujos fundamentos remotos vinculam-se a uma esfera alheia a este procedimento. Impedir o exame da matéria pelo fundamento deduzido pelo Requerido seria equivalente a restringir a discussão patrimonial sobre atos de revogação ou de anulação de procedimentos licitatórios. Mais ainda, seria inviabilizar por completo a arbitragem envolvendo entes públicos, na medida em que boa parte dos atos determinantes de litígios são de caráter administrativo, mas que se desenvolvem, quanto a seus efeitos, na esfera privada. Violar expectativas legítimas é algo que não se admite no âmbito público e

> a incidência do princípio da boa-fé é também possível quando existem pessoas jurídicas de direito público na relação jurídica.

Como se verifica, também neste caso a arbitrabilidade objetiva de conflitos, embora o ato administrativo seja inarbitrável, em razão de a sua consequência ser patrimonial, foi confirmada.

Por fim, e uma vez abordada a questão da arbitrabilidade objetiva nos conflitos que envolvam os setores de infraestrutura, também a partir de dois casos que analisam a temática, encerra-se este tópico com uma análise muito elucidadora, e que resume o que foi tratado nas linhas acima, dos autores Octávio Fragata M. de Barros e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

> Merece ser esclarecido que a possibilidade de arbitrar questões regulatórias não atinge, de qualquer maneira, a faculdade de o Estado decidir sobre os rumos que entende pertinentes sobre tais questões nem significa qualquer "desestatização" do interesse público [...] Pelo contrário: o Estado continuará a decidir, nos limites da lei e da Constituição, o conteúdo dos contratos administrativos. Todavia, se resolver alterá-los ou modificar entendimentos anteriormente firmados, o impacto que esses ajustes terão sobre o contrato e a equação econômico-financeira que moldou aquela relação jurídica será considerado como afetando não uma relação indisponível, mas aquela que é disponível e transacionável – tanto que já objeto de Contrato de Concessão – e será naturalmente analisada na jurisdição arbitral – e não estatal – exatamente como acordado no Contrato de Concessão. Isso decorre da necessidade de se assegurar segurança jurídica, garantia fundamental esta assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e pela força obrigatória dos contratos e dos princípios gerais e razoáveis da boa-fé previstos no Código Civil.[368]

Neste aspecto, tendo-se firmado o pressuposto explorado acima no que tange à arbitrabilidade objetiva nos contratos de infraestrutura, o que é preciso confirmar agora – e que será feito posteriormente a partir de estudo de caso e de exame de dados obtidos junto às câmaras arbitrais e ao NEA –, é se a incerteza quanto à definição do que é ou não arbitrável em âmbito de setores regulados vem sendo um fator que está impactando a segurança jurídica do setor.

4.3.4. Receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado: o desrespeito ao regime jurídico de direito público

[368] BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Opus citatum*, p. 318.

Como último pressuposto teórico que pode prejudicar a segurança jurídica das arbitragens nos setores de infraestrutura está o receio de desrespeito ao regime jurídico de direito público e da ausência de imparcialidade, e consequente preferência, em favor do ente privado na resolução de conflitos por meio da arbitragem.

De acordo com o que já foi tratado anteriormente, a Administração Pública, ao se submeter a um procedimento arbitral, não se desincumbe dos preceitos e das características atinentes ao regime jurídico de direito público. Determinadas especificidades e características desse regime devem ser observadas, especialmente pelos tribunais arbitrais.

Assim, por um longo período houve uma grande desconfiança, especialmente dos entes públicos, de que no procedimento arbitral determinadas prerrogativas do regime jurídico de direito público não seriam respeitadas, e, especialmente, por ser um meio de resolução privado, de que haveria uma preferência em favor deste polo. André Rodrigues Junqueira é autor que já estudou esse cenário:

> Em grande parte das decisões proferidas em arbitragens com participação da Administração Pública, é comum que os julgadores utilizem métodos interpretativos próprios dos contratos privados para análise dos pleitos. Em geral, questões envolvendo a aplicação de pacta sunt servanda, a exceção do contrato não cumprido ou de legitimas expectativas criadas por uma parte em relação a outra são compreendidas como absolutamente aplicáveis, independentemente de uma das partes contratuais ser pessoa jurídica de direito público.
>
> Essa tendência sempre incomodou aqueles dedicados ao estudo do regime jurídico administrativo e que eram cientes das regras próprias aplicáveis aos contratos da Administração Pública, por imposição constitucional ou legal. Não se trata de defender uma ideologia de supremacia do interesse público sobre o particular, a qual já foi superada pela doutrina contemporânea, mas sim do cumprimento de regras objetivas, que são de conhecimento daqueles que disputam um procedimento licitatório.[369]

Portanto, é importante que não se confunda o caráter privado da arbitragem com a natureza jurídica dos litígios que serão resolvidos por meio desse instituto. O fato de a arbitragem ser um método privado de resolução de conflitos nada tem a ver – ou não deve interferir – na natureza dos conflitos que serão resolvidos por meio de um processo arbitral.[370] Em outras palavras, o autor deste trabalho mantém a firme posição de que em conflitos arbitrais

---

[369] JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Sentença Arbitral Comentada.** Revista Brasileira de Arbitragem, v. 63, ano XVI, jul.-set./2019, p. 130.
[370] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Opus* citatum, p. 34.

envolvendo o Poder Público, como são os que surgem no setor de infraestrutura, "o direito público há de ser o direito aplicável, com suas regras e princípios."[371]

Com mais esse pressuposto teórico desenhado, o que importa agora é averiguar, por meio do estudo de caso e exame dos dados que foram obtidos junto às câmaras arbitrais brasileiras e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, é se esses preceitos de regime público estão sendo respeitados e, consequentemente, se é confirmada ou afastada a suspeita, especialmente do Poder Público, de que há certa parcialidade na resolução de conflitos por meio do processo arbitral.

4.4. ESTUDO DE CASO: O CASO LIBRA

Nos tópicos acima, assentaram-se os pressupostos teóricos que tratam das características do instituto arbitral que, em teoria, poderiam aumentar ou prejudicar a segurança jurídica dos contratos de infraestrutura.

Desse modo, foram assentados como características da arbitragem que teoricamente contribuem para a segurança jurídica do setor de infraestrutura as seguintes: (i) maior celeridade na resolução dos conflitos; (ii) soluções especializadas para os litígios; e (iii) uma maior atração do investidor estrangeiro.

Já como características negativas, foram levantadas as que seguem: (i) risco de desrespeito ao princípio da publicidade, com uma consequente ausência de uniformidade de decisões e o risco de decisões contraditórias; (ii) custos mais elevados da arbitragem em comparação ao processo judicial estatal; (iii) insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral; e (iv) o receio de preferência e parcialidade para o ente privado, com o consequente desrespeito ao regime jurídico de direito público.

Feito isto, neste trabalho passa-se a confrontar os pressupostos teóricos explorados acima com a prática observável. Neste ponto, inicia-se a análise a partir do estudo de um caso paradigmático envolvendo conflitos arbitrais em setores de infraestrutura, o conhecido Caso Libra.

4.4.1. Justificativa da escolha do caso[372]

---

[371] *Idem, ibidem.*

[372] Este tópico foi construído e se baseia nos ensinamentos de GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 54-55; 139-140.

O estudo de caso, de forma geral, consiste em uma descrição e análise mais intensiva de um fenômeno ou unidade social,[373] podendo ser caracterizado como uma pesquisa empírica que investiga o fenômeno no contexto da vida real, ocorrendo em um campo de observação delimitado.[374]

Assim, o estudo de caso em um trabalho científico é realizado quando se faz necessário estudar um fenômeno que não se pode separar do seu contexto. Trata-se de modalidade de pesquisa amplamente utilizada nas ciências sociais, justamente pela dificuldade em se ter uma distinção entre o fenômeno e o seu contexto. É bem verdade, por sua vez, que a análise de um único caso pode trazer uma base frágil para generalizações, todavia, como se verá adiante, o que se busca com o estudo do Caso Libra é proporcionar uma visão global do problema ou identificar possíveis fatores que o influenciam ou são por ele influenciados.

Todavia, para que essas análises possam ser feitas – e validadas – faz-se necessário que o caso escolhido seja devidamente justificado. Essa justificativa é ainda mais necessária quando se trata da análise de um caso único, como é feito nesta pesquisa. Nessas situações, é preciso, tendo por referência os ensinamentos de Antonio C. Gil, que o caso se enquadre em uma ou mais das seguintes naturezas: (i) caso raro, sendo aquele que acontece, como o nome já diz, de forma rara e, provavelmente, de difícil comparação; (ii) caso decisivo, sendo aquele que serve como confirmação (ou contestação) de uma teoria; (iii) caso revelador, sendo aquele que não está disponível para a maioria dos pesquisadores; (iv) caso típico, sendo aquele caso que é dito como a melhor representação do fenômeno estudado, o exemplo mais representativo; (v) caso extremo, sendo aquele que leva as condições do fenômeno estudado ao seu limite; e (vi) caso discrepante, sendo o que se destaca por estar além dos limites do fenômeno estudado, mas ainda o representa.[375]

Na situação aqui analisada, o Caso Libra, entende-se que este se enquadra, ao menos, em duas das naturezas acima: amplamente se comporta como um caso típico, sendo que, em algumas situações, pode ser enquadrado como um caso extremo.

Explica-se.

---

[373] MERRIAM, S. **Qualitative research and case study applications in education.** San Francisco: Jossey-Bass, 1998.
[374] YIN, R. **Case study research: design and methods.** London: Sage, 1994.
[375] GIL, Antonio Carlos. *Opus citatum.*

O Caso Libra mostra-se como um caso típico, sendo, assim, uma melhor representação do fenômeno estudado, porque, de certa forma, perpassa praticamente todas as questões que são debatidas quando se tem uma arbitragem com a Administração Pública. No referido caso é possível identificar questões como: (i) o dever de publicidade nas arbitragens com a Administração Pública; (ii) a preocupação dos árbitros com aspectos do regime jurídico de direito público; (iii) a definição de câmara arbitral apta para a resolução de conflito dessa magnitude; (iv) a convenção arbitral preocupando-se em estabelecer e garantir que o conflito cuidaria única e exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis; e (v) a previsão de demais aspectos necessários em conflitos arbitrais com o ente público, como a necessidade de a arbitragem ser de direito, em respeito ao princípio da legalidade. Ou seja, em virtude da tipicidade do Caso Libra, é possível analisar as mais variadas características da arbitragem com a Administração Pública.

Por outro lado, o Caso Libra também pode ser enquadrado, em alguns aspectos, como de natureza extrema, porque envolve a resolução de um conflito decorrente de contratos extremamente complexos, tratando-se daquela que é, monetariamente, com decisão arbitral já proferida, a maior arbitragem brasileira com a participação da União.[376] Como se verá em maior detalhe posteriormente, o Tribunal Arbitral determinou o pagamento, pelas Requerentes, de R$ 3.423.346.623,36 (três bilhões, quatrocentos e vinte e três milhões, trezentos e quarenta e seis mil, seiscentos e vinte e três reais e trinta e seis centavos) à União.

A importância do caso, que justifica a sua análise, também pode ser constatada ao se verificar que tanto os órgãos de controle, quanto a doutrina,[377] se debruçaram sobre o exame do litígio. O Tribunal de Contas da União, por exemplo, por meio do Acórdão nº 1.563/2020 (Plenário, proc. TC 016.829/2020-3), reconheceu, em virtude do Caso Libra, a coisa julgada da sentença arbitral e sua inviolabilidade.[378]

Em resumo, o que se verifica é que o Caso Libra serve como objeto de análise justamente porque apresenta praticamente todas as temáticas procedimentais atinentes ao tema da arbitragem em setores de infraestrutura, ao mesmo tempo em que, para determinados pontos,

---

[376] Informação obtida da "Planilha de Arbitragens da União", disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf. Acesso em: 20/11/2022.

[377] A título de exemplo, podem ser citados os seguintes artigos que analisaram especificamente o Caso Libra e os seus desdobramentos: MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. **O TCU pró-arbitragem:** uma análise do caso Libra *In*: Arbitragem e Direito Processual.1 ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021, v.1, p. 413-426; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Sentença Arbitral Comentada. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 63, ano XVI, jul.-set./2019.

[378] Análise dessa Representação e do Acórdão nº 1.563/2020 do Tribunal de Contas da União foi realizada por MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. *Opus citatum*, p. 413-426.

como o valor da demanda e a matéria sindicada, ainda serve como um caso extremo, visto o alto montante em disputa e a complexidade das questões que foram discutidas. Ademais, por se tratar de um caso em que já foi proferida sentença arbitral, o conflito ganha ainda mais relevância, já que permite uma análise desde o seu início até a prolação da sentença.

Assim, por todas as razões elencadas acima é que se justifica a escolha do Caso Libra como o litígio de análise desta pesquisa. Trata-se de um dos maiores casos envolvendo a arbitragem em setores de infraestrutura brasileiros, com sentença proferida, que envolveu uma participação autônoma da União, e que perpassou por inúmeras temáticas do instituto arbitral.

Passa-se ao estudo do caso.

4.4.2. O caso concreto: breve apresentação e histórico[379]

No Brasil, as empresas estatais que realizam a gestão e a exploração de portos são as Companhias Docas. Foi por intermédio delas que ao longo do tempo a exploração dos terminais portuários brasileiros foi sendo delegada à iniciativa privada por meio de contratos que, em sua maioria, eram de arrendamento portuário. Esses contratos eram firmados após a realização de certames licitatórios lançados pelas referidas companhias.

Nessa linha, como forma de arrendar terminais disponíveis no complexo portuário de Santos, a Companhia Docas do estado de São Paulo (CODESP) passou a realizar uma série de certames. A empresa Libra Terminal 35 S/A (Libra) sagrou-se vencedora de 03 (três) desses certames, firmando com a CODESP os Contratos PRES 11/95 (referente ao Terminal 37); PRES 32/98 (referente ao Terminal 35); e DP 019.2000 (referente ao Terminal 33).[380] Cada contrato tinha vigência de 20 anos, prorrogáveis por igual período. Pelo direito de operar a área, a Libra comprometeu-se a realizar pagamentos mensais à CODESP, referentes à remuneração do arrendamento e à movimentação de contêineres.

Sucede que durante a execução contratual surgiram inúmeros litígios que culminaram na instauração de medidas tanto judiciais quanto administrativas. Os temas desses conflitos

---

[379] Este tópico se baseia na síntese do Caso Libra realizadas por MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. *Opus citatum*, p. 413-426, e nas informações disponibilizadas pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (AGU), mais especificamente o Termo de Compromisso Arbitral, o Termo de Arbitragem, a Sentença Arbitral Parcial e a Sentença Arbitral Final. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra>. Acesso em: 11 de nov. 2022.

[380] Contratos disponíveis em: <<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200. Acesso em: 11/11/2022.

eram os mais variados, incluindo, por exemplo, casos de supostos valores inadimplidos, questões de reequilíbrio econômico-financeiro, concorrência desleal, validade de aditamento, inexecução de obras, entre outros.

Especificamente quanto ao Contrato PRES/032.98, e já logo após a sua celebração, o Grupo Libra buscou renegociá-lo, razão pela qual desde 1999 deixou de efetuar pagamentos que eram previstos no instrumento contratual, alegando exceção de contrato não cumprido e desequilíbrio econômico-financeiro por fatos supervenientes imprevisíveis.[381]

Os conflitos, por sua vez, foram se prorrogando no tempo, e por isso, em 2015, a União, por intermédio da já extinta Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, firmou Termo Aditivo com o Grupo Libra, tendo como intervenientes a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e a CODESP. Nesse Termo Aditivo buscou: (i) unificar os três contatos firmados com a CODESP (PRES 11/95; PRES 32/98; e DP 019.2000, prorrogando-os até 2035); e, o que mais importa para esta pesquisa, (ii) celebrar Compromisso Arbitral,[382] como forma de redirecionar à arbitragem todas os litígios que estavam pendentes de decisão judicial.

O referido Compromisso Arbitral foi assinado em 02 de setembro de 2015 e, entre as previsões que vale destacar, trazia: (i) a arbitragem seria institucional e administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, regida, além do Compromisso Arbitral, pelas normas do Decreto nº 8.465/2015 e pelo Regulamento de Arbitragem da Câmara, com os casos omissos sendo resolvidos pela Lei nº 9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem) e, subsidiariamente, pelas normas do Código de Processo Civil brasileiro; (ii) dirimida por 3 (três) árbitros, indicados pela Câmara, e com o currículo submetido à análise das partes; (iii) o julgamento se daria a partir das normas de direito material estabelecidas pela legislação brasileira, em língua portuguesa, não sendo autorizado o julgamento por equidade; e (iv) o prazo para a prolação da sentença foi fixado em 24 meses, a

---

[381] Em resumo, o Grupo Libra alegava que a CODESP descumpriu compromissos contratuais em virtude dos seguintes atos: (i) não remanejamento de vias rodoferroviárias; (ii) disponibilização de áreas menores que a prevista em edital e profundidade do berço de atracação inferior ao previsto no edital. Em virtude disso, sustentavam a *exceptio non adimpleti contractus* e também desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O Grupo Libra alegava que o inadimplemento dessas obrigações prejudicou significativamente o desempenho de suas atividades no terminal, tornando a exploração do contrato de arrendamento, tal como pactuado, inviável sob o ângulo econômico-financeiro.

[382] Termo de Compromisso Arbitral disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_termo_de_compromisso_arbitral.pdf. Acesso em: 11/11/2022.

contar do dia 04 de abril de 2016, prorrogável por igual período.[383] Além disso, o Compromisso Arbitral predefiniu, em seu item V, as matérias dos conflitos que seriam julgadas no referido processo arbitral.

Desse modo, em outubro de 2016, o Grupo Libra apresentou Requerimento de Arbitragem em face da CODESP e da União. Após uma série de atos e requerimentos das partes, em 28 de julho de 2017 o presidente da CAM-CCBC declarou instituída a arbitragem, tendo sido firmado, em 04 de setembro de 2017, o Termo de Arbitragem.[384]

Deste Termo de Arbitragem, importa destacar o item 5.3, em que são apontadas as questões e matérias que seriam decididas pelo Tribunal Arbitral. Em resumo, o termo de arbitragem previa que a sentença arbitral deveria decidir sobre as seguintes questões: (i) inadimplemento por parte da CODESP ou Libra com relação às obrigações contratuais, bem como questões atinentes a uma espécie de readequação econômica (valores de arrendamento, valor de movimentação contratual – MMC, valores supostamente devidos por obras que foram executadas); (ii) prazos para os pagamentos dos supostos valores devidos; e (iii) o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Veja-se, portanto, que em resumo o litígio se formou sobre questões e consequências patrimoniais, que são, em regra geral, disponíveis.

Após iniciado, o procedimento seguiu seu curso, com a apresentação de alegações iniciais e consequentes respostas pelas partes, ambos os documentos munidos de laudos técnicos, depoimentos escritos, rol de testemunhas e especificação de provas, além da realização de audiências (preliminar e de instrução) para a exposição oral do caso pelos patronos das partes, entre outros atos.[385]

---

[383] Referido prazo foi posteriormente alterado pelo Termo de Arbitragem. Este, em seu item 9.6, prescreveu o seguinte: "Considerando que a Data de Eficácia prevista no Termo de Compromisso ocorreu em 04/04/2016, porém, o presente Termo de Arbitragem para início do procedimento somente foi firmado na data de hoje [a data era 04/09/2017], as Partes concordam que, para pleno exercício do seu direito de defesa, produção das provas necessárias e contraditório, o prazo final para a prolação da Sentença Definitiva será de 24 (vinte e quatro meses) a contar de hoje, 04/09/2017, sem prejuízo da possibilidade de eventual prorrogação, nos termos do artigo 8º, IV, do Decerto 8.465/2015 e item 5.5.1. do Termo de Compromisso.

[384] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_termo_de_arbitragem.pdf> Acesso em: 11/11/2022.

[385] Análise detalhada sobre a marcha processual do Caso Libra é realizada por MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. *Opus citatum*; sobre a questão há informações disponibilizadas pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (AGU), mais especificamente o Termo de Compromisso Arbitral, o Termo de Arbitragem, a Sentença Arbitral Parcial e a Sentença Arbitral Final. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra. Acesso em: 16/11/2022; e JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Sentença Arbitral Comentada (Caso Libra).** Revista Brasileira de Arbitragem, v. 63, p. 113-132, 2019.

Com o seguimento da devida marcha processual, a sentença arbitral parcial foi disponibilizada em 07 de janeiro de 2019,[386] com a sentença final proferida em 02 de setembro de 2019.[387] Nas referidas decisões o Tribunal Arbitral entendeu que não houve descumprimento do contrato por parte da CODESP, tendo o Grupo Libra, requerente da arbitragem, a totalidade dos seus pedidos julgados improcedentes, sendo condenado ao pagamento de quantia estimada em 2,7 bilhões de reais em valores históricos.

Em resumo, por não ter havido descumprimento contratual por parte da CODESP, inexistia a necessidade de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (nem mesmo em virtude de crises econômicas ou majoração de tributos), nem qualquer tipo de indenização por ato ilícito. O Tribunal ainda entendeu que era incontroverso que o Grupo Libra deixou de realizar o pagamento da integralidade do preço ajustado durante a vigência do contrato.

De qualquer forma, insatisfeitos com o resultado da arbitragem, o Grupo Libra propôs ação judicial buscando a declaração de nulidade das referidas sentenças arbitrais.[388] Alegou a violação ao artigo 32, incisos I, II e VIII, que preveem a declaração da nulidade da sentença quando, respectivamente: (i) for nula a convenção de arbitragem; a sentença (ii) emanou de quem não podia ser árbitro; e (iii) foram desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Até o momento, em âmbito judicial, todas as decisões também foram negativas ao Grupo Libra. A Justiça do Distrito Federal já proferiu decisão que negou o pedido do Grupo Libra para anular a sentença arbitral, inclusive condenando-o por litigância de má-fé. O Grupo Libra recorreu dessa decisão.

Este é o breve histórico, até o presente, do paradigmático Caso Libra.

4.4.3. Análise dos pressupostos teóricos relacionados ao Caso Libra

Passa-se agora a confrontar os pressupostos teóricos construídos nos tópicos 4.2 e 4.3 desta pesquisa com o que se pôde observar do Caso Libra, apresentado no tópico anterior.

---

386 Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em: 16/11/2022.

387 Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_final.pdf. Acesso em 16/11/ 2022.

388 Ação Anulatória nº 1016436-70.2019.4.01.3400, em trâmite perante a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Cumpre alertar que os resultados da presente pesquisa não se baseiam única e exclusivamente no Caso Libra, uma vez que as conclusões aqui obtidas ainda serão levaram em consideração o confronto dos pressupostos teóricos com os dados que foram obtidos junto às principais câmaras de arbitragem brasileiras e com o Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União, além de comentários (apenas complementares), sem a pretensão de servirem como conclusões empíricas, obtidos a partir de entrevistas que foram realizadas com profissionais que atuam em arbitragem nos setores de infraestrutura.

Passa-se ao referido confronto.

4.4.3.1. Celeridade na resolução dos conflitos

O primeiro pressuposto que se confronta com o Caso Libra é o da celeridade na resolução dos conflitos. Conforme tratado no tópico 4.2.1 deste trabalho, a perspectiva de uma maior celeridade na resolução dos conflitos por meio do instituto arbitral foi, ao longo do tempo, um dos principais atrativos para que fosse escolhido, quando possível, em detrimento do Poder Judiciário estatal.

Neste ponto, o autor deste trabalho reconhece que para que se pudesse ter uma resposta empiricamente fundamentada quanto à celeridade da resolução do Caso Libra em sede arbitral, em comparação com o tempo que levaria em um processo judicial estatal, seria necessário ter como parâmetro algum outro conflito do setor de infraestrutura, com características muito semelhantes ao do Caso Libra, inclusive em nível de complexidade, cujo trâmite se tivesse dado no Poder Judiciário estatal, já que com esses dois procedimentos lado a lado se poderia comparar o tempo de duração de cada um.

Todavia, e ainda que essa comparação direta não possa ser realizada, é inegável que é possível recorrer a outros aspectos para aferir se a celeridade na resolução do conflito realmente esteve presente no Caso Libra.

Assim, conforme pode ser verificado a partir das informações disponibilizadas no já citado sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União,[389] o Requerimento de Arbitragem em face da CODESP e da União foi apresentado em outubro de 2016, com a sentença parcial e a final tendo sido proferidas, respectivamente, em janeiro e

[389] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir. Acesso em: 16/11/2022.

setembro de 2019. Ou seja, o procedimento arbitral como um todo levou menos de três anos até a decisão final, com uma decisão parcial já tendo sido proferida em pouco mais de dois anos.

Nessa linha, um primeiro pilar de comparação pode ser obtido por meio de importante relatório anual que é emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulado "Justiça em Números", em que são analisados dados de todos os tribunais do Brasil, nas mais diferentes esferas (estadual, federal, eleitoral etc.). O mais recente desses relatórios é o de 2022, em que se analisaram dados obtidos do ano de 2021.[390]

Considerando a Justiça Federal, que seria a competente para julgar a demanda do Caso Libra, o relatório "Justiça em Números" informa que o prazo médio de tramitação de um novo processo na Justiça Federal, apenas no primeiro grau, é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, acrescidos de mais 1 (um) ano e 4 (quatro) meses no segundo grau. Ou seja, sem nem mesmo considerar a possibilidade de mais de um recurso no segundo grau, além de eventuais recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e/ou Supremo Tribunal Federal, vê-se que o tempo de duração no Poder Judiciário estatal já seria superior ao levado pelo Caso Libra na arbitragem.

Em acréscimo, no que se refere ao Caso Libra, ainda é preciso que se estudem todas as variáveis que estão envolvidas em um caso como esse. Trata-se de um litígio altamente complexo, envolvendo o setor de infraestrutura (altamente especializado), que teve em um de seus polos a presença de agência reguladora, uma ampla produção de provas, entre outras especificidades e acontecimentos que se desenrolaram ao longo do processo. É inegável que todos esses fatores impactariam o tempo do processo judicial, fazendo com que, muito possivelmente, esse fosse um processo cujo tempo de tramitação ultrapassasse a própria média estabelecida no relatório Justiça em Números.

Para ajudar na comparação, veja-se que a ação anulatória proposta pelo Grupo Libra na Justiça Federal do Distrito Federal, ação que questionou apenas os aspectos formais do conflito, sem nem mesmo adentrar em questões materiais do litígio, ou seja, ação que não passa nem perto de envolver toda a complexidade e necessidades procedimentais que uma ação de conhecimento desse caso envolveria, já se arrasta, entre um amontoado de recursos, por quase 3 (três) anos.

Ainda, não se pode deixar de destacar que um único processo arbitral resolveu conflitos que se arrastavam e se dividiam em nove ações judiciais. Isto é: além de toda a complexidade e do caráter altamente técnico das demandas, elas ainda estavam divididas em

---

[390] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf Acesso em: 16/11/2022.

nove ações judiciais, o que, certamente, impactaria ainda mais o tempo de duração de todas as demandas caso seguissem na Justiça estatal. Inclusive, e segundo o item 8 do Compromisso Arbitral,[391] firmado entre a União, a CODESP, a ANTAQ e o Grupo Libra, tanto a AGU (Advocacia Geral da União), quanto a CODESP produziram relatórios que estimaram como prazo de conclusão para todos os litígios, pela via judicial, como superior a oito anos, tendo em vista a complexidade das discussões e a possibilidade de interposição de recursos.

Ou seja: apesar de não ser possível afirmar com plena certeza que um caso como o aqui analisado levaria mais ou menos tempo no Poder Judiciário estatal do que durou na arbitragem, é inegável que seria um processo altamente litigioso e que muito provavelmente se ramificaria em uma série de outros recursos que atrasariam ainda mais a finalização do processo. Portanto, em conclusão, é muito mais provável que o tempo de resolução de um caso como o Libra, dentro do Poder Judiciário estatal, seria mais longo do que foi na arbitragem.

No mais, não se deve deixar de fora apontamentos que já foram realizados anteriormente, especialmente no que tange ao fato de que a celeridade não deve ser uma característica da arbitragem analisada individualmente. É preciso que essa celeridade se dê aliada à maior tecnicidade possível da decisão prolatada. Em resumo, é analisar o seguinte: ainda que tanto a arbitragem, quanto o Poder Judiciário estatal levem o mesmo tempo para a resolução de determinado litígio, a qualidade e tecnicidade dessa decisão será a mesma? Trata-se de um questionamento relevante, que será desenvolvido já no tópico seguinte.

Por fim, outra característica da arbitragem, presente no Caso Libra, deve ser apontada. As partes puderam definir o tempo de duração do processo. Conforme o item 9.6. do já citado Termo de Arbitragem, o prazo definido para a prolação de sentença definitiva foi o de vinte e quatro) meses, contados a partir de 04/09/2017. Veja-se que tanto considerando a data da prolação da sentença parcial, quanto da final, esse prazo foi respeitado, tendo-se uma decisão dentro dos vinte e quatro meses pactuados.

Assim, apesar de não se poder cravar, a partir de um exame único e exclusivo do Caso Libra, que a celeridade é uma característica efetivamente presente na arbitragem, praticamente todos os indícios apontam para essa conclusão.

De qualquer forma, o que se pode concluir é que, ao menos, um ponto negativo não é. Isso porque todos os aspectos examinados demonstram que não existe, no Poder Judiciário estatal, a partir da análise de caso paradigmático, uma maior celeridade na resolução dos

---

[391] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_termo_de_compromisso_arbitral.pdf. Acesso em: 17/11/2022.

conflitos que justifique apontar essa característica como mais positiva no Poder Judiciário estatal do que na arbitragem. Insista-se: ao que tudo indica, claro, salvo exceções, é que ou o tempo de duração de um conflito envolvendo os setores de infraestrutura será menor na arbitragem ou, ao menos, levará tempo semelhante ao do Poder Judiciário estatal.

4.4.3.2. Soluções especializadas para os litígios

O segundo pressuposto a ser confrontado com o Caso Libra refere-se às soluções especializadas para os litígios. Como analisado no tópico 4.2.2 deste trabalho, essa característica está diretamente ligada à autonomia das partes e ao seu poder de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais. De qualquer forma, para que se faça essa análise perante o caso Libra, é preciso primeiro examinar o desenho do Compromisso Arbitral do caso.

Nesse aspecto, o item 3.1 do Compromisso Arbitral previa que eventual arbitragem seria institucional e administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Veja-se que a escolha dessa câmara não foi aleatória. Trata-se de instituição que, segundo o item 14 do Compromisso Arbitral, "atende aos requisitos do § 2° do art. 4° do Decreto n° 8.465/2015". Eeste é um decreto já revogado, mas que previa, no indicado artigo e parágrafo, que a câmara deveria: (i) ter sede no Brasil; (ii) estar regulamente constituída há pelo menos três anos; (iii) estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e (iv) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Observe-se, portanto, que o Compromisso Arbitral cuidou de listar as características que deveriam estar presentes na câmara escolhida, como forma de dar maior garantia e segurança de que eventual litígio seria resolvido por uma câmara tecnicamente apta a resolver o conflito. Ou seja, houve o cuidado para que a escolha fosse por um ambiente seguro, técnico e adequado para a resolução de conflitos complexos como são os do setor de infraestrutura.

Inclusive, no próprio sítio eletrônico da Câmara de Arbitragem Brasil-Canadá é possível encontrar uma aba específica listando todos os procedimentos arbitrais em que são partes entes da Administração Pública direta,[392] atestando que a câmara administra ou já administrou quase dez procedimentos envolvendo entes públicos. Esse é um fator relevante, afinal, como já avançado nesta pesquisa, a arbitragem com a Administração Pública traz

[392] Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm. Acesso em: 17/11/2022.

consigo especificidades que devem ser observadas, razão pela qual a experiência em procedimentos dessa natureza se mostra um fator extremamente positivo.

Por fim, ainda há que se destacar que a Câmara Brasil-Canadá foi, mais uma vez, listada no topo da categoria "Leading", em ranking organizado pela Leaders League 2022 (responsável, como será mais bem explorado na sequência, por um dos principais ranqueamentos jurídicos do mundo, voltado para grandes empresas e executivos em nível internacional), destacando-se na categoria "Resolução de Conflitos – Câmaras de Arbitragem".[393] Todos esses são fatores que, somados, atestam a qualidade da referida câmara – o que, consequentemente, se soma ao aspecto positivo no pressuposto soluções especializadas aos litígios.

Já quanto à definição dos árbitros, recorre-se novamente ao Compromisso Arbitral. Este, em seu item 4.1, trouxe que o litígio seria dirimido por 3 (três) arbitros, indicados pela câmara, prevendo nos itens subsequente requisitos como os de que: (i) os currículos dos árbitros indicados pelas câmaras seriam submetidos à análise das partes; (ii) pelo menos um dos árbitros seria bacharel em direito; (iii) deteriam conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio; entre outros requisitos que buscavam dar segurança de que eventual decisão proferida seria técnica. Verifica-se, portanto, que houve uma real preocupação com a busca de dar uma solução especializada ao litígio, uma vez que se previu que a escolha dos árbitros deveria se dar perante uma série de requisitos que buscavam garantir isso.

E pode-se garantir que foi o que aconteceu na prática.

Conforme se verifica do Termo de Arbitragem, no seu item 4.1, o Tribunal Arbitral foi constituído pelos profissionais Lauro da Gama e Souza Jr. (presidente do Tribunal)[394], Cristiano de Souza Zanetti[395], e Rodrigo Garcia da Fonseca.[396] Ao se consultar o currículo desses profissionais, a qualificação técnica de todos para a resolução do conflito é evidente.

Por exemplo, o Sr. Lauro da Gama, presidente do Tribunal Arbitral, além de ser um árbitro que já atuou em mais de 80 casos arbitrais, é professor da Pontifícia Universidade Católica, onde leciona direito internacional privado, contratos e arbitragem comercial internacional. Além disso, já atuou como presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem,

---

[393] Disponível em: https://www.segs.com.br/demais/337093-cam-ccbc-permanece-como-lider-no-ranking-da-leaders-league-2022. Acesso em: 17/11/2022.

[394] SOUZA JR., Lauro da Gama. **Currículo do sistema currículo Lattes.** [Brasília], 13 out. 2022. Disponível em: <http://l1nq.com/V1byu >. Acesso em: 17 nov. 2022.

[395] Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/0967389593663820. Acesso em: 17/11/2022.

[396] Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/plugins/staff-listing/uploads/94752356898775772e779452e4c9856f.pdf> Acesso em: 17/11/2022.

ademais de possuir especializações na área da arbitragem. Quanto ao seu vínculo com as questões de direito público, como já apontado, importante para arbitragens que tenham a Administração Pública em um dos polos, em virtude das peculiaridades envolvidas, tem-se a sua atuação profissional como Procurador do estado do Rio de Janeiro.

Não diferem na qualidade técnica os profissionais Cristiano de Souza Zanetti e Rodrigo Garcia da Fonseca. Ambos altamente especializados em procedimentos arbitrais. Apesar de não se ter identificado entre as especializações dos profissionais uma atuação específica no setor portuário, todos os três árbitros são arbitralistas renomados, com grande expertise na resolução de conflitos e com conhecimento do regime jurídico de direito público.

O que se verifica, portanto, a partir da análise da escolha da câmara de arbitragem e dos árbitros, é que, no Caso Libra, houve efetivamente uma solução especializada para o litígio. Inclusive, fatores que corroboram esse cenário são o fato de a decisão se ter dado dentro do prazo regulamentar e, mesmo sendo posteriormente judicializada, se mantido até agora intacta, com todos os requerimentos de anulação da decisão arbitral, pela via judicial, negados até o momento.

Portanto, o que se pode concluir a partir de um caso paradigmático como o Libra, é que, se bem desenhada a convenção de arbitragem (seja uma cláusula compromissória, seja um compromisso arbitral), com requisitos claros quanto à necessidade de especialidade dos árbitros na matéria do litígio que será sindicado, isso no âmbito de uma câmara apta a julgar conflitos desse tipo, a arbitragem confere uma solução especializada para o litígio.

No Caso Libra, os pressupostos teóricos levantados nesta pesquisa quanto à especialidade do litígio (tópico 4.2.2) puderam ser observados. O caso foi resolvido por árbitros que tinham conhecimento especializado nas matérias presentes no conflito e em uma câmara estruturada para recebê-lo.

Assim, e em conclusão, com base no estudo do Caso Libra, pode-se afirmar que o pressuposto da solução especializada para o litígio é uma característica presente no processo arbitral.

4.4.3.4 Desrespeito ao princípio da publicidade

Anteriormente, quanto às análises dos pressupostos que, possivelmente, seriam negativos para a segurança jurídicas dos contratos de infraestrutura quando seus eventuais conflitos fossem submetidos à arbitragem, levantou-se o risco de um possível desrespeito ao

princípio da publicidade. Como já tratado nesta pesquisa, a arbitragem nos setores de infraestrutura, como foi a do Caso Libra, tem em um dos seus polos a Administração Pública, devendo-se, portanto, respeito ao princípio da publicidade. Assim, cumpre analisar se nesse caso paradigmático esse princípio foi respeitado.

Como visto, na arbitragem com a Administração Pública o sigilo deve ser a exceção, incidindo a real discussão hoje sobre quais documentos devem ser públicos, e não sobre se deve ou não haver publicidade.

Nessa linha, quanto ao Caso Libra, vê-se que, em muito por ser uma arbitragem que envolve a Advocacia Geral da União – AGU, que faz um importante trabalho na consolidação e disponibilização de informações por meio do Núcleo Especializado em Arbitragem, uma série de documentos do procedimento estão disponíveis.

Verificou-se que em aba específica do sítio eletrônico da AGU há um espaço destinado apenas ao Caso Libra,[397] com os seguintes documentos: (i) Termo de Compromisso Arbitral; (ii) Termo de Arbitragem; (iii) Sentença Arbitral Parcial; e (iv) a Sentença Arbitral final. Em outra aba, com uma planilha em que estão listadas as arbitragens com a União, estão disponíveis ainda outras informações, como: (i) processo e câmara de arbitragem; (ii) setor; (iii) valor; (iv) árbitros; (v) requerentes; (vi) requeridas/intervenção anômala; e (vii) a fase processual. Como se verifica, as mais relevantes informações referentes à arbitragem em estudo, em respeito ao princípio da publicidade, foram, e estão até hoje, disponibilizadas pela AGU.

Ademais, importante que se analise como se comportou, no que tange ao princípio da publicidade, o Tribunal Arbitral ao longo do procedimento. Por exemplo, durante o procedimento o Tribunal Arbitral emitiu a Ordem Processual nº 06, em que concedeu acesso aos autos a acionista da CODESP que o havia solicitado, não liberando apenas os documentos que tratavam de segredos comerciais do Grupo Libra.[398] Além disso, em agosto e setembro de 2018, o Tribunal Arbitral recebeu novos pedidos de acesso aos autos, sendo o primeiro requerido por advogada que não era constituída nos autos e o segundo por ofício da Procuradoria da República do Município de Santos (MPF). Por meio da Ordem Processual nº 15, concedeu-se acesso aos autos à advogada (exceção feita aos documentos já declarados sigilosos), e por meio da Ordem Processual nº 17 foi autorizado o envio de cópia integral dos

---

[397] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra. Acesso em: 18/11/2022.

[398] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra. Acesso em: 18/11/2022.

autos ao MPF, registrando a existência de documentos confidenciais e o dever de preservação do sigilo neste ponto.[399] Ou seja, respeitando as também constitucionais exceções ao princípio da publicidade, durante o Caso Libra tanto a AGU, quanto o Tribunal Arbitral respeitaram, de um modo geral, o princípio da publicidade.

Já quanto às informações disponibilizadas pela CAM-CCBC, instituição em que ocorreu o procedimento, tem-se que as únicas informações publicizadas, pelo menos de modo imediato, são a data de requerimento da arbitragem e o nome das partes.[400] Como já avançado anteriormente neste trabalho, não se entende que apenas essas informações tenham o condão de cumprir o dever constitucional de publicidade. Veja-se que no Caso Libra a publicidade é devidamente observada uma vez que o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU faz essa publicização, e porque o Tribunal Arbitral, quando provocado, atendeu as solicitações de acesso aos autos, mas a mesma ampla publicidade não ocorre por parte da instituição arbitral em que se desenrolou o procedimento.

Como já foi desenvolvido e justificado anteriormente, entende-se que nos casos da Arbitragem com a Administração Pública, e em virtude do princípio constitucional da publicidade, pelo menos alguns documentos devem ser publicizados pelo ente público e também pelas câmaras arbitrais, como o valor do procedimento, o nome das partes, assim como a convenção de arbitragem, o termo de arbitragem, a sentença, e, quando for o caso, as transcrições das audiências e os laudos técnicos produzidos – sempre, é claro, reservando aquelas informações que excepcionalmente afastem o princípio da publicidade.

Assim, e em conclusão, entende-se que o Caso Libra expõe dois cenários diversos: é um bom exemplo, indicando, no que se refere ao atendimento do princípio da publicidade, como deve se comportar tanto o Tribunal Arbitral, quanto a parte pública nas arbitragens nos setores de infraestrutura (arbitragens com a Administração Pública); por outro lado, evidencia que o mesmo respeito ao princípio da publicidade não vem sendo dado pelas instituições arbitrais, mesmo porque, para que o princípio da publicidade fosse de fato atendido, cabia à instituição divulgar mais informações do que simplesmente a data de requerimento de arbitragem e o nome das partes.

---

[399] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra. Acesso em: 18/11/2022.

[400] Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>. Acesso em: 18/11/2022.

Portanto, cumprirá averiguar, posteriormente, a partir de uma análise do comportamento das demais câmaras arbitrais, e do próprio Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, como o princípio da publicidade vem sendo perfectibilizado em outras situações e por outras instituições arbitrais, até mesmo para que se entenda se a situação do Caso Libra é um cenário isolado ou que se repete em outros processos arbitrais e câmaras.

4.4.3.5. Custos elevados da arbitragem

Outra característica da Arbitragem que sempre é palco de discussões são os seus custos. Como tratado no tópico 4.3.2 desta pesquisa, é praticamente um consenso que, objetivamente, os custos da arbitragem são mais elevados do que os do Poder Judiciário.

No caso aqui em análise, por exemplo, as despesas com o procedimento e honorários de árbitros pagos à época foram de R$ 3.113.889.00 (três milhões, cento e treze mil, oitocentos e oitenta e nove reais).[401] Sem a necessidade de maiores análises, trata-se de um valor muito superior a qualquer montante que seria pago no Poder Judiciário estatal.

Só para se ter uma ideia, considerando-se uma das custas judiciais mais caras do Brasil, a do estado do Piauí,[402] as custas iniciais de uma ação como a do Caso Libra ficariam no montante de R$ 13.706,24 (treze mil, setecentos e seis reais e vinte e quatro centavos). Mesmo que fossem consideradas eventuais interposições de Agravo de Instrumento e Apelação, e acrescentando-se ainda nessa soma eventual interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário, ainda assim esse valor dificilmente ultrapassaria os R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Obviamente, trata-se de uma comparação simples, podendo ser acrescida a ela uma série de variáveis, como a interposição de mais de um Agravo de Instrumento, custas com outros tipos de taxas judiciárias, enfim, outros gastos adicionais. Todavia, como quer que seja, seria praticamente impossível que essas custas chegassem sequer perto das despesas e honorários arbitrais pagos no procedimento arbitral do Caso Libra.

Portanto, baseado no paradigmático Caso Libra, pode-se concluir que as custas de um processo arbitral são mais elevadas que as do Poder Judiciário estatal. Todavia, não se pode deixar de destacar que, como já apontado anteriormente, a questão das custas não deve ser

---

401 Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_final.pdf. Acesso em: 18/11/2022.

402 Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/316382/piaui--paraiba-e-maranhao-tem-as-custas-judiciais-mais-caras-do-pais. Acesso em: 18//2022.

analisada de forma isolada. É preciso que esse seja um exame de custo-benefício, em que juntamente com o montante pago sejam considerados aspectos como a solução especializada do litígio, eventual maior celeridade na resolução do conflito, entre outras questões que, indiretamente, afetaram essas custas processuais.

De qualquer forma, em uma análise única e exclusivamente objetiva, pode-se apontar que a arbitragem é um meio de resolução de conflitos mais custoso do que o Poder Judiciário estatal.

4.4.3.6. A questão do investimento estrangeiro, da insegurança sobre as matérias e da imparcialidade dos árbitros

Ainda a partir do estudo de caso realizado sobre a arbitragem do Caso Libra, é importante que sejam confrontadas, mesmo que de maneira mais sintética, três características da arbitragem que foram levantadas como pressupostos teóricos: (i) possibilidade de maior atração do investidor estrangeiro; (ii) insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral; e (iii) receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado.

Quanto ao primeiro, a possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro, entende-se que o Caso Libra não dá suporte efetivo para qualquer conclusão a esse respeito. O Grupo Libra é um conglomerado empresarial de capital 100% nacional, ao passo em que a escolha pela arbitragem, pelo menos nesse caso, não se deu em virtude de se tratar de multinacional e/ou investidor estrangeiro que tinha maior confiança na arbitragem do que no Poder Judiciário.

Já no que tange ao segundo, a insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral, ideia vinculada às questões de arbitrabilidade objetiva, verifica-se que esse tampouco foi um ponto diretamente discutido no Caso Libra. Veja-se que mesmo na posterior judicialização do caso, os argumentos nunca envolveram uma suposta decisão do Tribunal Arbitral que adentrou em direitos indisponíveis.

A bem da verdade, o ponto que merece destaque no Caso Libra quanto à temática da arbitrabilidade objetiva refere-se ao completo desenho que se deu às matérias que seriam

enfrentadas pelo Tribunal Arbitral tanto no Termo de Compromisso Arbitral,[403] quanto posteriormente no Termo de Arbitragem.[404] Verifica-se em ambos os documentos que foram previstas em tópicos específicos quais seriam as matérias debatidas na arbitragem, devidamente as delimitando e, consequentemente, prevenindo que posteriormente esses pontos fossem questionados.

Como já tratado nesta pesquisa, em um cenário em que ainda subsiste grande dificuldade em delimitar, em sua totalidade, o que é e quais são os direitos patrimoniais disponíveis, cuidar para que as convenções de arbitragem bem delimitem essas matérias é uma forma de suprimir esse problema e trazer uma maior segurança jurídica ao procedimento. É justamente o que parece ter ocorrido no Caso Libra.

Por fim, quanto ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado na arbitragem, aliado a um risco de desrespeito aos preceitos do regime jurídico de direito público, o Caso Libra é conclusivo nesse sentido. Naquele que é, até o presente, o mais paradigmático caso envolvendo arbitragem com a Administração Pública, teve-se a parte pública sagrando-se vencedora da disputa, com todos os pedidos do Requerente (Grupo Libra) julgados improcedentes.

Assim, se existia uma desconfiança grande por parte do ente público sobre a imparcialidade do procedimento arbitral, é inegável que o caso em análise e o seu resultado foram – e são – uma demonstração objetiva de que uma eventual parcialidade em favor do ente privado, ao que tudo indica, inexiste – pelo menos ao se levar em consideração esse caso paradigmático do setor.

Ademais, quanto ao risco de desrespeito ao regime jurídico de direito público, o Caso Libra também é bastante positivo nesse aspecto. O Tribunal Arbitral demonstrou na sentença uma real preocupação com as peculiaridades do setor. Nessa linha, válido que se colacionem as palavras de André Rodrigues Junqueira, em comentários específicos à sentença arbitral proferida no Caso Libra:

> [...] a sentença arbitral do "Caso Libra" é uma surpresa positiva nesse aspecto, pois os julgadores apresentaram uma postura deferente ao regime jurídico imposto aos órgãos e às entidades públicas. Verifica-se, por exemplo, que (i) a

[403] Capítulo II do Compromisso Arbitral, intitulado "MATÉRIA DA ARBITRAGEM". Disponível em: https://www.gov.br/agu/ptbr/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra__termo_de_compromisso_arbitral.pdf. Acesso em: 19/11/2022.

[404] Capítulo V do Termo de Arbitragem, intitulado "DO OBJETO DO LITÍGIO E SUMÁRIO DAS PRETENSÕES DAS PARTES". Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_termo_de_arbitragem.pdf. Acesso em: 19/11/2022.

> decisão afastou a eficácia probante de documentos que não integravam o edital de licitação, ao analisar o conceito contratual de "profundidade adequada"; (ii) relativizou a importância de meras correspondências, no que diz respeito ao debate sobre a obrigação de dragagem; (iii) desconsiderou deliberações do Conselho de Administração da Codesp como fonte de obrigações perante a Libra; (iv) negou eficácia jurídica para aditamento contratual assinado e não publicado na imprensa oficial; entre outras questões.[405]

Assim, no que se refere ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado e ao risco de desrespeito aos preceitos do regime de direito público, o Caso Libra também serve para afastar esse pressuposto.

4.4.4. Conclusões preliminares a partir do Caso Libra

Confrontados os pressupostos teóricos com o Caso Libra, já se torna possível traçar as primeiras conclusões preliminares, as quais serão, por sua vez, confrontadas posteriormente com as conclusões construídas a partir da análise dos dados obtidos junto às principais câmaras de arbitragem do Brasil e dos casos de arbitragem patrocinados pela Advocacia Geral da União.

Como apontado inicialmente, o Caso Libra é paradigmático no contexto da arbitragem nos setores de infraestrutura. Trata-se do primeiro grande caso de arbitragem envolvendo o Poder Público do qual, espontaneamente, a União participou. Ademais, em virtude do valor vultoso da demanda e toda a complexidade da matéria discutida, o caso serve para que inúmeros pressupostos teóricos da arbitragem sejam verificados na prática, como se buscou fazer nos subtópicos acima. Isso porque, como já bem apontado, o autor deste trabalho entende que a partir da análise de determinadas características específicas da arbitragem será possível confirmar se este instituto, como forma de resolução de conflito, de fato traz maior segurança jurídica aos contratos de infraestrutura.

Assim, e a partir das análises realizadas nos tópicos anteriores, pode-se traçar algumas conclusões.

Inegavelmente o caso recebeu uma solução especializada. Como se verificou, tanto os árbitros, quanto à instituição arbitral eram tecnicamente aptas para receber e resolver o conflito. Esse cenário, por sua vez, refletiu-se na celeridade da resolução do conflito. Ainda que, conforme se viu, não seja possível prever ao certo o tempo que esse conflito levaria para ser resolvido no Poder Judiciário estatal, todos os indícios apontam que a resolução se deu em

---

[405] JUNQUEIRA, André Rodrigues *Opus citatum*, p. 131.

tempo menor do que se daria no Poder Judiciário estatal – e, importante apontar, com uma decisão técnica e proferida por profissionais conhecedores da matéria discutida.

Já nos aspectos relacionados com o respeito ao princípio da publicidade, verificou-se que neste caso paradigmático o princípio foi devidamente respeitado (especialmente pela parte pública, a AGU, e o Tribunal Arbitral quando instigado a se manifestar). Ainda que se entenda que também a Câmara de Arbitragem em que o procedimento ocorreu deveria se ater aos ditames do referido princípio, é inegável que, de forma ampla e geral, não ocorreu desrespeito a esse princípio, e as previsões legais e constitucionais do tema foram respeitadas.

Conclusão objetiva também se faz quanto aos custos do procedimento. Em uma análise estritamente objetiva, de valores, o Caso Libra teve custos procedimentais muito mais elevados do que teria no Poder Judiciário estatal. Todavia, e a partir da análise apenas deste caso em específico, este trabalho não é capaz de afirmar esse aspecto como uma característica negativa em sua totalidade. Como já explanado anteriormente, a questão dos custos deve ser examinada na perspectiva de custo *versus* benefício, sendo esse benefício uma maior celeridade do procedimento, além de uma solução especializada do litígio, entre outros fatores.

Já quanto ao receio de preferência e suposta parcialidade em favor do ente privado, com desrespeito ao regime público de direito, vê-se que o estudo do Caso Libra, de certa forma, acaba com grande parte dessas desconfianças. No mais imponente caso de arbitragem com a Administração Pública até o momento, o ente privado teve todos os seus pedidos desprovidos, com a parte pública sagrando-se vencedora da disputa, e com a sentença expressamente destacando o respeito a aspectos atinentes ao regime público de direito.

Por fim, pressupostos que ainda não puderam ser devidamente confirmados ou afastados apenas a partir desse caso são a possibilidade de maior atração do investidor estrangeiro e uma suposta insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral. Como se viu, essas não foram questões que apareceram no referido caso – o último aspecto, muito possivelmente, devido ao belíssimo desenho do Compromisso Arbitral e do Termo de Arbitragem, que especificamente previram as matérias que seriam passíveis de serem resolvidas por meio da arbitragem.

São essas, até o momento, e a partir do estudo do Caso Libra, as conclusões preliminares quanto aos pressupostos teóricos anteriormente levantados. Passa-se agora, portanto, para a segunda parte do estudo dos pressupostos teóricos deste trabalho: uma análise dos dados que foram obtidos com as principais câmaras de arbitragem do Brasil e com o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU - NEA.

4.5. Análise de dados: informações de arbitragens com a Administração Públicas obtidas junto às câmaras de arbitragem do Brasil e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União

Na sequência do estudo que busca confirmar – ou afastar - os pressupostos teóricos anteriormente levantados, inicia-se agora a análise dos dados obtidos junto às principais câmaras de arbitragem brasileiras e ao Núcleo Especializado em Arbitragem - NEA da Advocacia Geral da União AGU.

Para que essa análise fosse possível, no dia 16 de setembro de 2022 foi encaminhado, por e-mail (Anexo I), para as principais câmaras de arbitragem brasileiras (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CIESP/FIESP; ICC Brasil – *International Chamber of Commerce*; Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil/Canadá – CAM-CCBC; e Câmara de Arbitragem Empresarial/Brasil – CAMARB), a requisição das seguintes informações:

(i) Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito, requerendo ainda, se fosse possível, acesso aos custos dessas arbitragens;

(ii) Quais documentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?

(iii) Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;

(iv) Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a Administração Pública?

(v) Como se dá o processo de escolha dos profissionais que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a Administração Pública?

(vi) A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a Administração Pública, daqueles que já foram judicializados/anulados?

Ainda que com alguma diferença no tempo de resposta, e no nível de detalhamento dessas informações, todas as câmaras responderam à requisição efetuada (Anexos II a VI).

Além disso, com referência às informações colhidas junto ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União - AGU, informa-se que elas foram obtidas de forma ativa, no sítio eletrônico do NEA, que possui uma série de informações e documentos referentes às arbitragens de que a União participa devidamente publicizadas.[406] Ademais, importante esclarecer que este trabalho cuidou para que não considerasse em duplicidade informações de procedimentos que, porventura, se repetissem em eventuais informações fornecidas pelas câmaras com aquelas obtidas junto ao NEA.

Desse modo, e a partir das respostas obtidas junto as câmaras, juntamente com uma busca ativa no sítio eletrônico da Advocacia Geral da União, passa-se ao confronto dos pressupostos teóricos levantados com as informações colhidas.

4.6.1. Justificativa da escolha das câmaras e do Núcleo Especializado em Arbitragem - NEA da Advocacia Geral da União - AGU

Assim como se fez anteriormente com o estudo de caso, para que se possa examinar de forma objetiva os dados obtidos junto às câmaras arbitrais e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, é preciso que se apresentem as razões pelas quais foram essas as cinco câmaras escolhidas e o porquê de o autor deste trabalho as entender como as mais qualificadas para fornecer uma amostragem fidedigna. Em acréscimo, é necessário que nesta investigação também se explique o porquê de se ter adotado como opção uma pesquisa ativa dos dados sobre os processos arbitrais que são fornecidos pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União - AGU.

Nessa linha, tratando primeiramente das câmaras arbitrais, foram dois os requisitos adotados para a escolha dessas câmaras.

O primeiro requisito é o *ranking* na categoria "Resolução de Conflitos – Câmaras de Arbitragem", organizado pelo Grupo *Leaders League*.[407]

---

[406] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1. Acesso em: 22/11/2022.

[407] Informações do grupo Leaders League disponíveis em: https://www.leadersleague.com/pt/about>. Acesso em: 21//2022.

O Grupo *Leaders League* é uma agência internacional de *rating* e serviços empresariais com forte foco na indústria jurídica, que produz *rankings* internacionais sobre determinadas instituições desse meio. Trata-se de grupo composto por 150 (cento e cinquenta) profissionais distribuídos pelos mais variados locais ao redor do mundo, incluindo a sede em Paris, bem como os escritórios em Londres, Madri, Lima, Milão, Rio de Janeiro e São Paulo. Em resumo, o *Leaders League* é especializado na elaboração de *rankings* e pesquisas de mercado, utilizados por uma ampla gama de corporações e executivos na tomada de decisões.

Nesse aspecto, no último *ranking* elaborado pelo Grupo, referente à categoria "Resolução de Conflitos – Câmaras de Arbitragem", definiu-se como "líder", e consequentemente ranqueada em primeiro lugar, a CAM-CCBC, seguida por outras quatro câmaras definidas e classificadas com o título de "excelentes", sendo elas a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, a CAMARB, a CBMA e a ICC.

Assim, valendo-se do *ranking* acima, justamente por entendê-lo como um respeitado avaliador da qualidade das câmaras analisadas, foi que se definiu as cinco instituições arbitrais que teriam os dados examinados. Isto é: a partir de respeitado *ranking* avaliador de câmaras de arbitragem, optou-se por analisar os dados daquelas que foram listadas como as cinco melhores câmaras arbitrais brasileiras.

Posteriormente, e como nesta pesquisa são estudadas arbitragens envolvendo a Administração Pública, colocaram-se essas cinco câmaras frente a um segundo requisito: estarem credenciadas junto à Advocacia Geral da União – AGU. Como já tratado anteriormente, a AGU estabelece uma série de requisitos que devem ser observados por uma câmara arbitral para que esteja apta a receber um conflito em que a União seja parte. Uma vez que neste trabalho são estudadas arbitragens nos setores de infraestrutura, é fato que grande parte desses instrumentos terá a União como interveniente, razão pela qual o credenciamento da câmara junto à AGU se mostra como requisito importante para a consideração dos dados e a amostragem obtida por meio dessas cinco câmaras. Ademais, é uma garantia adicional de que os preceitos do regime público de direito serão respeitados, afinal, essa é uma preocupação da AGU refletida nos requisitos exigidos para cadastrar, ou não, uma câmara arbitral.

Desse modo, em pesquisa ao sítio eletrônico da AGU,[408] confirmou-se que, das seis câmaras credenciadas junto a AGU, estão todas as cinco câmaras ranqueadas como as melhores

---

[408] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/211111PLANILHADECMARASCREDENCIADAS.pdf. Acesso em: 21//2022.

pela *Leaders League*, consequentemente às quais esta pesquisa requereu informações e cujos dados serão analisados.

Já quanto à opção pela pesquisa ativa das informações que são fornecidas pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (NEA/AGU), foram as seguintes as razões levadas em consideração para essa escolha.

A primeira refere-se ao fato de ser esse, sem dúvidas, o mais estruturado núcleo especializado em arbitragem, considerando-se o nível mais alto da Administração (União). Instituído pela Portaria AGU nº 320 de 13 de junho de 2019, o NEA foi criado no âmbito da Consultoria-Geral da União como uma unidade responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de contencioso arbitral em que a União seja parte.

Veja-se, portanto, que no âmbito da Administração Pública federal, o NEA é o mais especializado órgão em arbitragem. Inclusive, o NEA é integrado por Advogados da União indicados pela Procuradoria-Geral da União e pela Consultoria-Geral da União, após aprovação em processo seletivo. Além disso, também é função do NEA envidar esforços para a construção de entendimentos sobre a adoção e o funcionamento da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública junto às advocacias públicas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Ou seja, pelas funções do NEA, já se justifica a importância de se analisarem os casos patrocinados pelo referido núcleo.

Em acréscimo, a importância dessa análise ainda se revela ao se considerar que grande parte dos conflitos envolvendo os setores de infraestrutura – ao menos grande parte dos mais relevantes – tem a União como parte ou interveniente. Nesse aspecto, quando se analisa neste trabalho a arbitragem como meio de resolução de conflitos que pode trazer maior segurança jurídica aos contratos de infraestrutura, é imprescindível que esse estudo passe por núcleo da Administração Pública federal responsável por administrar grande parte desses conflitos. Além do mais, o NEA faz um trabalho elogiável no que tange à publicidade desses procedimentos, disponibilizando uma série de informações referentes a esses casos que permitem uma análise detalhada dos litígios – confirmando ou negando os pressupostos teóricos que são levantados por esta pesquisa.

São, assim, de modo geral, as razões pelas quais se optou também por analisar, além das informações fornecidas pelas cinco maiores câmaras de arbitragem do Brasil, as informações obtidas junto ao banco de dados disponibilizado no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União - AGU.

De qualquer forma, é importante deixar registrado mais uma vez que nesta pesquisa se tomou o cuidado de não utilizar informações de casos duplicados, isto é, casos que porventura se repetem no banco de dados da AGU e de eventual câmara de arbitragem. Nessas situações, as informações desses casos foram utilizadas na amostragem uma única vez.

4.6.2. Análise dos pressupostos a partir das informações obtidas junto às câmaras de arbitragem do Brasil e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União

Justificada a escolha das cinco câmaras escolhidas, e a opção pela busca ativa das informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União (NEA/AGU), passa-se ao exame das informações obtidas, confrontando-as com os pressupostos teóricos predefinidos e já desenhados nos tópicos anteriores.

4.4.3.1. Celeridade na resolução dos conflitos

Como já verificado ao se averiguar a questão da celeridade no estudo do Caso Libra, considerando-se a Justiça Federal, justiça competente para o julgamento de casos que envolvem a União e, consequentemente, grande parte dos conflitos envolvendo setores de infraestrutura, só no primeiro grau o prazo de duração de um processo judicial é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, somados com mais 1 (um) ano e 4 (quatro) meses no segundo grau. Se considerada também a justiça estadual, tem-se que esse tempo médio no primeiro grau é de 2 (dois) anos e 8 meses, acrescidos de 10 (dez) meses no segundo grau. Ou seja, seja na Justiça Federal ou Estadual, sem considerar recursos ao STJ e STF, o tempo médio de duração de um novo processo até a sua baixa é de aproximadamente 3 (três) anos – um pouco mais na Justiça Estadual.

Isso posto, examina-se agora a duração de processos arbitrais envolvendo Administração Pública e que dialoguem com os setores de infraestrutura, nas cinco câmaras arbitrais brasileiras às quais se requereram informações.

A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CIESP/FIESP enviou uma tabela com 20 (vinte) processos arbitrais envolvendo a arbitragem com a Administração Pública (Anexo II). Desses 20 (vinte) processos, para 6 (seis) deles, por serem muito antigos, a câmara não tem a exata data de encerramento dos procedimentos, razão pela qual foram desconsiderados na amostragem. Dos outros 14 (quatorze) processo arbitrais, verificou-se que

4 (quatro) deles ainda estão em andamento, e 2 (dois) não tiveram sentença final. No mais, dos que já tiveram sentença final, identificou-se que 1 (um) deles, apesar de envolver uma arbitragem com a Administração Pública, não tratava de tema nem mesmo correlato aos setores de infraestrutura, razão pela qual também foi desconsiderado na amostragem.

Nesse aspecto, e feitas as ressalvas acima, utilizou-se para a média um total de 7 (sete) processos arbitrais, todos já com sentença final e atinentes a temas de infraestrutura ou correlatos. Verificou-se, desses processos, a seguinte média de duração:

Processo[409]	**Distribuição**	**Encerramento**	**Duração (meses)**
Contrato de concessão do direito de uso de áreas e execução de obras (Processo nº 01)	13/01/2014	03/06/2020	77
Contrato de concessão para exploração de serviço público (Processo nº 02)	31/03/2014	16/12/2016	21
Contrato de concessão do direito de uso de áreas e execução de obras (Processo nº 03)	26/08/2015	07/10/2019	50
Empreitada (Processo nº 04)	19/12/2017	06/12/2021	48
Contrato de concessão do direito de superfície e execução de obras (Processo nº 05)	12/11/2018	16/06/2020	19
Parceria Público Privada (Processo nº 06)	26/07/2019	02/09/2019	2
Contrato de concessão do direito de superfície e execução de obras (Processo nº 07)	28/10/2019	07/03/2022	29
Tempo médio total:			35,14

[409] A Câmara não encaminhou o nome das partes do procedimento, razão pela qual os processos serão identificados pela natureza do litígio.

Quanto ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, da resposta encaminhada (anexo III), identificaram-se 13 procedimentos arbitrais envolvendo setores de infraestrutura. Desses, 6 (seis) ainda estão em andamento, razão pela qual não foram considerados na amostragem. Dos outros 7 (sete) já encerrados, desconsiderando 3 (três) deles, dois por não se vislumbrar a partir das partes uma disputa envolvendo setores de infraestrutura, e o outro por não constar a data de encerramento, verificou-se dos 4 (quatro) procedimentos administrados pela CBMA o seguinte tempo médio de duração:

Processo	**Distribuição**	**Encerramento**	**Duração (anos)**
Brazal Brasil Norte Comercialização de Petróleo Ltda. x Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Processo nº 08)	06/02/2019	04/02/2021	24
Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S.A. x Linktel Telecomunicações do Brasil Ltda. (Processo nº 09)	22/12/2016	14/02/2019	26
Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Tractebel Energia S.A. e Companhia de Gás do Estado do Mato Grosso do Sul – MSGás (Processo nº 10)	10/09/2014	15/12/2015	15
Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Companhia Pernambucana de Gás – Copergas e Termopernambuco S.A. – Termope (Processo nº 11)	16/08/2013	25/03/2019	67
Tempo médio total:			33

No que tange às demais câmaras, não foi possível, a partir das informações que foram fornecidas, verificar o tempo de duração dos processos arbitrais. Mesmo em novo pedido, em que se requereu expressamente a data de início e encerramento das disputas, ou as câmaras responderam que não poderiam fornecer essas informações, ou nem sequer responderam a nova requisição.

Quanto às informações fornecidas pela ICC, houve apenas o envio do número total de casos envolvendo a Administração Pública, sem uma individualização desses processos com a data de distribuição e encerramento (Anexo IV). No que se refere às informações fornecidas pela CAM-CCBC (Anexo V), embora a Câmara tenha fornecido o número total de procedimentos arbitrais com a Administração Pública administrados pela instituição, a partir de uma tabela, que também é disponibilizada em seu sítio eletrônico, onde consta a data de requerimento da arbitragem, não se tem a data de encerramento desses procedimentos. Assim, também nesse caso, não foi possível uma análise quanto ao tempo de duração dos referidos processos. Por fim, quanto às informações fornecidas pela CAMARB (anexo VI), assim como ocorreu com a CAM-CCBC, embora tenha sido fornecida tabela com a data de solicitação dos procedimentos arbitrais envolvendo entes da Administração Pública, não se tem a data de encerramento, o que igualmente impossibilita o exame buscado neste tópico do Trabalho, isto é, o tempo de duração dos procedimentos arbitrais.

Já no que se refere aos casos com atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União - AGU, verifica-se que são 11 (onze) os casos já patrocinados.[410] Desses, desconsiderou-se para a amostragem um total de 2 (dois) casos por se tratar de questões que não envolviam o setor de infraestrutura propriamente dito, mas sim questões atinentes ao direito societário. Dos demais, desconsideraram-se ainda os casos em que a União foi excluída do procedimento, e os casos ainda não encerrados, restando para a amostragem 2 (dois) casos:

Processo[411]	**Distribuição**	**Encerramento**	**Duração (meses)**
01/2003 ("Caso Proteus") – Câmara FGV de Mediação e Arbitragem (Processo nº 12)	29/01/2002	07/10/2022	247

[410] Informações disponíveis em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 21/12/2022.

[411] As partes de cada um desses casos podem ser identificadas em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 23//2022.

78/2016/SEC7 ("Caso Libra") CAM-CCBC (Processo nº 13)	04/09/2017	02/09/2019	24
Tempo médio total:			135,5

Nessa linha, calculando-se o tempo de duração de todos os 13 (treze) procedimentos arbitrais que puderam ser examinados (considerando-se os dados das câmaras de arbitragem e do NEA/AGU), envolvendo os setores de infraestrutura, e em que já foram proferidas sentenças arbitrais finais, tem-se um tempo médio de duração de 49,9 meses, o que corresponde a aproximadamente 4 (quatro) anos.

Obviamente, nessa amostragem, e até mesmo pelo número de processos analisados, é preciso levar em consideração que determinadas situações causam uma grande distorção nos dados, como, por exemplo, o Processo nº 12, que se refere ao Caso Proteus, conflito que, em virtude de uma série de problemas originados, especialmente no que se refere à forma como a convenção arbitral foi desenhada, se arrastou por um período muito superior ao que é costumeiro em arbitragens no setor de infraestrutura.

Veja-se que caso esse litígio em específico seja desconsiderado na amostragem, ter-se-á um tempo médio de duração dos processos arbitrais de 33,5 meses, o que corresponde a algo em torno de 2 (dois) anos e meio. Isto é, a desconsideração de apenas um processo, que diverge da média de duração da ampla maioria dos processos arbitrais, reduziria o tempo médio em quase 1 (um) ano e meio. Todavia, é inegável que também no processo judicial estatal existem casos que, pelas mais variadas razões, estarão envolvidos em situações que divergirão do fluxo comum, razão pela qual se entendeu que esse processo deve ser mantido e a sua divergência na amostragem utilizada.

Ademais, outro fator que deve ser levado em consideração é o aumento recente no número de requisições de processos arbitrais envolvendo os setores de infraestrutura e que, consequentemente, ainda estão em andamento. É fato que daqui a algum tempo a questão do tempo de duração de um processo arbitral será muito mais aferível, já que o número de processos arbitrais envolvendo setores de infraestrutura, já encerrados, e que assim poderão ser utilizados nas amostragens, será maior.[412]

---

[412] De qualquer forma, quando se comparam os números obtidos por meio dessa amostragem com os da edição de 2022 da pesquisa Arbitragem em Números da pesquisadora e arbitralista Selma Ferreira Lemes[412], que analisou os dados de 2020/2021, vê-se que considerando arbitragens de toda e qualquer matéria – não só apenas as com a Administração Pública, e nem mesmo só de setores de infraestrutura – o tempo médio de duração do procedimento no último ano analisado, 2021, é de 18,41 meses, aproximadamente 1 ano e meio. (Disponível em:

Além disso, o cenário desenhado a partir dos dados vai ao encontro da percepção de muitos profissionais que atuam com arbitragem nos setores de infraestrutura e que foram entrevistados nesta pesquisa. Ainda que essas entrevistas não possam ser consideradas empiricamente, por ausência de critérios metodológicos na escolha desses profissionais, elas foram realizadas com profissionais altamente qualificados, e por isso entende-se válido que seus comentários sejam também aqui pontuados como complemento aos dados obtidos.

Nesse aspecto, nesta pesquisa foram entrevistados 4 (quatro) profissionais (Anexo VII): arbitro que atua/já atou em inúmeros procedimentos arbitrais envolvendo os setores de arbitragem e infraestrutura, o Sr. Gustavo Justino de Oliveira (entrevista realizada por videoconferência e posteriormente transcrita pelo autor desta pesquisa - Anexo VIII); advogado privado com ampla experiência profissional em casos de arbitragem e infraestrutura, incluindo o Caso Libra, o Sr. Riccardo Giuliano Figueira Torre (entrevista realizada por videoconferência e posteriormente transcrita pelo autor desta pesquisa - Anexo IX); coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, a Sra. Paula Butti Cardoso, oportunidade em que se destaca que as suas opiniões foram emitidas em seu nome e não da AGU (Anexo X); e procurador do Estado de São Paulo, com atuação nas arbitragens com a Administração Pública do estado, que preferiu ter seu nome mantido em sigilo (Anexo XI).

Especificamente quanto à questão da celeridade, os apontamentos dos citados profissionais acima seguiram a linha dos dados. A maior parte deles apontou, justamente, que existia uma grande variação quanto ao tempo de cada procedimento. Por exemplo, o advogado privado Dr. Riccardo Giuliano Figueira Torre[413] e o procurador de São Paulo,[414] que atua nas arbitragens do estado, não indicaram a celeridade necessariamente como um grande diferencial, mas destacaram que o tempo de duração é razoável, dentro do esperado na maioria dos casos. Já a Dra. Paula Butti, apesar de apontar que o tempo varia muito de um procedimento para o outro, afirmou ser a celeridade uma das vantagens do procedimento arbitral. Esta última, por exemplo, apontou o seguinte (Anexo X):

---

http://www.selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf. Acesso em: 22/11/2022.

[413] Foram as palavras do Dr. Riccardo Giuliano Figueira Torre: "De todo modo, quanto a minha experiência sobre a celeridade ou não ou não celeridade desse processo, eu tenho experiências dúplices. Então, num caso, num desses casos contra a MP, a arbitragem está tramitando de uma forma até que rápida pelo tamanho, pela complexidade do caso, mas por outro lado nessa arbitragem contra a NTT, ele está demorando bastante". (Anexo IX)

[414] O procurador do estado de São Paulo reputou ser razoável a duração dos processos arbitrais, mas entende que a celeridade não seja uma característica a ser destacada. São as suas palavras: "Aproximadamente 4 anos em média; acho razoável sim, mas não acho que se possa dizer que é célere." (Anexo XI)

> Temos exemplos de processos com duração razoável (como o Caso Libra, que terminou em aproximadamente dois anos, colocando fim a uma dezena de ações judiciais que tramitavam há anos no poder judiciário, sem trânsito em julgado); e de processos que se prolongaram no tempo em decorrência de pedidos de parcelamento de custas de arbitragem (como o Caso Proteus, que durou aproximadamente 4 anos) ou em decorrência da perícia/dificuldades de formar equipe pericial (como o Caso Galvão, que teve início em 2018 e ainda está longe do final). Processos que extrapolam quatro anos não são desejáveis. [...] Ainda assim, considero que a celeridade é uma característica e vantagem do processo arbitral.

Como verificado no início deste tópico, tendo por base o já citado relatório Justiça em Números 2022,[415] considerando uma média de duração dos processos na Justiça Federal e Estadual, mesmo sem levar em consideração recursos ao STJ e STF, o tempo médio de duração de um novo processo até a sua baixa é de aproximadamente 3 (três) anos (processos do setor de infraestrutura, em virtude da complexidade do setor, muito provavelmente ou estão nessa média, ou a ultrapassam). Assim, e tendo em vista que hoje não se tem uma pesquisa específica do tempo de duração de processos judiciais envolvendo setores de infraestrutura para se utilizar como comparação direta, o que impede uma análise mais precisa, não obstante, examinando-se todos os dados de forma ampla, entendendo as especificidades do setor de infraestrutura e as questões de divergência na amostragem que um único caso causou, pode-se concluir que o processo arbitral, em sua ampla maioria, tem indícios de que ou será mais célere, ou, ao menos, levará tempo semelhante a de um processo judicial estatal.

Quando se levam em consideração outras questões que estão inseridas na arbitragem, e que devem ser analisadas junto à celeridade, como a especialidade dos julgadores, torna-se praticamente inconteste que o tempo de duração de um processo arbitral é um ponto positivo do instituto – ou, ao menos, conclui-se que não é uma desvantagem.

4.5.2.2. Soluções especializadas para os litígios

Em relação à questão da solução especializada para os litígios, esta pesquisa procederá à análise de dois fatores.

O primeiro será uma análise da resposta dada pelas câmaras arbitrais para dois dos questionamentos que lhes foram dirigidos, quais sejam:

---

[415] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf.> Acesso em: 21/12/2022.

(i) Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a Administração Pública?

(ii) Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a Administração Pública?

Como apontado ao se assentarem os pressupostos teóricos, a questão da solução especializada para os litígios em arbitragens envolvendo os setores de infraestrutura passa, diretamente, por uma verificação da aptidão da câmara arbitral em receber esses procedimentos, além da autonomia da vontade das partes em eleger um tribunal arbitral que tenha especialidade no litígio que será discutido. Inclusive, por essa razão, o segundo fator que será analisado é referente aos Tribunais Arbitrais formados nas arbitragens envolvendo os setores de infraestrutura com atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União. Analisar-se-á a especialidade dos árbitros, em correlação com os conflitos que arbitraram.

Iniciando esse exame pelo primeiro fator, isto é, a resposta das câmaras ao questionamento se "Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a Administração Pública?", destaca-se que com exceção de uma única câmara,[416] todas as outras apontaram ter alguma resolução ou capítulo específico referente aos procedimentos envolvendo a arbitragem com a Administração Pública.

Por exemplo, a CCI (Anexo IV) informou que "Em razão das exigências da administração pública federal para cadastramento de câmaras, o Escritório da CCI em São Paulo possui algumas práticas específicas", apontando o "item VIII da Nota sobre o Funcionamento da SCIAB, que dispõe sobre as particularidades aplicáveis a casos envolvendo a Administração Pública no âmbito do escritório da CCI em São Paulo." Referido item trata das especificidades procedimentais da arbitragem com a Administração Pública, como a

[416] Em resposta ao questionamento efetuado, a CBMA informou que "Não é adotado um regulamento específico às arbitragens que envolvem a Administração Pública. É adotado o Regulamento de Arbitragem do CBMA, disponível em Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf (cbma.com.br)." (Anexo III).

questão da publicidade, das custas, entre outros pontos.[417] Seguem no mesmo sentido as demais câmaras, que têm previsões específicas para arbitragens que envolvam o Poder Público.[418]

Ou seja, em sua ampla maioria, as principais câmaras brasileiras têm resoluções ou previsões específicas para se adequarem à eventuais necessidades que uma arbitragem com a Administração Pública exige. Ademais, e uma vez que todas as câmaras interrogadas estão devidamente credenciadas junto à Advocacia Geral da União, por si só já se adéquam aos requisitos exigidos pelo órgão – já descritos anteriormente –, que buscam trazer uma maior segurança às arbitragens com o Poder Público.

Quanto ao segundo questionamento, isto é, "Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a Administração Pública?", a resposta de todas as câmaras seguiu no sentido de que inexiste qualquer tipo de processo de escolha diferenciado para os profissionais (Anexos II a VI). A resposta é plausível e esperada. Ao se considerar a autonomia das partes, é inegável que esse processo decisório de árbitros que sejam especialistas nas matérias discutidas, especialmente em matérias complexas

---

[417] No original: "VIII - Arbitration involving Brazilian public entities
27. In arbitrations involving Brazilian public entities administered by any of the offices of the ICC, it is the party considered a public entity that shall ensure the publicity of the proceedings in accordance with article 2, § 3o, of Law 9.307 of 1996. The parties may, however, agree that the Secretariat undertakes special procedures in respect to the publicity of the arbitration.
28. Any procedural acts, submissions and documents which are confidential by law shall not be subject to publicity, as well as any other act or document which the arbitral tribunal determines to be confidential.
29. The Secretariat shall only provide information about an arbitration or grant access to any documents related to an arbitration to a third party if the parties so agree or if the Secretariat is requested to do so by the arbitral tribunal.
30. In all cases, hearings shall be private to the parties and their representatives, arbitrators, witnesses, experts and expert assistants, translators, employees of the Secretariat, Hearing Centre and other persons authorized by the arbitral tribunal.
31. In arbitrations involving Brazilian public entities, the costs related to hearings and case management conferences may be included in the advance on costs.
32. In arbitrations involving Brazilian public entities, all invoices regarding arbitrators' fees and ICC administrative fees shall be issued to the private party(ies), with the observation that they are connected to a specific arbitration which involves as party a Brazilian public entity." Disponível em: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-on-the-functioning-of-the-brazilian-office-english.pdf. Acesso em: 23/11/2022.

[418] A CAMARB apontou que "Desde a versão publicada em 2017, o Regulamento de Arbitragem da CAMARB passou a disciplinar especificamente os procedimentos envolvendo a participação da Administração Pública, por meio de Capítulo específico 'XII DOS PROCEDIMENTOS COM A PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA'. Disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/." (Anexo VI); a CAM-CCBC respondeu que "Para regulamentar os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública foram criadas a Resolução Administrativa 09/2014, que trata da interpretação do regulamento de arbitragem para os casos envolvendo a Administração Pública, e a Resolução Administrativa 15/2016, que regula a publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta. Caso possua interesse, a íntegra destes documentos pode ser acessada através do link: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/." (Anexo V); a Câmara da CIESP/FIESP apontou que "Sim, as resoluções 3/2018 e 9/2021 [...]" (Anexo II).

como são as de infraestrutura, cabe muito mais às partes do que a uma predefinição da câmara arbitral.

Todavia, uma postura que poderia ser adotada pelas câmaras, nos casos daquelas que têm lista de árbitros, é a de disponibilizar um campo específico com a listagem de árbitros que têm especialidade em temas atinentes à Administração Pública. Ainda que se entenda que de forma alguma essa lista deva ser vinculativa às decisões das partes, que têm autonomia para decidirem os profissionais que atuarão como árbitros, trata-se de uma forma adicional de buscar garantir que ao menos um profissional do Tribunal Arbitral terá conhecimentos no regime jurídico de direito público.

Passando-se à segunda parte de análise, isto é, ao exame da especialização e atuação profissional dos árbitros de procedimentos envolvendo setores de infraestrutura em que o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU atuou, têm-se os seguintes casos e a seguinte composição do Tribunal Arbitral:[419]

Processo e Câmara de Arbitragem	**Tribunal Arbitral**	**Currículo**
01/2003 ("Caso Proteus") – Câmara FGV de Mediação e Arbitragem	Carlos Alberto Carmona (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/3588359627016067
	Sérgio Antônio Silva Guerra	http://lattes.cnpq.br/0368179795316496
	Juarez Freitas	http://lattes.cnpq.br/4161777289889227
78/2016/SEC7 ("Caso Libra") - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)	Lauro da Gama e Souza Jr. (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/0967389593663820
	Cristiano de Souza Zanetti	http://lattes.cnpq.br/6141732845894244
	Rodrigo Garcia da Fonseca	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2018/10/rodrigo-garcia-cv-rgf-resumido-portugues-novembro-2019.pdf

[419] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf. Acesso em: 23/112022.

23433/GSS (“Caso Galvão”) - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Sergio Nelson Mannheimer (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/9995797851985700
	Anderson Schreiber	http://lattes.cnpq.br/7308120828952768
	Patrícia Ferreira Baptista	http://lattes.cnpq.br/3178086761615074
23960/GSS /PFF (“Caso Rota do Oeste”) - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Cristiano de Souza Zanetti (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/6141732845894244
	Rodrigo Garcia da Fonseca	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2018/10/rodrigo-garcia-cv-rgf-resumido-portugues-novembro-2019.pdf
	Sérgio Antônio Silva Guerra	http://lattes.cnpq.br/0368179795316496
24957/GSS/PFF (“Caso MSVIA”) - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Luciano de Souza Godoy (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/7077176527440337
	Carlos Alberto Carmona	http://lattes.cnpq.br/3588359627016067
	Cristina M. Wagner Mastrobuono	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2022/03/cv-cwm-fev-2022.pdf
26042/PFF (“Caso Viracopos”) - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Francisco Paulo de Crescenzo Marino (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/3416290230013019
	Sérgio Antônio Silva Guerra	http://lattes.cnpq.br/0368179795316496
	Carlos Alberto Carmona	http://lattes.cnpq.br/3588359627016067

26383/PFF ("Caso Telefônica") - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Ricardo de Carvalho Aprigliano (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/1040992997542531
	Egon Bockmann Moreira	http://lattes.cnpq.br/5859990024741610
	José Vicente Santos de Mendonça	http://lattes.cnpq.br/2471592626075503
26470/PFF ("Caso Oi") - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Lauro da Gama e Souza Jr. (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/0967389593663820
	Cristina M. Wagner Mastrobuono	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2022/03/cv-cwm-fev-2022.pdf
	José Emílio Nunes Pinto	https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/arbitros/Jose_Emilio_Nunes_Pinto.pdf
26467/PFF ("Caso Claro") - Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional	Adriana Braghetta (Presidente)	http://lattes.cnpq.br/7527161916063662
	Catarina Monteiro Pires	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2020/09/cvabrev2021pt-en-final.pdf
	Rodrigo Garcia da Fonseca	https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2018/10/rodrigo-garcia-cv-rgf-resumido-portugues-novembro-2019.pdf

Ao se analisar o currículo dos profissionais que compuseram cada um dos Tribunais Arbitrais acima, é possível afirmar que em todos os casos, sem exceção, o Tribunal mesclou profissionais com maior foco no Direito Privado e em processos arbitrais com árbitros que têm especialização e atuação profissional voltada ao Direito Administrativo. Não se identificou acima, por exemplo, qualquer caso em que nenhum dos árbitros do Tribunal tinha alguma especialização ou atuação profissional prévia em Direito Público, ou, muito menos, um

Tribunal Arbitral formado por uma totalidade de profissionais sem conhecimento e/ou atuação profissional prévia em processo arbitrais.

Ficou evidente, portanto, a partir de uma amostragem que considerou todos os casos correlatos ou puramente de infraestrutura em que o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU atua ou já atuou, que o cuidado em se ter conhecedores do direito material discutido, e do procedimento específico da arbitragem, esteve presente na totalidade dos litígios.

Assim, o que se conclui a partir das informações enviadas pelas câmaras arbitrais e dos dados obtidos ativamente no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, é que a solução especializada para o conflito é uma característica presente nas arbitragens que envolvem os setores de infraestrutura, podendo ser apontada como um fator positivo para a segurança jurídica dos contratos firmados neste setor e que tenham eventuais litígios resolvidos por arbitragem.

4.5.2.3. Riscos de desrespeito ao princípio da publicidade

Como observado anteriormente, nas arbitragens com a Administração Pública é preciso que seja respeitada a previsão constitucional que exige o dever de publicidade dos atos praticados pelo Poder Público, razão pela qual eventual desrespeito a essa previsão pode ser um risco aos processos arbitrais envolvendo *players* do setor de infraestrutura – incluindo um possível risco de decisões contraditórias.

Nessa linha, foram solicitadas às câmaras arbitrais analisadas as seguintes informações:

> (i) Quais documentos das arbitragens envolvendo a Administração Pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?
> (ii) Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública.

Como forma de deixar as informações mais visíveis, para fins de comparação, montou-se a tabela abaixo com as respostas dadas pelas câmaras arbitrais questionadas:

Câmara	Ocorre algum tipo de publicidade?	Dados e documentos publicizados	Banco de sentenças
CIESP/FIESP (Anexo II)	Sim, com ressalvas.[420]	Ainda não existe nenhum dado e/ou documento publicizado, porém a Resolução nº 9/2021 da Câmara determina a divulgação das seguintes informações: (i) existência do procedimento arbitral; (ii) a data do requerimento de instauração da arbitragem; (iii) nome das partes; e (iv) número do procedimento.	Não. Todavia, a Câmara é autorizada, pelas partes e árbitros, a divulgar a sentença em seu site, suas publicações e materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.
CBMA (Anexo III)	Não[421]	-	Não[422]

[420] Apesar das previsões constantes na Resolução nº 9/2021, até o momento ainda não consta nenhuma informação disponibilizada pela CIESP/FIESP em seu sítio eletrônico. Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/arbitragens-administracao-publica.html. Acesso em: 25/11/2022. Em resposta à solicitação de informações, a Câmara respondeu o seguinte: "Depende do caso concreto. Casos antigos seguem a Res. 3/2018 (revogada), que prevê que a responsabilidade pela publicidade é do ente da Administração. Casos mais recentes são regidos pela Res. 9/2021, mas desde que ela foi publicada, ainda não tivemos sentenças proferidas para serem publicadas em nosso site. Essas resoluções podem ser consultadas em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html". (Anexo II).

[421] Apesar de em resposta a CBMA informar que a publicização desses atos fica a cargo das câmaras, devendo ocorrer no seu sítio eletrônico, não se encontraram as informações disponibilizadas em suas páginas: "O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Lei de Arbitragem, resguardados os dados confidenciais. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral que administrará o procedimento e será feita exclusivamente por via eletrônica, após a prática dos atos e com as restrições de dados confidenciais que forem acordadas pelas Partes ou decididas pelos árbitros." (Anexo III).

[422] "Não há uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública." (Anexo III).

ICC (Anexo IV)	Não[423]	-	Não[424]
CAM-CCBC (Anexo V)	Sim[425]	(i) Data de requerimento da arbitragem; (ii) Nome das partes.	Não[426]
CAMARB (Anexo VI)	Sim[427]	(i) Data de Solicitação da Arbitragem; (ii) As partes; (iii) Status.	Não[428]

O que se verifica a partir dos dados obtidos junto às câmaras é que, ou as instituições não têm nenhum tipo de publicidade atinente aos procedimentos que envolvem as arbitragens com a Administração Pública (como são as dos setores de infraestrutura), ou, quando têm, elas ainda não foram colocadas em prática ou são extremamente limitadas.

---

[423] Segundo resposta dada pela Câmara, "Durante o curso do procedimento, a Secretaria não publica documentos das arbitragens por ela administradas. Nos casos em que as partes assim concordaram, é possível a disponibilização de documentação específica a terceiros mediante solicitação, e sujeita às disposições específicas de publicidade de cada caso e/ou, conforme aplicável, ao consentimento específico das partes." (Anexo IV).

[424] Quanto a esse questionamento, respondeu o seguinte a Câmara: "Não há um banco específico de publicação de sentenças envolvendo a Administração Pública. A CCI possui uma parceria com o Jus Mundi, que pode ser acessada neste link, para publicação de sentenças quando há o consentimento específico das partes (sujeito a anonimização ou pseudonimização, conforme o caso). As sentenças geralmente são publicadas dois anos após o encerramento do caso e não há a distinção entre casos que envolvem, ou não, a Administração Pública." (Anexo IV).

[425] Nos termos da Resolução Administrativa nº 15/2016: Pedido de dados 033/2022 "Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros. (...) Artigo 2o – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes. (...) Artigo 3o – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC. Parágrafo 1o – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento. Os dados públicos de tais arbitragens se encontram na seguinte página: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/". (Anexo V).

[426] Até o presente momento, não existe acesso a um banco de sentenças relativas a processos arbitrais envolvendo a Administração Pública. (Anexo V).

[427] "Desde 2017 todas as informações passíveis de divulgação pela Câmara, relacionadas às arbitragens envolvendo a Administração Pública, nos limites da permissão do Regulamento de Arbitragem e do pactuado nos Termos de Arbitragem dos referidos procedimentos, podem ser consultadas na página https://camarb.com.br/arbitragem/arbitragens-com-a-administracao-publica/[...]" (Anexo VI).

[428] "A CAMARB não possui banco de sentenças dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, diante das limitações pactuadas pelas próprias partes dos procedimentos administrados e do conteúdo do Regulamento de Arbitragem aplicável aos casos." (Anexo VI)

É bem verdade que esse cenário pode estar vinculado a um contexto e entendimento que se perpetuou ao longo do tempo, qual seja, o de que o dever de publicidade pertence unicamente à parte pública do procedimento, não tendo as câmaras arbitrais qualquer tipo de obrigação quanto à publicidade desses processos. O autor deste trabalho discorda completamente deste entendimento.

Esta pesquisa indica que, quando as instituições arbitrais recebem procedimentos arbitrais que envolvem entes do Poder Público, cabe também a elas o dever de publicidade, devendo desde o início estar determinados em resoluções ou no próprio regulamento das instituições quais dados e documentos estarão disponíveis em procedimentos arbitrais dessa natureza.

Veja-se, inclusive, que seguindo o entendimento que é endossado nesta pesquisa, o dever de publicidade por parte das câmaras já começa a surgir em determinados decretos e outras previsões legais e regulamentares. Por exemplo, o Decreto nº 59.963/2020 do município de São Paulo estipulou, no art. 16, § 1º, que

> [...] exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações sobre os processos de arbitragem, especialmente sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido.

Na mesma linha, a Portaria nº 21/2021 da AGU trouxe como requisito para o credenciamento de câmaras arbitrais o dever de respeitar o princípio da publicidade de que trata o Decreto nº 10.025/2019.[429]. Observe-se que o referido decreto trata como públicas todas as informações atinentes ao procedimento, exceto aquelas que seja necessário manter em sigilo por dever legal ou para preservar o segredo industrial ou comercial. Não destoa a previsão do estado de Goiás, no artigo 12 do Decreto nº 9.929/21, que dispõe sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a administração pública seja parte:

> Art. 12. Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.
> § 1º Para o atendimento deste artigo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, os laudos periciais, o termo de arbitragem ou instrumento congênere e as decisões dos árbitros.
> § 2o Às câmaras arbitrais competirá assegurar a publicidade dos atos minuciados no § 1º deste artigo, sob pena de descredenciamento.

---

[429] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/210722portarianormativaagun-21de22dejulhode2021credenciamentodecmarasarbitrais.pdf. Acesso em: 25/11/2022.

Todavia, apesar do conteúdo das previsões acima, o que se verificou a partir das informações fornecidas pelas câmaras arbitrais é que mesmo nos casos em que a instituição arbitral promove algum tipo de publicidade, ela não é minimamente completa, já que grande parte dos dados e documentos do procedimento nem sequer são citados ou disponibilizados.

Ademais, a ausência da devida publicidade ocasiona outro problema já tratado anteriormente: o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo tema. Como não se tem um amplo acesso às decisões arbitrais que estão sendo proferidas, não se consegue criar uma espécie de jurisprudência arbitral que garantisse que sobre a mesma temática não estão sendo proferidas decisões contraditórias.

Inclusive, em entrevista para esta pesquisa, quando questionado sobre a questão da publicidade, o Dr. Gustavo Justino de Oliveira apontou o seguinte:

> E o último ponto que eu acho muito favorável à publicidade, e aos poucos a gente começa a ver isso acontecendo, é que, assim, ao menos quando a sentença é pública, você passa a ter uma jurisprudência arbitral em torno da infraestrutura, então, isso é muito positivo. Você passa a entender como determinados Tribunais e determinados árbitros pensam, como eles agem, como é que eles julgam. E aí, isso vem junto com a especialidade de árbitro que você mencionou lá no começo, né? A especialidade: 'Ah, mas como é que você vai…' Você não vai intuir a especialidade, ela tem que ser comprovada e uma forma também segura de comprovar é como esse árbitro atua. Não tanto na posição em que ele acaba defendendo, né, Murillo? Porque isso é do árbitro, e do caso, muitas vezes, mas de como ele faz a articulação, qual é o argumento de autoridade que ele tem efetivo dentro de um tribunal, de conhecimento da matéria. Então, é ao conhecer a sentença que você começa a ver tudo isso. Claro, a sentença é do Tribunal, mas você consegue perceber essas nuances de especialidade. Então, eu acho que a publicidade é muito boa. A gente ainda não está vivendo essa jurisprudência arbitral, né?" (Anexo VIII)

Esse, com certeza, é um aspecto que pesa negativamente quanto à segurança jurídica do instituto para a resolução de conflitos envolvendo os setores de infraestrutura.[430]

Assim, sobre o pressuposto teórico em comento, a partir das informações disponibilizadas pelas câmaras, o autor deste trabalho entende que do ponto de vista da concretização da publicidade como princípio constitucional da Administração Pública, avanços

---

[430] A Doutora Paula Butti, também em entrevista para esta pesquisa, demonstrou possuir um posicionamento um pouco diverso. Destacou o seguinte: "Além disso, arbitragem é meio adequado de resolução de conflitos e deve ser usada para resolução de conflitos complexos e técnicos, o que faz com que o risco de decisões efetivamente conflitantes diminua, em razão das especificidades de cada caso concreto. Não considero um aspecto negativo, mas entendo que é um aspecto que torna a arbitragem meio absolutamente inadequado de resolução de conflitos para contratos padronizados." (Anexo X)

são necessários, inclusive como forma de propiciar o exercício do controle da atividade pública pela sociedade civil e instituições competentes. Este pode ser apontado como um ponto negativo no que se refere à arbitragem envolvendo os setores de infraestrutura, isto é, um eventual desrespeito ao princípio da publicidade pelas câmaras arbitrais.

Por outro lado, é de se exaltar o trabalho que é feito pelo Núcleo Especializado em Arbitragens da Advocacia Geral da União. De acordo com o artigo 2º, inciso II, alínea "c" da Portaria nº 320, de 13 de junho de 2019, que o instituiu, determinou-se que caberia ao NEA "sistematizar e dar publicidade às informações relativas a arbitragens envolvendo a união", e em respeito ao dispositivo o referido núcleo publiciza em seu site as seguintes informações: (i) processo e câmara de arbitragem; (ii) setor; (iii) valor; (iv) árbitros; (v) as partes; (vi) fase processual.[431]

Além disso, cada um dos casos recebe uma página específica, onde são disponibilizados documentos daquele procedimento. Por exemplo, ao se clicar na página do Caso Libra, tem-se ali disponibilizado: o Termo de Compromisso Arbitral; o Termo de Arbitragem; e a Sentença Arbitral Parcial e a Final. Já no Caso Proteus, está disponibilizado: o Termo de Arbitragem; a Sentença Arbitral; e a Decisão sobre Pedido de esclarecimentos à sentença arbitral.

Como se verifica, trata-se de uma publicidade ampla, que abarca e publiciza uma série de informações do procedimento. Ainda que o autor deste trabalho se vincule ao entendimento de que também as petições, os laudos periciais e demais documentos congêneres deveriam ser publicizados, é inegável que o Núcleo Especializado em Arbitragens da AGU tem o cuidado de dar efetividade ao dever constitucional da publicidade dos atos da Administração Pública.[432]

Por sua vez, os comentários dos profissionais entrevistados no âmbito desta pesquisa refletem os dados obtidos dos procedimentos arbitrais aqui analisados. Por exemplo, a Dra.

---

[431] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf. Acesso em: 25/112022.

[432] Outros dois exemplos bastante positivos quanto ao ato de dar publicidade às arbitragens no setor de infraestrutura são da ANTT e da Procuradoria Geral do estado de São Paulo. A primeira, por meio da Resolução nº 5.845/2019, passou a disciplinar que os atos do procedimento arbitral considerados públicos serão disponibilizados em seu sítio eletrônico (publicidade ativa realizada pelo ente da Administração Pública). Desde então, é possível ter acesso, no sítio eletrônico da agência, aos atos dos nove procedimentos arbitrais em curso atualmente envolvendo a ANTT (inclusive as manifestações das partes). (Disponível em: https://portal.antt.gov.br/arbitragem. Acesso em: 25/11/2022.) A segunda, a PGE-SP, em respeito ao artigo 12, § 2º, do Decreto Estadual nº 64.356/2019, disponibiliza em seu sítio eletrônico uma série de dados e documentos atinentes aos processos arbitrais em que a procuradoria paulista atua/atuou. (Disponível em: https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/> Acesso em: 25/11/2022).

Paula Butti foi taxativa em apontar que "a questão da publicidade ainda precisa ser melhorada/amadurecida." Seguiu com o seguinte apontamento:

> Há câmaras (como a CCI) que se colocam à disposição para dar publicidade aos processos quando provocadas por qualquer interessado. Nenhuma câmara o faz sem provocação. As partes privadas ainda relutam em concordar com a publicidade total dos autos dos processos e, sempre que possível, solicitam que não sejam compartilhados os documentos que instruem as manifestações. A Portaria que regulamenta o credenciamento de câmaras junto à AGU requer que a Câmara credenciada respeite o princípio da publicidade. Entendo que a questão da publicidade apenas estará sendo totalmente respeitada quando as informações forem acessíveis ao público de modo prático e de maneira completa (como, por exemplo, com a disponibilização dos autos dos processos arbitrais nos sites das Câmaras). (Anexo X)

Seguiu na mesma linha o árbitro Dr. Gustavo Justino de Oliveira:

> As Câmaras não veem tanto, não se veem tanto como destinatárias deste dever de publicidade - as Câmaras, né, interpretação delas, né? Então, você ainda tem essas discussões. Em um tribunal arbitral, ele fica um pouco na expectativa, sim, em relação ao que as partes entendem como publicidade naquela arbitragem. Acho que há alguns temas já com alguma convergência no sentido de que a sentença vai ser pública, né? As partes, isso deve ser publicizado, talvez o tema, né? O objeto da arbitragem, talvez, a informação sobre a existência da arbitragem. Então, já há algumas convergências, mas, ainda, isso tudo está sendo construído. [...] A arbitragem com a administração pública ela deve ser pública. Então, não é uma coisa, assim, em que todos fiquem muito à vontade, né? Não se tem ainda todos os *standards* desse tema, exatamente o que que isso significa em termos de *standards* mesmo, de *guidelines,* então, cada um faz de um jeito que entende. A administração pública tem exigido uma publicidade da arbitragem, uma publicidade mais máxima, isso incomoda um pouco os tribunais, incomoda a parte privada, incomoda as Câmaras. Elas não ficam muito confortáveis com isso, e essa publicidade das arbitragens com a administração pública vem estimulando um debate em torno da maior publicidade das arbitragens. Mas sabe o que que eu acho [...] eu acho que a demanda é de governança nas arbitragens. Porque a publicidade é um critério, então, ela veio antes, entendeu? Então, ela está aqui, ela ainda tá sendo trabalhada, mas ela é um critério de governança. (Anexo VIII).

Desse modo, resguardadas evidentemente as exceções legais de sigilo, esta pesquisa aponta que a questão da publicidade ainda precisa ser mais bem trabalhada na arbitragem brasileira – especialmente pelas câmaras arbitrais. É preciso se caminhe para a disponibilização de informações dos procedimentos arbitrais em que são parte a Administração Pública, de forma ativa, tanto pelos próprios entes da administração direta e indireta envolvidos em arbitragens, como pelas câmaras arbitrais que administram os procedimentos – o que não ocorre na atualidade.

4.5.2.4. Custos elevados da arbitragem

No que se refere aos custos da arbitragem, solicitou-se às cinco câmaras analisadas informação sobre os custos da instauração de procedimento arbitral nas suas instituições. Como já tratado ao se estudar o Caso Libra, mais especificamente no tópico 4.4.3.5, as atuais custas judiciais mais caras do Brasil são as do estado do Piauí, com teto de R$ 13.706,24 (treze mil, setecentos e seis reais e vinte e quatro centavos) – tanto para iniciais, quanto para eventuais recursos de Agravo de Instrumento e Apelação.

Portanto, cumpre agora verificar a média dos custos procedimentais nas câmaras analisadas, como forma de compará-los com os custos na Justiça Estatal. Trata-se, como é de esperar, de uma comparação que tem as suas limitações, especialmente porque não há como se prever a quantidade de recursos que serão interpostos no âmbito do Judiciário estatal – e que consequentemente impactariam o custo -, entre outros fatores que fogem de qualquer sorte de previsibilidade. Todavia, é inegável que se torna possível ter uma visão geral e ampla desses custos procedimentais, permitindo averiguar se, de fato, o procedimento arbitral é mais caro do que o Judiciário estatal.

Quanto à CMA, Câmara da CIESP/FIESP, as informações enviadas pela instituição (Anexo II) trataram do valor da causa arbitral, e não dos custos procedimentais. Assim, fez-se uma pesquisa ativa no sítio eletrônico da câmara, onde se localizou a Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros da Câmara.[433] Nesse aspecto, assim como se fez com a análise das custas judiciais estatais, trabalhou-se no caso da Câmara da CIESP/FIESP com o maior valor possível a ser pago em taxas procedimentais e honorários arbitrais em eventual procedimento.

Quanto à taxa de registro, que é recolhida pelo Requerente na data em que solicita a instauração da arbitragem, tem-se que o seu valor máximo é de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Somado a ela, há a Taxa de Administração, que é recolhida pelas partes em igual proporção (50% do valor para cada). O seu valor máximo é de R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), valor que, dividido por 2 (dois), resulta em um montante de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) para cada uma das partes no máximo. Quanto aos honorários arbitrais, considerando-se o padrão, isto é, um Tribunal composto por três árbitros, verifica-se que o valor máximo pago ao Tribunal é de R$ 1.622.500,00 (um milhão, seiscentos e vinte e dois mil

[433] Disponível em: https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html. Acesso em: 26/11/2022.

e quinhentos reais), o que dá em torno de R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) para cada uma das partes.

Assim, sem levar em consideração outros custos procedimentais que podem surgir a depender da situação (como valores a serem pagos para eventual comitê de impugnação de árbitros), as custas máximas procedimentais de uma arbitragem da Câmara da CIESP/FIESP podem chegar a um valor próximo de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada uma das partes. Trata-se de um valor, indiscutivelmente, superior ao que seria pago no mesmo procedimento na Justiça estatal.

A CBMA, por sua vez, encaminhou de cada um dos seus processos envolvendo arbitragem com o setor de infraestrutura, os valores da Taxa de Instauração, da Taxa de Administração e dos honorários arbitrais (Anexo III). Detalham-se esses valores abaixo, para que ao fim se possa ter uma média dos valores e compará-los com os custos procedimentais mais elevados da Justiça estatal (os de Piauí). Verifica-se:

Caso	Taxa de Instauração	Taxa de Administração	Honorários Arbitrais	Valor Total
Petra Energia S.A. e Bayar Empreendimentos e Participações LTDA. x Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP	R$ 4.000,00	R$210.000,00	R$ 891.859,38	R$1.105.859,38
Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x IESA Projetos e Montagens S.A. – em Recuperação Judicial e IESA	R$ 4.000,00	R$90.000,00	R$580.000,00	R$674.000,00

Óleo e Gás S.A. – em Recuperação Judicial				
Ultrafértil S.A. x Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS	R$ 4.000,00	R$90.000,00	R$505.263,12	R$594.263,12
Brazal Brasil Norte Comercialização de Petróleo Ltda. x Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP	R$ 4.000,00	R$38.000,00	R$221.052,60	R$ 263.052,60
Fundação Petrobras de Seguridade Social x Mosaic Fertilizantes P&K Ltda.	R$ 4.000,00	R$172.000,00	R$ 1.368.421,00	R$ 1.544.421,00
Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS) x Central Geradora Termelétrica de Fortaleza (CGTF) e Companhia de	R$ 4.000,00	R$ 160.000,00	R$ 175.639,50	R$ 339.639,50

Gás do Ceará (CEGÁS)				
Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S.A. x Linktel Telecomunicações do Brasil Ltda.	R$ 4.000,00	R$ 55.000,00	R$305.263,16	R$ 364.263,16
Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Tractebel Energia S.A. e Companhia de Gás do Estado do Mato Grosso do Sul – MSGás	R$ 4.000,00	R$120.000,00	R$621.052,64	R$745.052,64
Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Companhia Pernambucana de Gás – Copergas e Termopernambuco S.A. – Termope	R$ 4.000,00	R$160.000,00	R$442.105,28	R$ 606.105,28

Valor médio total dos custos procedimentais	R$ 692.961,85

Verifica-se, portanto, que, considerando os procedimentos arbitrais que tiveram como câmara a CBMA, o custo médio por processo arbitral (com as taxas de instauração, de administração e os honorários arbitrais) é de R$ 692.961,85 (seiscentos e noventa e dois mil, novecentos e sessenta e um reais e oitenta e cinco centavos). Mais uma vez é possível concluir que se trata de um custo muito superior ao do Judiciário estatal.

Quanto à CAM-CCBC, como foi encaminhada uma média do valor das causas da arbitragem (Anexo V), a pesquisa realizada também foi ativa. Assim como se fez no caso da

Câmara da CIESP/FIESP, identificou-se no sítio eletrônico da CAM-CCBC o regramento atual de custas,[434] o que possibilitou calcular o valor máximo a ser pago por um procedimento arbitral junto à câmara.

Nesse aspecto, verificou-se que a Taxa de Registro tem um valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); a Taxa de Administração, um valor máximo de aproximadamente R$ 442.313,44 (quatrocentos e quarenta e dois mil reais, trezentos e treze reais e quarenta e quatro centavos); e os honorários arbitrais (considerando-se o Tribunal Arbitral composto por três árbitros), o valor máximo de aproximadamente R$ 2.098.711,92 (dois milhões, noventa e oito mil, setecentos e onze reais e noventa e dois centavos). Somando-se esses valores, chega-se a algo superior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada uma das partes do procedimento. Também nesse caso, o valor é muito superior ao máximo que seria pago em um procedimento na Justiça estatal.

Quanto à CAMARB, os valores dos procedimentos também não foram informados (Anexo VI). Seguiu-se, desse modo, com a mesma metodologia adotada para a CAM-CCBC e a Câmara da FIESP/CIESP, isto é, fez-se uma pesquisa ativa no sítio eletrônico, identificando-se o valor máximo que poderia ser pago por um procedimento junto à câmara.

Desse modo, segundo a última atualização da Tabela de Custas e Despesas da CAMARB,[435] a Taxa de Registro é R$ 5.000,00 (cinco mil reais); a Taxa de Administração está no valor máximo de aproximadamente R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), acrescido de aproximadamente R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) de honorários para um Tribunal Arbitral composto por três árbitros. Somando-se esses valores, tem-se algo próximo de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada uma das partes.

Assim, analisados os valores praticados referentes à taxa de registro, taxa de administração, e honorários arbitrais de 4 (quatro) das 5 (cinco) maiores câmaras arbitrais brasileiras,[436] pode-se concluir que os valores procedimentais de uma câmara arbitral são superiores aos da Justiça estatal.

Como já dito anteriormente, ao se analisar a questão dos custos outros pontos devem ser levados em consideração, como a especialidade dos julgadores, o tempo de duração do

---

[434]Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regramento-de-custas/>. Acesso em: 26/11/2022.

[435] Disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/tabela-de-custas-2019/. Acesso em: 27/112022.

[436] Nessa análise não se consideraram os dados da ICC em virtude de as informações fornecidas pela Câmara não constarem com os custos individualizados de cada procedimento (Anexo IV), além do fato de que em busca ativa no sítio eletrônico da Câmara tampouco se identificara as custas que são praticadas pela instituição.

procedimento, entre outras características que se inserem em uma avaliação de custo-benefício. Contudo, ao se levar em consideração na análise apenas os valores nominais, é seguro afirmar que um procedimento arbitral será mais custoso que uma resolução de conflitos por meio da Justiça estatal.[437]

4.5.2.5. Possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro

Quanto à característica da arbitragem de ser um fator de maior atração para o investidor estrangeiro, esta pesquisa encontrou dificuldades em determinar uma metodologia que permitisse uma análise objetiva da questão. Não se entendeu adequado simplesmente fazer um levantamento da quantidade de partes estrangeiras nos procedimentos arbitrais dos setores de infraestrutura, em comparação com as empresas nacionais, uma vez que há muitos outros fatores que podem atrair ou repelir o investidor estrangeiro.

Portanto, quanto a esse pressuposto, o autor deste trabalho entende que, até o presente, a questão deve ser tratada teoricamente, até que se encontre uma metodologia adequada para se fazer esse exame. De qualquer forma, como visto no tópico 4.2.3, todos os indícios caminham para uma confirmação do pressuposto em estudo.

Veja-se que, como desenvolvido no referido tópico 4.2.3, determinadas instituições, como o Banco Mundial, em muitos casos exigem a previsão da arbitragem como meio de resolução de conflitos para a liberação de crédito para investimento. Ademais, não há como se deixar de apontar as conclusões obtidas por André Rodrigues Junqueira em sua dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo, que entendeu ser essa uma característica positiva do instituto ao entrevistar uma consultora do International Finance Corporation (IFC), órgão vinculado ao Banco Mundial. Na ocasião, quanto ao tema, respondeu a referida entrevistada:[438]

---

[437] Os comentários dos profissionais entrevistados nesta refletiram os dados apresentados. A Dra. Paula Butti apontou: "Nos processos arbitrais já finalizados (Libra e Proteus) os custos da arbitragem somaram aproximadamente R$ 3 milhões. O custo é alto, principalmente considerando a necessidade de desembolso num período de dois a quatro anos. Daí a necessidade do uso da arbitragem para casos em que efetivamente se trate do meio mais adequado para a resolução do conflito." (Anexo X). Também nesse sentido o procurador do estado de São Paulo com atuação em arbitragens: "Os custos são, sim, maiores que os judiciais. Basta comparar a tabela de custas das câmaras com as do judiciário. A diferença é ainda maior quando uma parte é isenta de custas no Judiciário, como é o caso dos entes públicos. Isso não quer dizer, porém, que seja necessariamente um custo injustificável. Os custos da forma se justificam pelos benefícios no julgamento do mérito, nos casos realmente adequados para arbitragem (em razão da profundidade da instrução e da especialidade do julgador)." Seguiram a mesma linha de entendimento o Dr. Gustavo Justino de Oliveira (Anexo VIII) e o Dr. Riccardo Giuliano Figueira Torre (Anexo IX), além do procurador do estado de São Paulo com atuação nas arbitragens do referido estado (Anexo XI).

[438] JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Opus citatum*, p. 110-111.

> Eu diria que há dois blocos de razões pelas quais o investidor estrangeiro quer arbitragem. O primeiro é o conjunto dessas coisas que você falou: custos, qualidade, possibilidade de contratar os advogados que ele já conhece para atuar no caso, e o segundo é o desconhecimento institucional e técnico do que acontece no Brasil. O investidor estrangeiro que muda de país conforme a atratividade do projeto, por mais experimentado que ele seja, não vai ter o mesmo grau de conhecimento do diálogo local que um investidor brasileiro, de modo que ele se sente mais à vontade para transitar em um ambiente institucional internacionalizado.

Por sua vez, alguns dos profissionais entrevistados nesta pesquisa, ao serem questionados sobre o tema, responderam o seguinte:

> Dr. Riccardo Giuliano Figueira Torre: "[...] em certa medida, sim. [...] eu vejo que sim que é um fator que por muito tempo foi um atrativo para esse tipo de empresa [...], mas, por outro lado, algumas situações, elas tiveram algumas experiências não muito positivas, o que já me confidenciaram que talvez já não vejam a arbitragem com bons olhos que viam antigamente. (Anexo IX)

> Dra. Paula Butti: "As arbitragens com a administração pública, até o momento, são arbitragens domésticas, e a opção pela arbitragem, me parece, vem da consolidação e prestígio do instituto no Brasil." (Anexo X).

> Procurador do estado de São Paulo: "Como advogado, nas arbitragens de que participei envolvendo partes estrangeiras, tenho impressão de que o estrangeiro considerou a arbitragem como um foro um pouco mais neutro que o judiciário, mas algo ainda muito caseiro, não 'internacionalizado', dada a predominância de advogados e árbitros brasileiros." (Anexo XI)

Como se verifica, até mesmo entre profissionais que atuam em arbitragens com o setor de infraestrutura, existe uma certa dúvida ou opiniões divergentes sobre o tema. Portanto, o que se verifica quanto a essa questão é que embora a doutrina produzida até o momento indique ser um meio de resolução de conflitos que atrai investidores externos, não há como se confirmar esse pressuposto a partir das metodologias de análise desta pesquisa.

4.5.2.6. Insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral

Como examinado no tópico 4.3.3, a questão da arbitrabilidade objetiva nas arbitragens envolvendo setores regulados, como são os de infraestrutura, é um tema que ainda é palco de amplas discussões no meio arbitral. Ocorre que, também nesse caso, existe uma grande

dificuldade em se encontrar uma metodologia adequada que permita aferir se, de fato, essa é uma temática que vem sendo suscitada nos procedimentos arbitrais envolvendo os setores de infraestrutura e se essa questão se torna um aspecto negativo do instituto.

Como já apontado anteriormente, solicitou-se às cinco maiores câmaras de arbitragem brasileiras um eventual retorno sobre um banco de sentenças arbitrais já proferidas que pudessem ser consultadas. Ao pedido todas responderam negativamente, apontando que inexiste essa publicização de sentenças. Também se questionou às câmaras se mantinham algum controle dos processos arbitrais, envolvendo o setor de infraestrutura, que já foram judicializados/anulados – justamente com o objetivo de verificar se essa judicialização/anulação se deu por questões vinculadas à arbitrabilidade objetiva. A resposta de todas as câmaras foi igualmente negativa.

Desse modo, a partir das informações fornecidas pelas câmaras arbitrais, não foi possível realizar qualquer tipo de análise sobre uma eventual insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral.

Por outro lado, com base nas informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, realizou-se uma análise das duas sentenças arbitrais já proferidas em casos arbitrais que envolveram o setor de infraestrutura. Buscou-se, com isso, verificar se o tema da arbitrabilidade objetiva foi questão suscitada pelas partes e de que forma o Tribunal Arbitral se comportou quanto à temática. Analisou-se as sentenças dos seguintes casos listados na "Planilha de Arbitragens da União – Atualizada em 16/10/2022":[439] Caso Proteus e Caso Galvão (o Caso Libra já foi analisado anteriormente, no tópico 4.4.3.6, no estudo de caso realizado nesta pesquisa).

Quanto ao Caso Proteus, ao se examinar a decisão arbitral proferida, verifica-se que a questão da arbitrabilidade objetiva não foi tema enfrentado pela decisão. Ao que tudo indica, em nenhum momento as partes suscitaram a questão. Assim como se concluiu quanto ao Caso Libra, talvez esse cenário possa ser explicado a partir da forma com que o Termo de Arbitragem do procedimento arbitral foi consolidado. Isso porque o Termo de Arbitragem[440] cuidou de prever expressamente qual seria a matéria objeto daquela arbitragem, além de delimitar os pedidos de cada uma das partes. Ainda que um termo de arbitragem bem desenhado não seja a

---

[439] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf Acesso em: 27/11/2022.

[440] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_proteus_-_termo_de_arbitragem.pdf. Acesso em: 27/11/2022.

garantia de que, posteriormente, aspectos da arbitrabilidade não serão questionados, é, sem dúvidas, uma segurança adicional de que isso não ocorrerá, uma vez que as partes anteriormente ao início do conflito terão delimitado as matérias que serão decididas pelo Tribunal Arbitral.

Já quanto ao caso Galvão, a sentença parcial[441] trouxe um tópico específico acerca da arbitrabilidade dos pedidos. Segundo se retira da decisão, a Requerente, a Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE/SP, expressamente pediu "O reconhecimento da arbitrabilidade dos pedidos formulados nestas Alegações Iniciais e, consequentemente, da jurisdição do Tribunal Arbitral para resolução da presente controvérsia". Ocorre que, como indicado pela própria decisão, as Requeridas, União e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, não contestaram esse ponto, não se formando controvérsia quanto à questão da arbitrabilidade.

Todavia, na Ata de Missão,[442] a Requerida União fez constar o seguinte:

> Conforme será demonstrado, a caducidade do contrato de concessão gerou prejuízos incalculáveis à sociedade, bem como danos econômicos causados diretamente à União, tais como a necessidade de dispêndio de recursos para manutenção do sistema rodoviário; a contratação de novos estudos de viabilidade para nova licitação; além de lucros cessantes, decorrentes da perda de receita em razão da não ocorrência de fato gerador tributário, degradação do ativo rodoviário, entre outros.

A partir desse ponto, a Requerente passou a alegar em suas manifestações a inarbitrabilidade objetiva de uma parte das pretensões reconvencionais da União indicadas acima, sustentando que as questões atinentes ao ressarcimento de danos coletivos, ambientais e à arrecadação frustrada de tributos seriam direitos não patrimoniais e, portanto, indisponíveis. Ocorre que posteriormente a União deixou de formular os pedidos relativos aos danos coletivos, tributários e ambientais, manifestando desistência sobre esses pontos e, consequentemente, deixando de haver controvérsias nesse sentido.

De qualquer forma, o Tribunal Arbitral por meio da decisão fez questão de deixar evidente a natureza patrimonial dos pedidos, diretamente relacionados ao contrato firmado. Destacou o seguinte: "Em suma, os pleitos deduzidos nesta arbitragem têm, todos, em última análise, caráter patrimonial, inexistindo também qualquer controvérsia remanescente acerca da plena arbitrabilidade dos mesmos.".

---

[441] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso-galvao-icc-23433-sentenca-arbitral-parcial.pdf. Acesso em: 27/11/2022.

[442] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_galvao_icc_23433_-_ata_de_missao.pdf. Acesso em: 27/11/2022.

Como se verifica, portanto, das três sentenças já disponibilizadas, envolvendo conflitos do setor de infraestrutura, ao menos um deles adentrou em discussão atinente à arbitrabilidade, o que, apesar da reduzida amostragem, demonstra que esse é, sim, um tema que pode surgir nos conflitos do setor resolvidos por arbitragem.

Ainda que atualmente a amostragem seja limitada, isto é, que existam poucas sentenças arbitrais envolvendo o setor de infraestrutura já proferidas e devidamente publicizadas, e, consequentemente, passíveis de serem analisadas, a partir dos pressupostos teóricos levantados anteriormente, o tema da arbitrabilidade objetiva é questão que permeia o instituto da arbitragem em setores regulados.

Mesmo que, insista-se, os comentários abaixo não sirvam como dados empíricos, mas como apontamentos complementares, veja-se que em entrevista para este trabalho, o Dr. Gustavo Justino de Oliveira, falando sob a perspectiva de árbitro que atua em arbitragens no setor de infraestrutura, destacou o seguinte:

> [...] os debates sobre arbitragem envolvendo Administração Pública, a maior parte dos debates envolve a arbitrabilidade objetiva, né? Então, esse é o grande tema da arbitragem. Por isso que vêm as medidas antiarbitragem, por isso que, muitas vezes, a gente caminha já com sentença parcial [...] A gente acha muito mais seguro você já decidir alguns temas na sentença parcial. Não deixar passar lá para a sentença final, né? E geralmente os temas têm a ver com a arbitrabilidade objetiva, tá? [...] eu também vejo que ainda tem a ver com a configuração da cláusula. Isso muitas vezes não é tanto pela questão regulatória, Murillo. É como essa cláusula é confeccionada [...] eu vejo que, assim, muitas discussões têm a ver muito com o escopo da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a maneira como essas cláusulas são confeccionadas. [...] Mas e aí o último ponto: eu acredito que, às vezes, sim, você tem lacunas regulatórias, algumas dúvidas, né? Que acabam impactando a arbitrabilidade objetiva, né? Por exemplo, o próprio ente público ou a agência reguladora entendendo que aquela é matéria regulatória, né? O próprio plano regulatório, né? Assim, às vezes, setorial, não pode o Tribunal vir revisar o que é de atividade, assim, é independente da agência, né? Então, eu acho que sim. Em matéria regulatória você começa a ter algumas impugnações, de normas, sabe? Assim pelas partes e tal. Aí você vê que a parte tenta fazer com que o tribunal se manifeste sobre as lacunas regulatórias, dissidências regulatórias, sabe? Tem um pouco isso que é novo e, às vezes, o tribunal tem dificuldades em construir um posicionamento, né? De que ele não pode atuar, né? Porque é matéria indisponível, né? [...] E aí, quando tem a indisponibilidade o que o tribunal faz ele não decide, né? Ele não vai adentrar naquela questão, né? Mas isso pode comprometer a arbitragem como um todo, né? Porque aí ele não adentra e aí você também não consegue decidir o conflito, né? Mas enfim, isso é um, é um... são ossos do ofício, né? Da arbitragem, envolvendo a infraestrutura. Então, às vezes, tem sim umas discussões, mas eu só acho que a gente tem que entender o que que está acontecendo. Às vezes é redação de cláusula, às vezes a parte... (Anexo VIII)

Igualmente, o advogado privado com atuação em arbitragens no setor de infraestrutura, Dr. Riccardo Giuliano Figueira Torre, apontou que nas suas experiências profissionais a questão da arbitrabilidade objetiva foi tema que também já apareceu:

> [...] dois dos casos que eu atuo a gente teve argumentos suscitados pela parte contrária de que tal tema não era arbitrável; [...] há sim uma questão nesse sentido, e numa outra arbitragem que eu também atuo, falando sobre isso, é uma arbitragem entre dois entes privados, mas que indiretamente envolve uma agência reguladora, apontou-se que determinada matéria não seria arbitrável, deveria ser resolvida no âmbito da agência reguladora. (Anexo IX).

Apontou no mesmo sentido o procurador do estado de São Paulo: "Nos casos de que participei, em que o próprio Poder Público é parte, esse tipo de problema é, sim, muito comum. Quando o caso se limita a reflexos patrimoniais, essa questão é reduzida. Porém, quando avança, essa questão é ampliada." (Anexo XI)[443]

Portanto, apesar de não se ter ainda uma amostragem que permita aferir a questão de modo mais confiável, os indícios apontam que questionamentos referentes à arbitrabilidade objetiva estão presentes nos conflitos do setor de infraestrutura.

Todavia, como também já analisado, essa questão pode ser contornada por meio de desenhos adequados das convenções arbitrais. Verificou-se, especialmente ao se estudar o Caso Libra no tópico 4.4 deste trabalho, que com a devida delimitação, na convenção arbitral, das matérias que serão discutidas, o procedimento arbitral tende a afastar problemas relacionados à arbitrabilidade, uma vez que em momento anterior ao conflito as partes já acordam e detalham os litígios que serão postos ao Tribunal Arbitral.

De qualquer forma, é preciso ter em mente que a questão da arbitrabilidade objetiva ainda é um tema muito presente, e que, sob pena de uma desnecessária judicialização, que atrase todo o procedimento, as partes devem garantir que já na convenção arbitral, ou ao menos no Termo de Arbitragem, as matérias dos conflitos que serão resolvidos pelo Tribunal Arbitral estejam bem delimitadas.

4.5.2.7. Desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e o receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado

[443] A única profissional que até momento não lidou com problemas desse tipo foi a Dra. Paula Butti, que, quando questionada se tinha eventual receio quanto ao risco de judicialização ou anulação de sentença por adentrar em questões inabitáveis, respondeu que "Até o momento, não." (Anexo X)

Por fim, o último aspecto que será analisado a partir dos dados obtidos junto às câmaras arbitrais e disponibilizados pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU refere-se a um suposto risco de desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado.

Nesse ponto, primeiramente analisando-se os dados obtidos junto às câmaras arbitrais, questionou-se o seguinte às referidas instituições: "Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a Administração Pública?"

As respostas foram as seguintes:

Câmara	**Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a Administração Pública?**
Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CIESP/FIESP)	Sim, as resoluções 3/2018[444] e 9/2021.[445] (Anexo II)
ICC	O Regulamento de Arbitragem da CCI é único, e aplicável de forma irrestrita a todos os procedimentos administrados pela câmara. Em razão das exigências da administração pública federal para cadastramento de câmaras, o Escritório da CCI em São Paulo possui algumas práticas específicas. Fazemos referência ao item VIII da Nota sobre o Funcionamento da SCIAB[446], que dispõe sobre as particularidades

[444] Trata sobre a publicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública e da disponibilização das seguintes informações dos referidos procedimentos: data do requerimento de instauração da arbitragem, nome das partes e número do procedimento. (Disponível em: https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/arbitragem/Resolucao-03-2018.pdf> Acesso em: 28/11/2022.

[445] A Resolução prevê que será divulgado no sítio eletrônico da Câmara as seguintes informações: (i) existência do procedimento arbitral; (ii) data do requerimento de instauração da arbitragem; (iii) nome das partes; e (iv) número do procedimento; (v) a sentença (exceto em caso de manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário). (Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.org.br/pt/res/docs/arbitragem/resolucao_9_2021_administracao_publica_ass.pdf. Acesso em: 28/11/2022.

[446] A referida nota trata, em geral, sobre as custas e a publicidade dos atos nas arbitragens que envolvem entes públicos. Entre as principais previsões, estão as seguintes: (i) não serão objeto de publicidade quaisquer atos processuais, petições e documentos que sejam sigilosos por lei, bem como qualquer outro ato ou documento que

	aplicáveis a casos envolvendo a Administração Pública no âmbito do escritório da CCI em São Paulo. (Anexo IV)
CBMA	Não é adotado um regulamento específico às arbitragens que envolvem a Administração Pública. É adotado o Regulamento de Arbitragem do CBMA, disponível em Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf (cbma.com.br). (Anexo III)
CAM-CCBC	Para regulamentar os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública foram criadas a Resolução Administrativa 09/2014,[447], que trata da interpretação do regulamento de arbitragem para os casos envolvendo a Administração Pública, e a Resolução Administrativa 15/2016,[448] que regula a

o tribunal arbitral determine como sigiloso; (ii) A Secretaria somente fornecerá informações sobre uma arbitragem ou concederá acesso a quaisquer documentos relacionados a uma arbitragem a terceiros se as partes assim concordarem ou se a Secretaria for solicitada a fazê-lo pelo tribunal arbitral; (iii) em todos os casos, as audiências serão privativas das partes e seus representantes, árbitros, testemunhas, peritos e auxiliares periciais, tradutores, funcionários da Secretaria, Centro de Audiência e demais pessoas autorizadas pelo tribunal arbitral; (iv) nas arbitragens que envolvam entidades públicas brasileiras, os custos relativos a audiências e conferências de gestão de processos poderão ser incluídos no adiantamento de custas; (v) Nas arbitragens envolvendo entidades públicas brasileiras, todas as faturas relativas a honorários de árbitros e honorários administrativos da CCI serão emitidas para a(s) parte(s) privada(s), com a observação de que estão vinculadas a uma arbitragem específica que envolva como parte uma entidade pública brasileira. (Disponível em: https://iccwbo.org/contact-us/contact-sciab-ltda/> Acesso em: 28/11/2022.

[447] A CAM-CCBC trouxe resolução administrativa prevendo uma série de especificidades que devem ser observadas nas arbitragens envolvendo o Poder Público. As principais delas são: (i) o dever de publicidade; (ii) ter sede no Brasil e adotar a língua portuguesa como idioma oficial; (iii) a questão das custas e a possibilidade de o particular adiantá-las; (iv) a possibilidade de participação de *amicus curiae*; (v) um modelo recomendado de cláusula compromissória para arbitragens que envolvem a Administração Pública. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/. Acesso em: 28/11/2022.

[448] Trata sobre a publicidade em procedimentos arbitrais em que são parte entes da Administração Pública. Entre as principais previsões, estão as seguintes: (i) o dever de publicidade dos atos nas administrações que envolvam a administração pública; (ii) a previsão de que o Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes; (iii) possibilidade da Câmara informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral; a data do requerimento da arbitragem e o nome das partes, podendo essas informações estarem disponíveis no sítio eletrônico da instituição; (iv) As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/. Acesso em: 28/11/2022.

	publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta. Caso possua interesse, a íntegra destes documentos pode ser acessada através do link: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ (Anexo V)
CAMARB	Desde a versão publicada em 2017 o Regulamento de Arbitragem da CAMARB passou a disciplinar especificamente os procedimentos envolvendo a participação da Administração Pública, por meio de Capítulo específico "XII DOS PROCEDIMENTOS COM A PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA",[449] disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/. (Anexo VI)

Como se verifica da tabela acima, com exceção da CBMA, todas as demais câmaras arbitrais examinadas têm em seu regulamento ou em resolução específica alguma previsão atinente às especificidades dos procedimentos arbitrais que envolvem o Poder Público. Todavia, em sua ampla maioria, essa previsão refere-se única e exclusivamente a temas referentes à publicidade e às custas.

Importante destacar que um exemplo muito positivo nesse sentido é o da CAM-CCBC, que além de prever questões referentes à publicidade e às custas, ainda traz em sua Resolução Administrativa nº 09/2014 a previsão de respeito a outras especificidades que envolvem as arbitragens com entes públicos (como são as do setor de infraestrutura), como a exigência de que o idioma oficial do procedimento seja o português e que a sede seja no Brasil, além de previsões sobre a participação de terceiros. Trata-se de uma resolução completa e que pode

[449] Disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/. Acesso em: 21/122022.

servir de exemplo para outras instituições arbitrais, como forma de ser uma segurança adicional aos processos arbitrais nos setores de infraestrutura.

De qualquer modo, não se entende que a ausência, de forma geral, de previsões procedimentais mais específicas pelas câmaras seja, por si só, motivo de preocupação ou de aumento da insegurança jurídica. Isso porque essas questões podem ser superadas por, ao menos, dois meios: (i) um Tribunal Arbitral que tenha conhecimentos do regime jurídico de Direito Público; e (ii) cláusulas compromissórias e/ou termos de arbitragem que prevejam as especificidades procedimentais em que estão envoltas as arbitragens no setor de infraestrutura.

O primeiro ponto já foi examinado no tópico 4.5.2.2 desta pesquisa, oportunidade em que se verificou que as arbitragens envolvendo o setor de infraestrutura brasileiro são formadas por Tribunais em que ao menos um dos profissionais tem conhecimento no regime jurídico de Direito Público, o que consequentemente traz uma segurança adicional de que essas questões serão observadas e respeitadas.

Já quanto ao segundo ponto, a questão da previsão dessas especificidades nas convenções arbitrais e/ou termo arbitral/ata de missão, é importante que se faça uma análise de determinada amostragem em processos arbitrais envolvendo o setor de infraestrutura brasileiro. Para tanto, e valendo-se das informações disponibilizadas pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, analisou-se uma série de termos de arbitragem e atas de missão como

forma de verificar se as seguintes especificidades estavam presentes[450]: (i) o critério de julgamento ser o de direito e que seja aplicado o ordenamento jurídico nacional; (ii) a sede da arbitragem ser o Brasil; (iii) o idioma oficial do processo arbitral ser o português; (iv) a observância do princípio da publicidade; e (v) a preocupação com a arbitrabilidade objetiva do litígio. Compilaram-se as informações na tabela abaixo:

Caso	**Termo de arbitragem ou ata de missão**				
	Critério de julgamento ser o de direito e aplicação do ordenamento jurídico nacional	Sede da arbitragem no Brasil	Idioma português	Observância do princípio da publicidade	Preocupação com a arbitrabilidade objetiva do litígio
Proteus[451]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Galvão[452]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Rota do Oeste[453]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
MSVIA[454]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Viracopos[455]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Telefônica[456]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

[450] Previsões retiradas do Decreto nº 10.025/2019.
[451] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_proteus_-_termo_de_arbitragem.pdf. Acesso em: 28/11/2022.
[452] Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_galvao_icc_23433_-_ata_de_missao.pdf>. Acesso em: 28/11/2022.
[453] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-rota-do-oeste. Acesso em: 28//2022.
[454] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_msvia_icc_24957_ata_de_missao.pdf. Acesso em: 28//2022.
[455] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/CASOVIRACOPOSICC26042PFFATADEMISSO.pdf. Acesso em: 28/11/2022.
[456] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso-telefonica-cci-26383-pff-ata-de-missao.pdf. Acesso em: 28/11/2022.

Oi[457]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Claro[458]	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Verifica-se que na totalidade dos casos houve o devido respeito a uma série de especificidades que envolvem a arbitragem com a Administração Pública. Ao que tudo indica, especialmente após a reforma da Lei de Arbitragem, ocorrida em 2015 e já estudada neste trabalho, a necessidade de que o processo arbitral que envolve ente público se adéque às características do regime jurídico de Direito Público passou a ser devidamente observada pelas partes – pelo menos nas arbitragens que envolvem a União.

Ao se aliarem essas adequadas previsões nas convenções arbitrais e nos termos de arbitragem/atas de missão com o conhecimento do Tribunal Arbitral dos ditames do regime jurídico de Direito Público, cria-se um ambiente seguro para a resolução de conflitos do setor de infraestrutura por meio da arbitragem.

Por fim, quanto a um suposto receio que por algum tempo existiu de que a arbitragem seria parcial e priorizaria o ente privado, vê-se que essa desconfiança se esvaiu na prática.

Ao se analisarem os casos com participação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU,[459] com sentença parcial ou final já proferida, verifica-se que em todos eles, ou a União foi excluída do procedimento, ou sagrou-se vitoriosa no processo. Ora, não há como se falar em preferência ou parcialidade da arbitragem em favor do ente privado, quando é a parte pública que tem a maioria absoluta das vitórias nas arbitragens de que participa.[460]

A opinião dos Advogados Públicos entrevistados nesta pesquisa, o procurador do estado de São Paulo que atua em arbitragens, e a Dra. Paula Butti, coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, segue no mesmo sentido dos dados obtidos. Para os referidos profissionais, desde que os árbitros tenham conhecimento sobre o regime jurídico de Direito Público, o desrespeito a esses ditames não será um problema. Transcrevem-se as suas respostas aos questionamentos elaborados, primeiramente da Dra. Paula Butti, em seguida do procurador do estado de São Paulo:

---

[457] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso-oi-cci-26470-ata-de-missao.pdf. Acesso em: 28/112022.

[458] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso-claro-cci-26467-pff-ata-de-missao.pdf. Acesso em: 29/11/2022.

[459] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/221016-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf. Acesso em: 29/112022.

Dra. Paula Buttti: (Anexo X)

8) Nos processos arbitrais que envolvem a Administração Pública, a Doutora acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou a Doutora acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

R.: Acredito que há sim imparcialidade. As arbitragens têm sido julgadas de acordo com o que foi estabelecido nos contratos. Mas acredito que, em geral, árbitros especializados em direito administrativo possuem um olhar diferenciado sobre as controvérsias, sendo mais sensíveis a questões relevantes para a administração pública, quando comparados com árbitros que não possuem experiência em direito público.

9) Na sua percepção, nas arbitragens em que houve a participação do Núcleo Especializado em arbitragem da AGU, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

R.: Não. O que é correto. Uma arbitragem envolvendo a administração pública jamais poderá ser equiparada totalmente a uma arbitragem entre dois entes privados. Há especificidades de direito público que trazem um caráter diferenciado ao processo, o que, na minha experiência, tem sido respeitado não apenas pelos árbitros, mas por todos os envolvidos.

Procurador do estado de São Paulo: (Anexo XI)

10) Nos processos arbitrais que envolvem a Administração Pública, o senhor acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou o senhor acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

R.: Acho que os árbitros são, em geral, imparciais. Às vezes, percebem-se preconceitos em relação à Administração Pública, mas isso ocorre também com membros do Poder Judiciário que não tenham muita experiência com gestão pública na prática. Não é uma questão de parcialidade, mas de diferenças de experiência, inerente a qualquer julgador.

11) Na sua percepção, nas arbitragens em que o senhor atuou, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

R.: Já testemunhei as duas coisas, ou seja, árbitros zelosos pelo caráter público da parte, e outros que não fazem distinção alguma. Do ponto de vista de tratamento protocolar, tanto faz. O problema ocorre, porém, quando o árbitro, achando que está promovendo isonomia entre as partes, ignora a própria lei aplicável ao caso. Exemplifico: se o árbitro não souber como funcionam os procedimentos orçamentários, pode acabar solicitando providências que, embora plenamente atingíveis na sua finalidade, devem se revestir de determinadas formalidades cujo desrespeito invalida a decisão; se o árbitro desconhecer esses procedimentos, pode acabar se tornando ele próprio uma nova fonte de (desnecessários!) conflitos, em vez de um promotor de soluções.

Em conclusão, portanto, verifica-se que aliando-se a já vista composição de Tribunais Arbitrais com ao menos um profissional com conhecimento em Direito Administrativo (tópico 4.5.2.2 deste trabalho), às previsões das câmaras arbitrais e o desenho dos termos de arbitragem/ata de missão das arbitragens envolvendo o setor de infraestrutura de que a União participa, juntamente com a prática demonstrando que a questão da parcialidade ou preferência em favor do ente privado inexiste, pode-se concluir que eventual desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e o receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado não se mostram como motivos para maiores preocupações – desde que, é claro, essas características observadas nas arbitragens do setor de infraestrutura em que a União participa sejam replicadas em processos arbitrais de outros entes da Administração.

4.5.3. Conclusões preliminares a partir dos dados obtidos junto às câmaras arbitrais e ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União

Devidamente analisados os dados fornecidos pelas cinco maiores câmaras arbitrais brasileiras (Anexo VII ao XI) e aqueles disponibilizados pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU,[461] é possível que, assim como se fez ao final do estudo do Caso Libra, sejam tiradas conclusões parciais referentes aos pressupostos teóricos lançados nesta pesquisa e sua consequente confirmação - ou não - com base nos dados examinados.

Quanto à celeridade na resolução dos conflitos e à solução especializada para os litígios, esses foram dois pressupostos que, de forma geral, puderam ser confirmados. Ainda que a questão da celeridade envolva algumas peculiaridades, como a distorção causada por alguns casos, pode-se concluir que, ao menos em comparação ao Poder Judiciário estatal, não é um aspecto negativo. Ou o tempo de resolução do conflito se mantém o mesmo, ou o processo arbitral é de fato mais célere. Já quanto à solução especializada para os litígios, ela pode ser devidamente comprovada ao se verificarem as exigências realizadas para que as câmaras sejam devidamente cadastradas junto ao Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, além do fato de que em todos os casos examinados os Tribunais Arbitrais eram compostos por ao menos um dos profissionais com conhecimento em arbitragem, no direito material discutido e/ou no regime jurídico de Direito Público.

---

[461] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir. Acesso em: 29/11/2022.

Já a questão da publicidade e os custos foram pressupostos que, de certo modo, e em algumas situações, pesaram de forma mais negativa à arbitragem. A publicidade, por exemplo, ainda ocorre de maneira claramente irregular e sem um parâmetro bem definido (especialmente por parte das Câmaras Arbitrais). Ainda que se tenham exemplos muito positivos do respeito ao dever de publicidade nas arbitragens com a Administração Pública, como o do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, especialmente as câmaras arbitrais brasileiras não parecem ainda ter-se adequado a essa necessidade. Mesmo nos casos em que a publicidade ocorre por parte das instituições arbitrais, ela é mínima, não atendendo, na visão deste trabalho, ao dever constitucional de publicidade dos atos da Administração Pública.

Quanto aos custos, ainda que seja uma questão que deve ser analisada muito mais no aspecto do custo/benefício, transpareceu com clareza que o processo arbitral é mais custoso que o judiciário estatal.

Quanto à possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro e eventual insegurança relativa às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral, encontrou-se dificuldade na definição da metodologia de análise de dados que comprovassem ou rejeitassem esses pressupostos teóricos. Assim, entendeu-se que, até o momento, a partir dos dados disponibilizados sobre as arbitragens no setor de infraestrutura, não há como se confirmar ou afastar que o instituto se mostra como um incentivo a investidores estrangeiros – ainda que se tenham indícios afirmativos.

No que diz respeito à insegurança sobre as matérias passíveis de serem resolvidas pela via arbitral, o que se pode verificar dos dados analisados é que a questão da arbitrabilidade objetiva é um tema presente nas cláusulas compromissórias, termos de arbitragem/atas de missão, decisões arbitrais e alegações das partes. Veja-se que não foi possível, a partir dos dados reunidos, determinar se atualmente essa discussão sobre o que é ou não indisponível vem causando a judicialização de processos ou a anulação de sentenças arbitrais. O que se pode atestar é que essa eventual insegurança pode ser superada mediante desenhos adequados das convenções arbitrais e dos termos de arbitragem/atas de missão. Ou seja, o que se conclui é que, previamente ao início do conflito as partes já devem ter bem definidos quais serão as matérias a serem resolvidas pelo Tribunal Arbitral, para que a discussão referente à arbitrabilidade possa se dar previamente à decisão arbitral, prevenindo-se uma eventual judicialização. De qualquer forma, é inegável que o tema da arbitrabilidade objetiva aparece nos conflitos envolvendo o setor de infraestrutura.

Por fim, quanto a eventual desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado, viu-se que, em relação ao primeiro, muito em virtude de os Tribunais Arbitrais serem em regra compostos por profissionais conhecedores do regime jurídico de Direito Público, juntamente com as modificações legais dos últimos anos, esse vem sendo um tema que passou a causar menor preocupação às partes. Ainda que algumas melhorias precisem ser realizadas, especialmente no que tange à publicidade, as principais especificidades dos processos arbitrais que envolvem ente público estão sendo respeitadas.

Por sua vez, quanto ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado, viu-se que esse foi um pressuposto que não se confirmou na prática observada. A partir dos dados analisados, identificou-se que, até o presente, nas arbitragens envolvendo o setor de infraestrutura, a maioria absoluta dos processos arbitrais foram vencidos pelo ente público (a União).

Essas seriam, portanto, as considerações preliminares a partir de uma análise dos pressupostos teóricos estabelecidos nesta pesquisa, confrontados com as informações e dados fornecidos pelas maiores câmaras arbitrais brasileiras e obtidos após uma busca ativa dos dados disponibilizados pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

4.6. CONSIDERAÇÕES E ANÁLISES FINAIS DOS RESULTADOS OBTIDOS: A ARBITRAGEM PROMOVE UM AUMENTO NO NÍVEL DE SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA?

A presente pesquisa pretendeu construir uma resposta para a seguinte pergunta: o uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?

Nesse aspecto, o trabalho elegeu três pressupostos teóricos envolvendo características da arbitragem que, possivelmente, serviriam para o aumento do nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura (celeridade na resolução dos conflitos; soluções especializadas para os litígios; e possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro). Em sentido inverso, esta pesquisa contou com quatro outros pressupostos que envolveram características que poderiam prejudicar a segurança jurídica (desrespeito ao dever constitucional de publicidade; os custos elevados da arbitragem; a insegurança quanto às matérias passíveis de serem

submetidas ao processo arbitral; e eventual desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e o receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado).

Todos os pressupostos acima foram colocados frente a dois tipos de confirmação: o estudo de caso do Procedimento Arbitral 78/2016/SEC7, CAM-CCBC, conhecido como Caso Libra; e uma análise de informações e dados obtidos por meio de informações enviadas pelas cinco maiores câmaras arbitrais brasileiras e outras obtidas ativamente no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

Isso porque, conforme tratado no tópico 2.6, deste trabalho, um dos principais caminhos para a segurança jurídica no setor de infraestrutura depende do modo como o setor resolve seus conflitos. Posicionamento que resume didaticamente essa questão é aquele adotado por Sérgio Guerra, nos seguintes termos:

> No âmbito dessa procedimentalização da concretização de políticas públicas estatais, a previsibilidade técnica, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica a consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas. O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo, surgindo espaço para relações duradouras e continuadas. Isto é, 'a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimulando, para esse feito as consequências previsíveis, de modo que ela seja ponderada, tanto quanto o seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada.[462]

Em resumo, conforme se pôde verificar ao longo desta pesquisa, a questão da segurança jurídica no setor de infraestrutura está diretamente ligada às respostas que serão dadas aos conflitos que surgirem. Nessa linha foi que se investigou, por meio do estudo das características específicas do instituto, se esse era, de fato, um meio de resolução de conflitos que entregava decisões mais técnicas, com respeito aos ditames do regime jurídico de Direito Público, em quanto tempo e a que custo.

As conclusões preliminares já foram devidamente apresentadas. Assim, neste derradeiro tópico, apenas se faz uma última junção dessas conclusões preliminares para que, a partir disso, e sobre cada um dos pressupostos construídos, se tenha uma conclusão geral.

O primeiro aspecto, de extrema importância para o setor de infraestrutura, como já tratado no tópico 4.2.1, refere-se à celeridade na resolução dos conflitos. Em um setor altamente

---

[462] GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

dinâmico como é o de infraestrutura, tempo é, objetivamente, dinheiro, razão pela qual quanto mais célere e adequada seja a resolução de um conflito, melhor será para o setor e seus investidores.

Nessa linha, essa foi uma característica que se confirmou como positiva tanto no estudo do Caso Libra, quanto na análise dos dados enviados pelas câmaras arbitrais e obtidos junto ao NEA da AGU.

No Caso Libra, apesar da ressalva de que não se pode confirmar com total objetividade, já que para uma adequada comparação seria necessário ter um caso idêntico ao Libra ou muito semelhante tramitando no Poder Judiciário, pode-se verificar que o caso não só respeitou o prazo regulamentar predefinido pelas partes, como, mesmo tendo em vista toda a complexidade envolvida, se resolveu em aproximadamente 2 (dois) anos. Não é demais relembrar que conforme relatório produzido pelas partes, a estimativa do prazo de conclusão pela via judicial das 9 (nove) ações judiciais, aglutinadas em um único processo arbitral, era de 8 (oito) anos.

As conclusões do Caso Libra, por sua vez, se sustentam nos dados analisados das câmaras arbitrais e do NEA da AGU. Ainda que alguns casos específicos tenham causado certa distorção nos dados, foi possível concluir que na ampla maioria das situações a celeridade foi um aspecto positivo da arbitragem – ou, ao menos, não foi um aspecto que pesou negativamente para instituto.

Assim, concluiu-se que a celeridade é uma característica, em ampla maioria, positiva da arbitragem, sendo um fator de melhora na segurança jurídica entre poder concedente e concessionária em suas resoluções de conflitos no setor de infraestrutura.

A solução especializada dos litígios foi outro pressuposto positivo que se confirmou. Tanto no exame do caso Libra, quanto nos dados obtidos junto às câmaras arbitrais e ao NEA da AGU, ficou demonstrado que os Tribunais Arbitrais são formados por profissionais que têm o devido conhecimento nas matérias necessárias para a resolução do conflito (seja no direito material, seja sobre as peculiaridades de um procedimento arbitral). Alia-se essa característica dos profissionais a câmaras que, regra geral, parecem estar cada vez mais se adaptando para receber litígios que envolvem entes públicos.

Portanto, quanto às soluções especializadas para os litígios, concluiu-se também que é uma característica da arbitragem que serve para aumentar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura. A garantia de que seus conflitos receberão uma solução técnica e especializada é, sem dúvida, um fator que aumenta a confiança do setor como um todo.

Passando-se às características que poderiam causar um prejuízo ao nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura, tem-se o risco de desrespeito ao dever constitucional de publicidade. Quanto a esse ponto, identificaram-se algumas diferenças entre os resultados obtidos por meio do estudo do caso Libra e a forma como esse dever constitucional de publicidade vem sendo enfrentado, especialmente pelas câmaras arbitrais brasileiras.

Isso porque, no paradigmático caso Libra, o dever constitucional da publicidade foi devidamente respeitado. Muito em razão do fato de uma das partes ser a União – e o NEA da AGU dispor de um elogiável portal de publicização dos processos arbitrais –, mas fato é que o processo arbitral teve uma adequada publicização. Essa publicidade também foi devidamente respeitada pelo Tribunal Arbitral, ainda que de forma passiva. Ou seja, no referido caso, respeitaram-se as previsões constitucionais da publicidade dos atos da Administração Pública.

Todavia, quando se analisam especialmente os dados enviados pelas câmaras arbitrais, constata-se que ainda existe tanto uma deficiência de publicidade, quanto uma ausência de parâmetros de como deve se dar a publicização dos processos arbitrais que envolvam entes públicos – como se se tratasse de uma responsabilidade única e exclusiva do ente público, o que, como já tratado anteriormente, se considera um equívoco.

Do cenário acima ainda se infere um segundo risco, o de decisões contraditórias. Como não se tem uma devida publicização das arbitragens, não se cria um banco de sentenças arbitrais, consequentemente impossibilitando que se saiba, de maneira mais clara, de que forma as decisões vêm sendo proferidas. Não se nega que esse cenário é minimizado por uma outra característica da arbitragem, que é a de dar soluções especializadas aos litígios, mas também é inegável que o respeito ao dever constitucional de publicidade traria uma segurança a mais ao instituto.

Portanto, o que se conclui quanto à questão da publicidade é que as experiências são divergentes: enquanto o ente público já observa o dever de publicidade, com uma série de iniciativas louváveis nesse aspecto, como o portal do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, o mesmo não ocorre com as câmaras arbitrais. Essas ainda oferecem certa resistência – e até receio – em dar a devida publicidade às arbitragens com a Administração Pública. Sem dúvida, trata-se de uma fragilidade que deve ser amplamente discutida e corrigida.

A questão dos custos é outra para a qual as conclusões tiradas do estudo de caso foram as mesmas que as desenvolvidas a partir dos dados enviados pelas câmaras arbitrais e pelo NEA da AGU. Ainda que, se assentou ao longo do trabalho, os custos sejam um ponto que deve ser analisado em uma relação de custo e benefício, em uma análise estritamente objetiva os gastos

com arbitragem são claramente mais volumosos que os do processo judiciário estatal. Nesse aspecto, para que não se torne um ponto negativo à arbitragem, é preciso que as outras características da arbitragem estejam presentes e se sobressaiam, como a celeridade, a solução especializada dos litígios, entre outros fatores.

Outro tema polêmico é a insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral. Como visto, a questão da arbitrabilidade objetiva é tema recorrente nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. Especificamente nos setores de infraestrutura essa questão ainda é potencializada pela alta regulação do setor, o que pode trazer sérias controvérsias sobre o limite da disponibilidade dos direitos discutidos e, consequentemente, da arbitrabilidade.

Embora esse tema não tenha aparecido no estudo de caso, viu-se que surgiu em decisões arbitrais já proferidas envolvendo arbitragens no setor de infraestrutura. De qualquer forma, trata-se de uma questão que ainda está em desenvolvimento pela arbitragem brasileira, sem parâmetros ainda bem estabelecidos, especialmente quando se observa o modo como os Tribunais decidem e como o Judiciário se comporta em relação a essas controvérsias.

O que se pode concluir, contudo, é que embora a insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral não possa ser um tema desconsiderado nas arbitragens do setor de infraestrutura, ela pode ser mais bem contornada com algumas medidas tomadas pelas partes. Um exemplo, como tratado nesta pesquisa, é o de se promover um adequado desenho das convenções e termos de arbitragem, deixando bem especificadas quais serão as matérias que serão discutidas em eventual processo arbitral.

Assim, a conclusão quanto a esse ponto é que, de fato, a arbitrabilidade objetiva, especialmente pela ausência de uma maior clareza sobre como a Justiça estatal interpretará uma questão dessas que eventualmente chegue aos seus gabinetes, ainda é um risco e precisa ser levada em consideração pelas partes. Todavia, trata-se de um risco que pode ser mitigado com a adoção de determinados procedimentos, como um adequado desenho da convenção arbitral e termo de arbitragem.

Já no que tange a um risco de desrespeito ao regime jurídico de Direito Público e o receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado, tanto o estudo de caso quanto a análise dos dados obtidos junto às câmaras e ao NEA da AGU apontaram para as mesmas conclusões.

Sem considerar aspectos como a publicidade e a arbitrabilidade objetiva, que, apesar de também pertencerem ao regime jurídico de Direito Público, foram analisados em tópicos

específicos, identificou-se que existe uma preocupação, tanto das partes, quanto das câmaras arbitrais, em deixarem explícito em seus regulamentos, resoluções ou nas próprias convenções ou termos de arbitragem, que o litígio deverá ser resolvido valendo-se do Direito brasileiro, no idioma português, com sede no Brasil, entre outros pontos.

Ademais, quanto ao receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado, esse foi outro ponto afastado pelo estudo de caso e pelo exame das informações das câmaras e do NEA. O ente público tanto saiu vitorioso do caso paradigmático de arbitragem envolvendo o setor de infraestrutura (Caso Libra), como se sagrou vencedor da maioria absoluta dos processos arbitrais examinados neste trabalho.

Por fim, ainda há de se registrar que tanto por meio do estudo de caso, como pela análise de dados, não foi possível caracterizar – nem descaracterizar – a arbitragem como instituto que promove uma maior atração do investidor estrangeiro. Apesar de alguns indícios teóricos caminharem nesse sentido, a partir do estudo de caso e da análise empírica feita neste trabalho não foi possível assegurar – nem afastar – esse cenário.

De qualquer forma, é inegável, como já apontado, que cada vez mais investidores estrangeiros analisam a confiabilidade no sistema de justiça para a liberação de crédito. Nesse aspecto, sendo a arbitragem um meio de resolução de conflitos mais eficaz que o Judiciário estatal, é possível que mais investidores passem a aportar recursos para o setor de infraestrutura nacional.

Portanto, uma vez analisados todos os pressupostos levantados neste trabalho, acredita-se poder, enfim, dar uma resposta à pergunta que conduziu este estudo. Afinal, o uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve para aumentar o nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura? A resposta é, inegavelmente, afirmativa.

Conquanto aspectos como o dever de publicidade e a arbitrabilidade objetiva ainda tenham pontos que precisam ser discutidos e aprimorados, em sua ampla maioria a arbitragem se mostrou, para um setor complexo e altamente dinâmico como é o de infraestrutura, um meio de resolução de conflitos mais eficaz que o Poder Judiciário estatal. A garantia de uma solução especializada para o litígio, dentro de um tempo adequado, é um fator que, colocado em uma balança, supera os ônus representados pelos custos mais altos do procedimento arbitral, as inseguranças referentes às matérias disponíveis e a fragilidade que ainda precisa ser corrigida no que tange ao dever de publicidade dos atos da Administração Pública.

Portanto, é importante que ao fim desta pesquisa um apontamento seja destacado: se bem utilizada, para as situações corretas, a arbitragem é um efetivo meio de resolução de conflitos, e a resolução de litígios no setor de infraestrutura brasileiro é uma dessas situações para qual a arbitragem se mostra adequada.

Assim, conclui-se este trabalho destacando-se que, a partir dos pressupostos teóricos predefinidos nesta pesquisa, o uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de aumento no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura.

5. CONCLUSÃO

Nos últimos anos a sistemática de contratações governamentais – e da própria Teoria do Contrato Administrativo – começou a se mostrar, cada vez mais, insuficiente para abarcar e explicar o fenômeno convencional da Administração, dado seu constante aumento de complexidade. Assim, foi necessário começar a vislumbrar novas formas de pensar a Administração Pública. A ideia de um Estado tomador de decisões unilaterais precisou abrir espaço para uma Administração que pautasse a sua estruturação e atuação em um contexto cada vez mais plurilateral, e um setor que, pelas suas características, foi amplamente impactado por essa nova configuração do Direito Administrativo, conforme foi visto ao longo desta pesquisa, foi o de infraestrutura.

Verificou-se ao logo do trabalho que, independentemente do prisma pelo qual se olhe, o Brasil vive hoje uma nova realidade no que se refere aos setores de infraestrutura. O Estado brasileiro deixou de atuar substancialmente na execução de inúmeros serviços, transferindo-os para a iniciativa privada, e focando sua atuação muito mais na fiscalização e na regulação. Tanto é que a execução dos serviços de infraestrutura passou a ser realizada, em ampla maioria, por entes privados (por meio de contratos de concessão e parcerias público-privadas).

Todavia, este trabalho também apontou que, com a maior participação da iniciativa privada na configuração desses setores, foi preciso que se encontrassem meios para incentivar o investimento desses novos *players,* garantindo-se segurança jurídica e o retorno dos valores aportados. Nesse aspecto, e nas revisões bibliográficas realizadas, foi possível identificar que uma das principais questões que passaram a ser analisadas pelos *players* desses setores foi a forma com que os eventuais conflitos surgidos eram resolvidos, especialmente no que diz respeito à celeridade e efetividade dessas resoluções. Ou seja, como forma de incentivo à iniciativa privada, que passou a estar altamente presente nos setores de infraestrutura, passou a ser imprescindível que se apresentasse uma solução mais célere que a oferecida pelo Poder Judiciário estatal para a resolução de possíveis conflitos que pudessem se originar dessas novas relações.

Veja-se que esta pesquisa enfrentou, e teve como um dos seus temas centrais, justamente uma dessas formas de resolução de conflitos que passou a ser amplamente adotada pelos setores de infraestrutura, qual seja, a arbitragem.

Uma suposta maior celeridade na resolução dos litígios e a submissão do caso a profissionais com conhecimento especializado no tema em discussão foram algumas das

características que fizeram com que a arbitragem passasse a ser prevista, cada vez mais, como meio de resolução de conflitos em contratos de infraestrutura. Todavia, este uso do instituto arbitral é realmente benéfico para o setor de infraestrutura?

Reconhecendo o cenário acima, esta pesquisa trabalhou em campo investigativo em que buscou confirmar, empiricamente, se a arbitragem é um meio de resolução de conflitos que promove os benefícios que a literatura passou a apontar que o instituto traz. Isso porque se constatou que, apesar de ter-se criado sobre o tema um amplo consenso de que a arbitragem é um meio de resolução de conflitos mais efetivo que o Poder Judiciário estatal, são escassos os estudos que buscam verificar esse pressuposto – ou que apontam as características que justificam esse suposto *bénéfice*.

Em outras palavras, esta pesquisa desenvolveu uma análise de adequação, isto é, buscou confirmar se o instituto arbitral é o meio mais adequado para resolver litígios no setor de infraestrutura. Esta pesquisa teve o cuidado, com base em autores que já produziram estudos nesse sentido, de destacar que não se deve utilizar o instituto da arbitragem com a Administração Pública indiscriminadamente. A escolha por esse meio de resolução de conflitos deve estar aliada a uma motivação gerada por estudos de impacto que avaliem a eficiência do uso da arbitragem em determinada situação, isto é, a sua adequação.

Assim, se nos últimos anos se criou a ideia de que, necessariamente, a arbitragem trazia uma melhoria para os contratos de infraestrutura, especialmente no âmbito da segurança jurídica desses instrumentos, esta pesquisa colocou em xeque essas certezas para que pudesse, a partir de uma pesquisa empírica, na qual foram analisadas determinadas características da arbitragem, encontrar uma resposta para a seguinte pergunta: o uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de aumento no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?

Para se chegar à resposta acima, a pesquisa seguiu uma metodologia, desenvolvida em três capítulos.

Os dois primeiros foram capítulos que serviram para revisar os temas centrais deste trabalho, cujo estudo prévio foi necessário a fim de que fossem firmados os pressupostos teóricos que seriam, na sequência, empiricamente confirmados ou afastados. Nesse aspecto, nos dois primeiros capítulos deste trabalho revisitaram-se assuntos como o instituto da arbitragem, com foco na arbitragem com a Administração Pública; o Direito da infraestrutura e a segurança jurídica no setor, culminando com uma revisão bibliográfica mais específica da arbitragem nos setores da infraestrutura; uma análise das peculiaridades da arbitragem com a Administração

Pública, além de uma ampla revisão bibliográfica do tema da arbitrabilidade nos conflitos com a Administração Pública (subjetiva e objetivamente), inclusive como forma de determinar quais são as matérias passíveis de serem arbitradas nos conflitos envolvendo os setores de infraestrutura.

De qualquer forma, foi no terceiro e último capítulo que esta pesquisa, efetivamente, respondeu a pergunta que conduziu este trabalho a partir da análise das seguintes características e/ou peculiaridades da arbitragem nos setores de infraestrutura: (i) celeridade na resolução dos conflitos; (ii) soluções especializadas para os litígios; (iii) possibilidade de uma maior atração do investidor estrangeiro; (iv) respeito ao dever constitucional de publicidade; (v) os custos da arbitragem; (vi) a insegurança quanto às matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral; (vii) necessidade de se respeitar o regime jurídico de Direito Público e; (viii) o receio de preferência e parcialidade em favor do ente privado.

A confirmação empírica, por sua vez, deu-se por meio do estudo de caso do Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7 (CAM-CCBC), conhecido como Caso Libra, e de informações enviadas pelas cinco maiores câmaras arbitrais brasileiras e outras obtidas ativamente no sítio eletrônico do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

Nesse âmbito, e após amplo estudo dos pressupostos destacados, frente aos meios de confirmação listados, a pesquisa - apesar de ter identificado que em alguns pressupostos, como o dos custos, a resolução pelo Poder Judiciário estatal pode se mostrar mais benéfica, - concluiu que, se bem e adequadamente utilizada, a arbitragem nos setores de infraestrutura é um meio adequado de resolução de conflitos.

Portanto, em conclusão, esta pesquisa confirmou a hipótese principal levantada, encontrando resposta afirmativa para a pergunta condutora do presente estudo, a saber, O uso da arbitragem na resolução de conflitos entre poder concedente e concessionária serve como meio de aumento no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura?

6. REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1978, v. 1, § 126.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e Direito: o julgamento do mérito na arbitragem.** São Paulo: Almedina, 2018.

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens e desvantagens da arbitragem. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 19, set. 2009. Disponível em: http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=19&artigo=827&l=pt#. Acesso em: 04/11/2022.

ANCEL, Bertrand. Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". Tradução: Maria Claudia de Assis Procopiak. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, vol. 2, no 6, p. 52-64, abr./jun. 2005.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública.** Direito Processual Civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Arbitragem no Direito Administrativo.** Revista da AGU, Brasília, v. 16, n. 03, 30 set. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

ARAÚJO, Nádia de. **Arbitragem – A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional**. São Paulo, LTr, 1997.

BARROS, Octávio Fragata M. de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Arbitragem em questões regulatórias: possibilidades, limites e critérios para a efetivação do princípio da publicidade.** *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 307-323.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público. Cláusula Arbitral inserida em Contrato Administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade.** In: Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal.**

Invalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs). *Licitações e contratos Administrativos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1257-1293.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BATISTA, Patrícia Ferreira. Parecer. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobrás e a ANP. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 251-318, maio/ago. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Adminis_275.09.pdf. Acesso em: 01/11/2022.

BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. **Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 105, nov. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63759>. Acesso em: 16/04/2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. 4, 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1950.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** – 3ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **A cláusula de arbitragem nos contratos administrativos.** Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública – DCAP, Rio de Janeiro, n. 9, p. 5-12, set. 2000.

BLACKABY, Nigel et al. **Redfern and Hunter on International Arbitration.** 50. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BORN, Gary Born., **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd edition, Kluwer Law International: 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasil: 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28/08/2022.

CALDAS, Evandro Pereira. **Controle da Administração Pública pela via arbitral.** 2020. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29551, p. 97. Acesso em: 19/12/2022.

CALMON, Eliana. **Arbitragem e o Poder Público.** Revista de Arbitragem e Mediação. n. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei no 9.307/96.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. **O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de direito administrativo, vol. 248. São Paulo: Atlas: Fundação Getúlio Vargas, mai./ago., 2008, pp. 118-126.

CARDOSO, Paula Butti. **Limites subjetivos da convenção de arbitragem.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo, 2013.

CARMONA, Carlos Aberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 51, ano XIII, p. 7-21, jul./set. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Os sete pecados capitais do árbitro.** Revista de Arbitragem e Mediação. n. 52, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, André Castro de. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública: instrumentos para o seu desenvolvimento.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Dr. José Maurício Conti. São Paulo, 2013.

CARVALHO, André Castro**. Direito da Infraestrutura: perspectiva pública.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CHAPMAN, Robert Clowry. **Public Policy.** Michigan Law Journal. Michigan Law Journal, v. 3, p. 308, 1894.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 09/04/2022.

COSTA, Almeida. **Direito das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DAVID, René. **L' Arbitrage dans le commerce international**. Paris: Economica, 1982.

DELAUME, Georges R. **State contracts and transnational arbitration**. The American Journal of International Law, v. 75, n. 4. 1981. p. 784-819. Disponível em: www.jstor.org/stable/2201354. Acesso em: 25/05/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico – Conjur**, 4 set. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratosadministrativos2. Acesso em: 25/06/2022.

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

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

DOLINGER, Jacob. **A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: 1979.

DOLINGER, Jacob**. Direito internacional privado: (parte geral).** 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EISEMANN, Frédéric. **La clause d'arbitrage pathologique**. *In*: MINOLI, Eugenio (col.). Commercial Arbitration – Essays in memoriam Eugenio Minoli. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno.** *In*: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). Reflexões sobre Arbitragem. São Paulo: Editora LTr, 2002.

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

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FOLLONIER-AYLA, Alejandro. **La convention d'arbitrage: notions et modalités. Etude comparative des régimes latino-américains et suisse**. Disponível em: <https://bit.ly/2ONjtFe> Acesso em: 21/04/2022.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999.

FOUCHARD, Philippe. **Os desafios da arbitragem internacional.** *In*: Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo: Síntese e Comitê brasileiro de Arbitragem – nº 1 (jan./mar., 2004), p. 57-72.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A Administração Pública como litigante habitual: necessária mudança da cultura jurídica do tratamento dos conflitos**. 2018. 541 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro.** Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 115 | pp. 267-318 | jul./dez. 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos. *In*: *Jota*, 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018. Acesso em 27/09/2021.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação.** São Paulo: Malheiros, 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMEZ-IBANEZ, Jose. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco**. La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico**. Anu. Mex. Der. Inter, Ciudad de México, v. 8, p. 509-525, janeiro 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 21/04/2022.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 14-20, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A arbitragem nos contratos da administração pública.** In: Revista Brasileira de Estudos da Função Pública [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.7, n.21, p. 51-77. set./dez. 2018.

GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. **As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais.** Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 73-74, p. 71-94 2019. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v6i2p71-94. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/154565. Acesso em: 25/09/2022.

GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.** 3a edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral.** São Paulo: Atlas, 2009.

HIGA, Alberto Shinji. **Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 135-163, jul./set. 2015.

HUMENHUL, Hewerstton. **Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. **Dealing with public risk in private infrastructure: an overview.** *In*: _____. Dealing with public risk in private infrastructure. World Bank Latin American and Caribbean Studies, [S. l.], p. 1-19, 1997.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do Estado de São Paulo.** 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27112020-034953/pt-br.php. Acesso em: 07/12/2022.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Sentença Arbitral Comentada (Caso Libra).** Revista Brasileira de Arbitragem, v. 63, p. 113-132, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem:** o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros, RBA, v. 1, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a "personalização" do Direito Administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, n. 26, p. 115-135, 1999.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo; GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Justiça Multiportas, desjudicialização e negociação na administração pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil.** *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

KIEFER, David; COLE, Adrian. **Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes.** GAR- Global Administration Review. Disponível em: http://www.globalarbitrationreview.com. Acesso em: 09/11/2022.

KLEIN, Aline Lúcia. **Arbitragem nas Concessões de Serviço Público.** *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

LEMES, Selma Maria Ferreira**. Árbitro: o padrão de conduta ideal.** *In* CASELLA, Paulo B. (coord.). Arbitragem: A nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional. São Paulo: LTr, 1996, p. 243-279.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAGALHÃES JUNIOR, Danilo Brum de. **Arbitragem e direito concorrencial: a arbitragem como método para resolução de disputas privadas que envolvam matéria concorrencial no direito brasileiro.** Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2018, p. 90.

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

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A Arbitragem e os contratos da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação. Estudos de Casos da Jurisprudência Brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1. 270 p, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Alberto. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardem (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**: Malheiros, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências reguladoras.** In Direito Administrativo Econômico, SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem administrativa à luz da Constituição Federal.** Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 18. ano 5. p. 153-181. São Paulo: Ed. RT,jul./set. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema.** Interesse Público (Digital), v. 64, 2010, p. 85-104.

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. **O Desenvolvimento do uso da Arbitragem nos Contratos de Infraestrutura: questões práticas enfrentadas pelo Estado de São Paulo.** *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. Experiências práticas em concessões e PPP. Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. 1. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MATTOS NETO, Antônio José de. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais. n 122, 2005. p. 151-166.

MEDEIROS, Suzana Domingues. **Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fábio Trabold; e COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira. **Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo.** *In* MASTROBUONO, Cristina M. Wagner (coord.) Parcerias Público-Privadas. Vol. II. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 89, jan/jun, 2019, p. 157-182.

MEGNA, Bruno Lopes; GASTALDO, Fabio; COUTO, Jessica. (2019). **Arbitragens em PPP no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo**. 89. 157-182.

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

MEGNA, Bruno Lopes. **Notas sobre os princípios da Administração Pública na Consensualidade Administrativa – e sua relação com as PPPs**. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coords.) Experiência práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões. Vol. I – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs), Migalhas,** 12 jan. 2006. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps. Acesso em: 02/06/2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª Ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Arbitragem e Administração Pública.** Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf> Acesso em: 02/05/2022.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações.** Curitiba: Impressora Paranaense, 1908, n. 373.

MENKEL-MEADOW, Carrie. **What Will We Do Whem Adjucation Ends? A Brief Intellectual History of ADR**. UCLA Law Reviews, v. 46, n. 7, 1997.

MERRIAM, S. **Qualitative research and case study applications in education.** San Francisco: Jossey-Bass, 1998.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin Cruz. **O TCU pró-arbitragem:** uma análise do caso Libra *In*: Arbitragem e Direito Processual.1 ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021, v.1, p. 413-426; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Sentença Arbitral Comentada. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 63, ano XVI, jul.-set./2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública, arbitragem e controle externo**. *In*: < https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/administracao-publica-arbitragem-e-controle-externo-4716pmigha5z0l6u2zw07v28d/>. Acesso em: 23/07/2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. CRUZ, Elisa Schmidlin. **Regulação e Arbitragem – Caso Petrobrás vs. ANP: CC nº 139.519-RJ – STJ**. *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 261-283.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O fim das certezas**. Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das- certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>. Acesso em: 10/12/2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil:** Revista de Direito Público da Economia, ano 11, n. 44, p. 87-118, out/dez. 2013.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Guia politicamente incorreto da arbitragem: IV: arbitragem e Estado: entre tapas e beijos.** Migalhas, 8 jul. 2015. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI222991,81042-Guia+Politicamente+Incorreto+da+Arbitragem+IV+Arbitragem+e+ Estado. Acesso em: 05/06/2022.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Conciliando arbitragem e administração pública**. **Valor econômico**, 25 ago., 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson 264 Reuters, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A agenda da arbitragem com a administração pública: "mais do mesmo" ou há espaço para inovação?** Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. Tradução. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilong

Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-proceadministracao-publica. Acesso em: 11/06/2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. **Arbitragem Público-Privada no Brasil: a Especialidade do Litígio Administrativo e as Especificidades do Procedimento Arbitral.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 44/2015, p. 150-171, jan.-mar./2015 DTR\2015\2624.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Arbitragem e Contratos Públicos: Tendências e perspectivas.** Revista Zênite ILC – Doutrina: 348/302/ABR/2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. HOHMANN, Ana Carolina. **Como estimular investimentos em infraestrutura no Brasil neste cenário de incertezas?.** *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.) Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Arbitragem com o Poder Público no Brasil: Ondas evolutivas e prospecção.** In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios.** BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, p. 25-38, jan. 2017.
PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. **As Alterações na Lei de Arbitragem**. *In*: NETO, Francisco Maia; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Reforma da Lei de Arbitragem: Comentários ao texto completo. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

PARTNERSHIPS VICTORIA. **Risk allocation and contractual issues.** Department of Treasury and Finance, Melbourne: 2001. Disponível em: <http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf>. Acesso em: 10/12/2022.

PASCOALI, Marco Antônio Ferreira; OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de**. A Convenção de Arbitragem em Procedimentos Arbitrais envolvendo a Administração Pública: comentários a partir do Decreto Federal nº 10.025/2019.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 09 Jul. 2020. Disponível em: investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direito-administrativo/337994-a-convencao-de-arbitragem-em procedimentos-arbitraisenvolvendo-a-administracao-publica-comentarios-a-partir-do-decreto-federal-no 100252019. Acesso em: 04/08/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Cesar Guimarães. **Arbitragem e Administração.** *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Enciclopédia jurídica da PUC- SP: tomo direito administrativo e constitucional. Coordenação de tomo

Vidal Serrano Nunes Jr.; Maurício Zockun; Carolina Zancaner Zockun; André Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>. Acesso em: 23//2022.

PEREIRA, Cesar. **Arbitragem e administração.** Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao. Acesso em: 30/07/2022.

PEREIRA, Cesar. Arbitragem e Função Administrativa. *In*: FILHO JUSTEN, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord.). **Direito da Infraestrutura** – Estudos de Temas Relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 63-88.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Fórum: Belo Horizonte, 2006.

PIRES, José Cláudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. **A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil.** *In*: GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org). A economia brasileira nos anos 90. 1. ed. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999.
RAY, Larry; CLARE, Anne L. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the future... Today**. Journal on Dispute Resolution. v. 1:1, 1985.

REINERT, Edison Eduardo Borgo. **Contratos administrativos e a aplicabilidade de Lei de Arbitragem.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=501f>. Acesso em: 04/10/2022.

ROCHA, José de Albuquerque. **A Lei de Arbitragem.** São Paulo: Malheiros, 1998.

ROQUE, André Vasconcelos. **A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas.** *in* Revista de Arbitragem e Mediação, v. 33, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. A **evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas.** *in* Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. **A confidencialidade possível: a administração pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias.** *In*: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. janeiro a abril de 2017.

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

SALOMÃO, Luis Felipe. **O marco regulatório para a mediação no Brasil.** Rio de Janeiro: JC, n. 179, p. 36, jul. 2015.

SANDER, Frank Ernest Arnold. **Varieties of Dispute Processing**. Eagan: West Publishing Company, 1976.

SANTOS, José Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. vol. XIII, 11. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 5° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. ***Manual de Arbitragem*: Mediação e Conciliação.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade?** *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratos públicos e o direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública.** Curitiba: Juruá, 2018.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Métodos de solução de conflitos aplicados aos projetos de desestatização e parcerias de investimentos: the do's and dont's.** *In*: Trabalhos do XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr: Administração Pública e Arbitragem. Organizadores: Debora Visconte; Giovanni Ettore Nanni; Lucas de Medeiros Diniz, São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2020.

SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. **Custo do Processo Arbitral *versus* Custo do Processo Judicial**: uma Análise Econômica da Realidade Brasileira. Revista Brasileira de Arbitragem. Ano XVII – n° 68 – Out-Nov-Dez/2020. p. 42-66.

SOUZA JR., Lauro da Gama. **Currículo do sistema currículo Lattes.** [Brasília], 13 out. 2022. Disponível em: <http://l1nq.com/V1byu >. Acesso em: 17 nov. 2022.

STF, SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001.

STJ, AgRg no MS n° 11308/DF, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/06/06, DJ, 14 agosto de 2006.

STJ, CC: 139519 RJ 2015/0076635-2, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 11/10/2017, Data de Publicação: DJE 10/11/2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA. Jacintho Arruda. *Ibidem. In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de Direito Administrativo.** Campinas: Editora Millennium, 2009.
SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Arbitragem na Administração Pública – É hora de parar de resistir.** *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 285, p. 1074-1078, nov. 2017.

TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos**. *In:* TÁCITO, Caio. Temas de direito público: estudos e pareceres. v. 3.

TALAMINI, Eduardo. **Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado.** Revista Brasileira de Arbitragem – RBAr, v. 1, n. 4, p. 44-64, out./ dez. 2004.

UNIÃO, Tribunal de Contas (TCU), **Acórdão nº 0584/2003**, Órgão Julgador: 2ª Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em: 10/04/2003.

VACONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. **Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do instituto**, p. 16 *in* Revista Brasileira de Arbitragem. Ano XVIII – nº 70, Abr-Maio-Jun. 2021.

VALIATI, Thiago Pires. **O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura. A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômico.** 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45785/R%20-%20D%20-%20THIAGO%20PRIESS%20VALIATI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07/12/2022.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991. v. 1. p. 102-107.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; BRAGA, Renê Morais da Costa. **O conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.** *In:* Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 404-418. Disponível em: < http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/189tcxgv/8s8jzpmuipkXmeG0.pdf> Acesso em: 10/12/2022.

VINTER, Graham D. **Project finance: a legal guide.** 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.

WALD, Arnoldo. **A infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem.** In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 24, 2006.

WALD, Arnoldo. **A reforma da Lei de Arbitragem.** Revista dos Tribunais [recurso eletrônico], São Paulo, n. 962, dez. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/21614/Arnoldo%20Wald.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14/05/2022.

WALD, Arnoldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: v. 33, abril/junho. 2012, p. 239-244.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequados dos conflitos de interesse**. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio. 2011.

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018.

YIN, R. **Case study research: design and methods.** London: Sage, 1994.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** 4ª. Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

ANEXO I – REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES ÀS CÂMARAS ARBITRAIS BRASILEIRAS

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> 16 September 2022 at 22:01
To: cbma@cbma.com.br, cmasp@ciesp.com.br, ica10@iccwbo.org, hearingcentre@cni.org.br, iccbrasil@iccbrasil.org, cam@ccbc.org.br, camarb@camarb.com.br

Prezados,

eu me chamo Murillo Preve, sou Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Dr. Egon Bockmann Moreira, e estou na fase de escrita da minha dissertação.

Esta será defendida em Março de 2023, intitulada: "***O uso da Arbitragem na resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura***".

Nesse aspecto, e como forma de responder ao questionamento proposto pelo meu trabalho, estou requerendo algumas informações, públicas, daquelas que são, segundo o ranking, versão 2022, da ***Leaders League***, as principais câmaras arbitrais brasileiras.

Destaco que os questionamentos abaixo referem-se, único e exclusivamente, à arbitragens com a Administração Pública, que, segundo §3º, do artigo 2º da Lei nº 9.307/96, está vinculada ao princípio da publicidade: "*A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)*"

Portanto, solicitaria que em resposta a este e-mail, fossem enviadas as seguintes informações:

- Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito;
  -É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens?
- Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?
- Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;
- Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública?
- Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?
- A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados?

Desde já, e tendo a certeza da resposta dessa câmara aos questionamentos efetuados, inclusive como forma de contribuir com pesquisas que estudem o tema da arbitragem em âmbito nacional, eu agradeço imensamente à colaboração, solicito a confirmação de recebimento deste e-mail e, se possível, uma previsão de resposta para os questionamentos acima.

Anexo encaminho também meu atestado de matrícula como forma de comprovar meu vínculo acadêmico junto à Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Att.
Murillo Preve

--

Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Autor do Livro "Responsabilidade Civil do Estado pela exposição abusiva de investigados na mídia"
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

declaracao_matricula_MURILLO PREVE CARDOSO DE OLIVEIRA.pdf
61K

ANEXO II – INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA CÂMARA DA CIES/FIESP

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Secretaria Geral CMA <secgeral.cmasp@ciesp.com.br> 29 September 2022 at 12:09
To: "murillopreve@gmail.com" <murillopreve@gmail.com>
Cc: Roberto Miller <roberto.miller@ciesp.com.br>, cmasp <cmasp@ciesp.com.br>

Boa tarde Dr. Murilo, qual o prazo para o levantamento destes dados?

Segue uma resposta parcial a algumas questões.

Atenciosamente,

Lilian Elizabeth Menezes Bertolani

Secretária-geral / General Secretary

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM
CIESP FIESP

De: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>
Enviada em: quarta-feira, 28 de setembro de 2022 17:09
Para: cbma@cbma.com.br; cmasp <cmasp@ciesp.com.br>; cam@ccbc.org.br; camarb@camarb.com.br
Assunto: Re: Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prezados, boa tarde.

Até então eu recebi retorno apenas da CCI. Vocês possuem alguma previsão de quando essas informações poderão ser enviadas?

Muito obrigado.

Att.

On Fri, 16 Sept 2022 at 22:01, Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> wrote:

> Prezados,

eu me chamo Murillo Preve, sou Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Dr. Egon Bockmann Moreira, e estou na fase de escrita da minha dissertação.

Esta será defendida em Março de 2023, intitulada: "***O uso da Arbitragem na resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura***".

Nesse aspecto, e como forma de responder ao questionamento proposto pelo meu trabalho, estou requerendo algumas informações, públicas, daquelas que são, segundo o ranking, versão 2022, da ***Leaders League***, as principais câmaras arbitrais brasileiras.

Destaco que os questionamentos abaixo referem-se, único e exclusivamente, à arbitragens com a Administração Pública, que, segundo §3º, do artigo 2º da Lei nº 9.307/96, está vinculada ao princípio da publicidade: "*A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)*"

Portanto, solicitaria que em resposta a este e-mail, fossem enviadas as seguintes informações:

- Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito;
- Podemos passar um panorama dos últimos anos, mas preciso saber o prazo, para entender se podemos responder a tempo.

-É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens? Podemos passar um panorama dos últimos anos, mas preciso saber o prazo, para entender se podemos responder a tempo.

Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles? Depende do caso concreto. Casos antigos seguem a Res. 3/2018 (revogada), que prevê que a responsabilidade pela publicidade é do ente da Administração. Casos mais recentes são regidos pela Res. 9/2021, mas desde que ela foi publicada, ainda não tivemos sentenças proferidas para serem publicadas em nosso site. Essas resoluções podem ser consultadas em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html

- Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública; Não possuímos.
- Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública? Sim, as resoluções 3/2018 e 9/2021, supracitadas.

- Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?

A indicação dos árbitros é de livre escolha das Partes e segue o disposto em nosso regulamento: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html

Nossa lista não é obrigatória, é meramente indicativa. Os critérios para novos integrantes da lista estão na Resolução 8/2021, que pode ser consultada neste link: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/legislacao.html

Creio que os procuradores da Administração Pública estariam mais aptos a responder os critérios que utilizam para fazer a indicação e responder a segunda parte da pergunta. Se a Câmara fizer a indicação, nas hipóteses do regulamento, a especialidade do árbitro para resolver a disputa é o critério decisivo.

- A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados?

Não, pois nossa atuação se encerra com o fim da jurisdição do Tribunal Arbitral. Só teríamos como saber de judicializações pós sentença, caso as partes nos informassem e elas não são obrigadas a nos informar. De qualquer forma, nunca houve um caso de procedimento arbitral anulado que retornasse à Câmara para ser novamente processado.

Desde já, e tendo a certeza da resposta dessa câmara aos questionamentos efetuados, inclusive como forma de contribuir com pesquisas que estudem o tema da arbitragem em âmbito nacional, eu agradeço imensamente à colaboração, solicito a confirmação de recebimento deste e-mail e, se possível, uma previsão de resposta para os questionamentos acima.

Anexo encaminho também meu atestado de matrícula como forma de comprovar meu vínculo acadêmico junto à Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Att.

Murillo Preve

--

Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia

Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC

Autor do Livro "Responsabilidade Civil do Estado pela exposição abusiva de investigados na mídia"

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171

Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve

(48) 99997-5942

[Quoted text hidden]

Gmail

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>

Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Secretaria Geral CMA <secgeral.cmasp@ciesp.com.br>
To: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>
Cc: Roberto Miller <roberto.miller@ciesp.com.br>, cmasp <cmasp@ciesp.com.br>

Prezado Murilo, segue a tabela abaixo com os dados solicitados.

Infelizmente para caso muito antigos, não possuímos as informações em nossa rede.

Data de distribuição	Natureza do Contrato/objeto da arbitragem	Administração direita/indireta	Empresa estatal	Federal, Estadual ou Municipal	Valor da arbitragem	Requerente é Particul
2007	Infraestrutura	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Federal	R$ 31.000.000,00	Administração
2007	Infraestrutura	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Federal	R$ 500.000,00	Particular
2009	Honorários de sucumbência	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 3.500.000,00	Administração
2009	Compra e venda de ações	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Federal	R$ 4.000.000,00	Particular
2010	Compra e venda de energia elétrica	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 39.462.074,47	Administração
2010	Empreitada	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual		
13/01/2014	Contrato de Concessão do direito de uso de áreas e execução de obras	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 65.000.000,00	Particular
31/03/2014	Contrato de Consessão para exploração de serviço público	Adm. Pública Direta	Não	Municipal	R$ 11.478.000,00	Administração
26/08/2015	Contrato de Concessão do direito de uso de áreas e execução de obras	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 61.894.724,98	Particular
31/03/2016	Contrato de Concessão para Prestação de Serviços Públicos	Adm. Pública Direta	Não	Municipal	R$ 100.000.000,00	Particular
24/08/2016	Locação de imóveis	Adm. Pública Direta	Não	Estadual	R$ 180.600.000,00	Particular
19/12/2017	Empreitada	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 34.864.684,56	Particular
12/11/2018	Contrato de Concessão do direito de superfície e execução de obras	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 31.829.510,90	Particular
26/07/2019	Parceria Público Privada	Adm. Pública Direta	Não	Municipal	inestimado	Particular
26/07/2019	Parceria Público Privada	Adm. Pública Direta	Não	Municipal	R$ 250.000.000,00	Particular
13/09/2019	Empreitada	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 140.000.000,00	Particular
28/10/2019	Contrato de Concessão do direito de superfície e execução de obras	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 21.103.029,73	Particular
11/05/2020	Contrato de prestação de serviços	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Federal	R$ 500.000.000,00	Particular
01/09/2020	Concessão de serviço público	Adm. Pública Direta	Não	Municipal	R$ 1.000.000,00	Particular

10/06/2021	Serviço de consultoria	Adm. Pública Indireta	Sociedade de Economia Mista	Estadual	R$ 21.694.032,90	Particular

Fico ao dispor, espero que ajude.

Lilian Elizabeth Menezes Bertolani

Secretária-geral / General Secretary

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM
CIESP FIESP

Centro das Indústrias do Estado de São Paulo

Endereço: Av. Paulista, 1313 - 8º andar
Tel.: +55 11 3549-3283

E-mail: lilian.bertolani@ciesp.com.br
Site: http://www.cmasp.com.br

[Quoted text hidden]

ANEXO III – INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA CBMA

Pesquisa Acadêmica - "O uso da Arbitragem na resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária como meio de melhoria no nível de segurança jurídica dos contratos de infraestrutura"

- **Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito;**

-É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens?

2022	
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	26.01.2022
Data de encerramento	-
Partes	Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS x Mosaic Fertilizantes P&K Ltda.
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 160.000,00 – Taxa de Administração

2021	
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	28.06.2021
Data de encerramento	-
Partes	Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS x Ultrafértil S.A.
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 90.000,00 – Taxa de Administração

2020	
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	05.02.2020
Data de encerramento	-

Partes	Petra Energia S.A. e Bayar Empreendimentos e Participações LTDA. x Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 210.000,00 – Taxa de Administração R$ 891.859,38 – Honorários Arbitrais
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	16.03.2020
Data de encerramento	08.12.2020 (data da decisão)
Partes	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES x ACE Seguros Soluções Corporativas S/A
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 80.000,00 – Taxa de Administração

2019	
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	06.11.2019
Data de encerramento	-
Partes	Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x IESA Projetos e Montagens S.A. – em Recuperação Judicial e IESA Óleo e Gás S.A. – em Recuperação Judicial
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 90.000,00 – Taxa de Administração R$ 580.000,00 – Honorários arbitrais
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	08.05.2019
Data de encerramento	-
Partes	Ultrafértil S.A. x Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de Instauração R$ 90.000,00 – Taxa de Administração R$ 505.263,12 – Honorários Arbitrais

2018	
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	06.02.2019
Data de encerramento	04.02.2021 (data da decisão)
Partes	Brazal Brasil Norte Comercialização de Petróleo Ltda. x Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 38.00,00 – Taxa de Administração R$ 221.052,60 – Honorários Arbitrais
	XXX
Status	Em andamento
Data de instauração	12.09.2019
Data de encerramento	-
Partes	Fundação Petrobras de Seguridade Social x Mosaic Fertilizantes P&K Ltda.
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 172.00,00 – Taxa de Administração R$ 1.368.421,00 – Honorários Arbitrais
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	15.11.2018
Data de encerramento	-
Partes	Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS) x Central Geradora Termelétrica de Fortaleza (CGTF) e Companhia de Gás do Ceará (CEGÁS)
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 160.00,00 – Taxa de Administração R$ 175.639,50– Honorários Arbitrais

2017	
	XXX
Status	Encerrada

Data de instauração	22.12.2016
Data de encerramento	14.02.2019
Partes	Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S.A. x Linktel Telecomunicações do Brasil Ltda.
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 55.00,00 – Taxa de Administração R$ 305.263,16– Honorários Arbitrais

2015	
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	02.10.2015
Data de encerramento	30.11.2015
Partes	Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI e Sauípe S.A. x Construtora Norberto Odebrecht S.A. - CNO
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 164.000,00– Taxa de Administração

2014	
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	10.09.2014
Data de encerramento	15.12.2015
Partes	Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Tractebel Energia S.A. e Companhia de Gás do Estado do Mato Grosso do Sul – MSGás
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$ 120.000,00 – Taxa de Administração R$ 621.052,64– Honorários Arbitrais

2013	
	XXX
Status	Encerrada
Data de instauração	16.08.2013
Data de encerramento	25.03.2019
Partes	Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras x Companhia Pernambucana de Gás – Copergas e Termopernambuco S.A. – Termope
Custos	R$ 4.000,00 – Taxa de instauração R$160.00,00– Taxa de Administração R$ 442.105,28– Honorários Arbitrais

- **Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?**

  O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Lei de Arbitragem, resguardados os dados confidenciais.

  A divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral que administrará o procedimento e será feita exclusivamente por via eletrônica, após a prática dos atos e com as restrições de dados confidenciais que forem acordadas pelas Partes ou decididas pelos árbitros.

- **Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;**

  Não há uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública.

- **Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública?**

  Não é adotado um regulamento específico às arbitragens que envolvem a Administração Pública. É adotado o Regulamento de Arbitragem do CBMA, disponível em Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf (cbma.com.br).

- **Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?**

  A formação da lista de árbitro da câmara envolve a deliberação e aprovação dos membros da Diretoria da Câmara, após o envio do currículo pelo árbitro. A lista de árbitros do CBMA conta com excelentes nomes da área de infraestrutura. Ainda assim, cabe mencionar que as Partes podem indicar árbitros de sua escolha, com base em sua confiança, ainda que não estejam na nossa lista.

- **A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados?**

  Até o momento, não houve nenhum procedimento do CBMA que foi judicializado posteriormente ou cuja sentença arbitral foi anulada. Isso ocorre somente nos casos previstos na Lei de Arbitragem, como, por exemplo, uma convenção de arbitragem nula, a sentença foi emanada por quem não podia ser árbitro ou foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.

ANEXO IV – INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA ICC

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

NUNES Mayara <Mayara.NUNES@iccwbo.org> 17 October 2022 at 17:15
To: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>
Cc: ica10 <ica10@iccwbo.org>

Prezado Murillo,

Seguem abaixo as respostas aos questionamentos apresentados.

- Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito.

  Número total de casos:52 casos registrados no escritório da CCI em São Paulo

  Número de casos em andamento: 34 casos

  Número de casos encerrados: 18 casos

  Partes da administração pública envolvidas nas disputas:
  Governo Federal: 36 / Estadual: 15 / Municipal: 4

  Datas de instauração - arbitragens por ano no escritório de São Paulo:
  2017 – 6

  2018 - 7

  2019 - 7
  2020 - 7

  2021 - 11

  2022 - 14

- É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens?

  Não podemos divulgar uma individualização dos valores em disputa de cada arbitragem nem um detalhamento de custos de cada uma, mas o valor global das arbitragens envolvendo a administração pública é o seguinte:

  Valor total em disputa: R$ 53.603.199.350

- Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?

Durante o curso do procedimento, a Secretaria não publica documentos das arbitragens por ela administradas. Nos casos em que as partes assim concordaram, é possível a disponibilização de documentação específica a terceiros mediante solicitação, e sujeita às disposições específicas de publicidade de cada caso e/ou, conforme aplicável, ao consentimento específico das partes.

Algumas entidades da Administração Pública optam por publicar as sentenças arbitrais ou os principais documentos (como a Ata de Missão ou o contrato) e informações dos procedimentos em seus sites próprios, a exemplo da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (disponível neste link) e do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (disponível neste link).

- Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;

  Não há um banco específico de publicação de sentenças envolvendo a Administração Pública. A CCI possui uma parceria com o Jus Mundi, que pode ser acessada neste link, para publicação de sentenças quando há o consentimento específico das partes (sujeito a anonimização ou pseudonimização, conforme o caso). As sentenças geralmente são publicadas dois anos após o encerramento do caso e não há a distinção entre casos que envolvem, ou não, a Administração Pública.

Algumas entidades da Administração Pública optam por publicar as sentenças arbitrais e informações dos procedimentos em seus sites próprios, a exemplo da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (disponível neste link) e do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (disponível neste link).

- Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública?

  O Regulamento de Arbitragem da CCI é único, e aplicável de forma irrestrita a todos os procedimentos administrados pela câmara.

  Em razão das exigências da administração pública federal para cadastramento de câmaras, o Escritório da CCI em São Paulo possui algumas práticas específicas. Fazemos referência ao item VIII da Nota sobre o Funcionamento da SCIAB, que dispõe sobre as particularidades aplicáveis a casos envolvendo a Administração Pública no âmbito do escritório da CCI em São Paulo.

- Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara? Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?

  A CCI não possui lista de árbitros, as partes são livres para escolher os árbitros do procedimento.

- A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados? Não

Atenciosamente,

Mayara Nunes | Deputy Counsel

Rua Surubim, 504, 12º andar, Cidade Monções, 04571-050, São Paulo, Brasil

mayara.nunes@iccwbo.org | (+55) 11 95323 7671 | www.iccwbo.org



Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration: click here to download the latest version of the Note dated 1 January 2021.

Electronic communications: Please send your correspondence and any documents only electronically.

This message is confidential. If you have received this message in error, please delete it and notify the sender immediately. You should not retain the message or disclose its contents to anyone.

De: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>
Enviada em: segunda-feira, 19 de setembro de 2022 15:08
Para: cbma@cbma.com.br; cmasp@ciesp.com.br; ica10 <ica10@iccwbo.org>; hearingcentre@cni.org.br; iccbrasil@iccbrasil.org; cam@ccbc.org.br; camarb@camarb.com.br
Assunto: Re: Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Vous ne recevez pas souvent de courriers de la part de murillopreve@gmail.com. Découvrez pourquoi cela est important

Olá, boa tarde.

[Quoted text hidden]
[Quoted text hidden]

ANEXO V – INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA CAM-CCBC

Pedido de Dados	033/2022
Data Pedido	16/09/2022
Data Resposta	28/10/2022
Requerente	Murillo Preve
Instituição	Universidade Federal do Paraná
Recorte Conceitual	Procedimentos envolvendo a Administração Pública.
Recorte Temporal	Todos os anos.

Resultado

- **Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito**;

  Até o fim de 2021 (entre 2010 e 2021) o CAM-CCBC administrou um total de 63 procedimentos envolvendo a Administração Pública.

  Em 2021, 42 procedimentos com partes da administração publica estiveram em andamento.

  No que diz respeito à identificação das partes, apenas é possível fornecer tais dados nos casos que envolvam a Administração Pública Direta, conforme link: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/

Ano	Número de Arbitragens iniciadas	Número de arbitragens encerradas
2010	1	0
2014	8	0
2015	8	1
2016	9	0
2017	5	3
2018	11	4
2019	7	4
2020	5	10
2021	9	2

- **É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens?**

  O valor médio em disputa computado para os procedimentos envolvendo a Administração Pública é de R$ 510.000.000,00 (quinhentos e dez milhões de reais).

  Deste modo, é possível colocar este valor na calculadora existente no site do CAM-CCBC para identificar os custos médios de tais arbitragem.

- **Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?**

  Nos termos da Resolução Administrativa nº 15/2016:

"Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

(...)

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

(...)

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

O dados públicos de tais arbitragens se encontram na seguinte página: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/

- **Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;**

Até o presente momento, não existe acesso a uma banca de sentenças relativa a processos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

- **Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública?**

Para regulamentar os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública foram criadas a Resolução Administrativa 09/2014, que trata da interpretação do regulamento de arbitragem para os casos envolvendo a Administração Pública, e a Resolução Administrativa 15/2016, que regula a publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta.

Caso possua interesse, a íntegra destes documentos pode ser acessada através do link:

https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/

- **Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara?**

O CAM-CCBC estabeleceu o procedimento para aprovar novos membros para a Lista de Árbitros em seu Regulamento de Arbitragem e no Estatuto da Câmara de Comércio Brasil-Canadá ("CCBC").

Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC:

"Artigo 3.1. O Corpo de Árbitros é integrado por profissionais domiciliados no país ou no exterior, de ilibada reputação e de notável saber jurídico, nomeados pelo Presidente do CAM-CCBC, ouvido o Conselho Consultivo, para um período de 5 (cinco) anos, permitida recondução."

Estatuto da CCBC:

"Artigo 45 – Para funcionar como Árbitros, nos termos da lei especial, o CAM-CCBC contará com um Corpo de Árbitros, composto por profissionais independentes nomeados pelo Presidente do CAM-CCBC, para um período de 5 (cinco) anos, permitida recondução. Antes de efetivar a nomeação, o Presidente do CAM-CCBC encaminhará a indicação ao Conselho Consultivo que deverá exarar parecer circunstanciado, recomendando ou não a nomeação, em 30 dias.

§ 1º – Os membros do Corpo de Árbitros devem ser profissionais de ilibada reputação, de notável saber jurídico e de reconhecida capacitação técnica."

Ambos os documentos estão disponíveis em nosso site www.ccbc.org.br.

Deste modo, o ingresso na Lista de Árbitros do CAM-CCBC se dá por meio da análise do CV dos interessados pelo Conselho Consultivo, tendo em vista a experiência do profissional na área, formação, atuações no âmbito acadêmico, experiência como árbitro, etc.

- **Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?**

  Não há processo de escolha específico.

- **A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados?**

  Não.

ANEXO VI – INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELA CAMARB

Gmail

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>

Solicitação de Informações - Pesquisa Acadêmica - Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Victoria Sbruzzi Messmar <victoria.sbruzzi@camarb.com.br> 8 November 2022 at 18:50
To: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>
Cc: Ingrid Freitas <ingrid.freitas@camarb.com.br>, Gabrielle Louise <gabrielle.louise@camarb.com.br>

Prezado Dr. Murillo, como vai?

Em nome da Secretaria Geral da CAMARB, agradeço o interesse em obter informações, a paciência e o aguardo do retorno pela Câmara.

Na oportunidade, encaminho abaixo, em vermelho, as respostas aos questionamentos formulados por V.sa.:

Número de arbitragens, encerradas e em andamento, envolvendo a Administração Pública, com a data em que elas foram instauradas, a data em que foram encerradas e as partes do conflito;

Desde 2017 todas as informações passíveis de divulgação pela Câmara, relacionadas às arbitragens envolvendo a Administração Pública, nos limites da permissão do Regulamento de Arbitragem e do pactuado nos Termos de Arbitragem dos referidos procedimentos, podem ser consultadas na página https://camarb.com.br/arbitragem/arbitragens-com-a-administracao-publica/, conforme planilha abaixo:

Número	Data da solicitação	Parte(s) requerente(s)	Parte(s) requerida(s)	Status
20.17	16/11/2017	Consórcio Energia-Esmeralda	Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM	Encerrado
29.18	17/12/2018	Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S/A	Estado de Minas Gerais	Em andamento
A-280/19	01/03/2019	Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A	Estado de São Paulo	Encerrado
A-288/19	03/07/2019	Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A	Município da Estância Turística de Itu	Em andamento
A-296/19	19/12/2019	Consócio BHLESTE, Consórcio Dez, Consórcio Dom Pedro II e Consórcio Pampulha	Município de Belo Horizonte	Suspenso
A-300/20	29/04/2020	Novo Metropolitano S/A	Município de Belo Horizonte	Encerrado
A-304/20	18/06/2020	SPE Terminal Belo Horizonte S/A	Município de Belo Horizonte	Encerrado
A-306/20	10/08/2020	CONSÓRCIO SERVENG / ACCIONA AGUA / GOETZE LOBATO ENGENHARIA	Estado do Rio de Janeiro	Em andamento
A-329/20	11/12/2020	Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda	CEASAMINAS Centrais de Abastecimento de Minas Gerais S/A	Em andamento
A-354/21	17/12/2021	CONSÓRCIO CONSTRUTOR SERRO AZUL	COMPANHIA PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO – COMPESA	Em andamento

É possível ter acesso aos custos dessas arbitragens? Quais documentos das arbitragens envolvendo a administração pública são publicizados e de que forma é possível ter acesso a eles?

Nos termos dos itens 12.2 e 12.3 do Capítulo XII do Regulamento de Arbitragem da CAMARB de 2019, *a Secretaria da CAMARB divulgará em seu* site *a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes dos requerente(s) e requerido(s).* Ressalvados estes itens, *a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.*

Se existe, e como ter acesso, a uma banca de sentenças envolvendo processos arbitrais com a Administração Pública;

A CAMARB não possui banco de sentenças dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, diante das limitações pactuadas pelas próprias partes dos procedimentos administrados e do conteúdo do Regulamento de Arbitragem aplicável aos casos.

Existe algum procedimento ou regulamento específico que é adotado pela câmara nas arbitragens que envolvem a administração pública?

Desde a versão publicada em 2017 o Regulamento de Arbitragem da CAMARB passou a disciplinar especificamente os procedimentos envolvendo a participação da Administração Pública, por meio de Capítulo específico "*XII DOS PROCEDIMENTOS COM A PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*", disponível em: https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/.

Como se dá o processo de escolha dos árbitros que comporão a lista de árbitros da câmara?

Primeiramente, cumpre-se destacar o conteúdo do Estatuto Social da CAMARB sobre as alterações da Lista de Árbitros:

Art. 38 - A CAMARB terá uma Lista de Árbitros e uma Lista de Mediadores, cujos integrantes poderão ser indicados para exercer as respectivas funções nos processos que forem conduzidos de acordo com os seus Regulamentos de Arbitragem e Mediação.

Art. 39 - Os árbitros e mediadores integrantes das respectivas listas serão selecionados pela Diretoria, entre pessoas de reputação ilibada e de notório saber em suas respectivas áreas de atuação profissional.

Parágrafo Único - A composição das Listas de Árbitros e de Mediadores vigorará durante o mandato da Diretoria que houver selecionado seus integrantes.

Art. 40 - As partes envolvidas em litígio a ser submetido à administração da CAMARB poderão indicar árbitros ou mediadores de sua confiança, integrantes ou não das respectivas listas, conforme disposto nos Regulamentos de Arbitragem ou de Mediação da CAMARB.

Não obstante, para cada revisão de lista é constituído um comitê específico para esta finalidade, sendo compostos por grandes nomes do mercado e garantindo que a análise dos currículos arquivados seja imparcial e independente da Diretoria. A referida análise de currículos é realizada de maneira criteriosa, levando em consideração a experiência do profissional, áreas de atuação, as listas de outras instituições a que pertence, critérios de representatividade de gênero e regionais.

Existe algum processo de escolha específico para árbitros especializados em processos arbitrais que envolvam a administração pública?

A escolha e indicação de profissionais para atuarem como árbitros na CAMARB tem como pilar basilar a autonomia da vontade das Partes e, em conformidade com o art. 40 do Estatuto Social da Instituição, não há necessidade de que o árbitro, atuando como coárbitro ou presidente do tribunal arbitral, seja integrante da Lista de Árbitros da CAMARB, como exigem outras câmaras. Porém, diante de uma análise prática dos casos administrados envolvendo a administração pública, comumente são indicados pelas partes profissionais com notória expertise.

Ainda, destaca-se que, em caso de indicações realizadas pela CAMARB, a especialidade do árbitro, equidade de gênero no painel e relevante atuação em casos de mesma natureza são requisitos primordiais para a indicação.

A Câmara possui algum controle, nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, dos processos que já foram judicializados/anulados?

A Câmara possui formulários de satisfação e consulta com envio direcionado aos patronos constituídos nos autos e árbitros dos procedimentos administrados pela instituição. O referido formulário é encaminhado após o encerramento do procedimento e possibilita, por exemplo, comentários sobre eventual ingresso de ações anulatórias e/ou necessidade de judicialização.

Permanecemos, como sempre, à disposição.

Atenciosamente,

Victória Sbruzzi Messmar

Secretária Geral
victoria.sbruzzi@camarb.com.br
Av. Brigadeiro Faria Lima, 3.729, 5º andar, Itaim Bibi.

São Paulo, SP | CEP: 04538-905

Telefones: +55 (11) 3443-6278 | (41) 99229-1610

SÃO PAULO: +55 (11) 3443-6278
BELO HORIZONTE: +55 (31) 3308-9290
RIO DE JANEIRO: +55 (21) 2588-8290
RECIFE: +55 (81) 2122-8190
BRASÍLIA: +55 (61) 2196-7882
SALVADOR: +55 (71) 2202-6162
GOIÂNIA: +55 (62) 3998-3074
LISBOA: +351 211 221 899
WWW.CAMARB.COM.BR

CAMARB
CÂMARA DE MEDIAÇÃO E
ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL

Esta mensagem de e-mail é confidencial, destinada somente ao(s) seu(s) destinatário(s), e pode conter informações legais privilegiadas e/ou confidenciais. Caso esta mensagem tenha sido recebida por engano, solicitamos a gentileza de que seja imediatamente devolvida ao seu remetente e que elimine a mensagem e eventuais anexos do seu sistema. This e-mail message is confidential, intended only for its addressee(s), and may contain information that is privileged. If you have received this message in error, we kindly request you to immediately reply to the sender of this message and delete the message and attachments from your system. Antes de imprimir, pense no Meio Ambiente.

[Quoted text hidden]

ANEXO VII – LISTA DE PERGUNTAS ENCAMINHADAS AOS PROFISSIONAIS ENTREVISTADOS

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Entrevista/Questionamentos - Dissertação - Murillo Preve

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> 4 November 2022 at 11:47
To: paulabutticardoso@gmail.com

Prezada Dra. Paula, bom dia. Tudo bem?

Doutora Paula, inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.

Nesse aspecto, e conforme conversamos via LinkedIn, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar junto à Doutora.

Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor à Doutora).

Caso a Doutora opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, a Doutora poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor à senhora para a entrevista?

Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!

1) Doutora Paula, levando em consideração o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is) envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, que tiveram atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, a senhora considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais?

2) A Doutora tem conhecimento se algum processo ou decisão arbitral que teve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já foi judicializada/anulada? A senhora sabe o que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)?

3) Quanto aos custos dos processos arbitrais envolvendo setores de infraestrutura, na visão da Doutora, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

4) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? A senhora entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em optarem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

5) Nos processos arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, a senhora tem conhecimento se além da própria AGU, as câmaras e as demais partes dão devida publicidade ao procedimento e seus documentos? A Doutora entende que, de forma geral, a questão da publicidade dos atos da Administração Pública vem sendo respeitada nos processos arbitrais?

6) De forma geral, nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, o núcleo se baseou único e exclusivamente no caso em

análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Ainda nessa linha, a senhora entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões e arbitrais e o risco de decisões conflitantes pode ser um aspecto negativo do instituto?

7) Em algum momento, e muito em virtude dos setores de infraestrutura serem regulados, o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU enfrentou problemas relacionados à eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? A senhora já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o núcleo atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

8) Nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, a Doutora acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou a Doutora acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

9) Na sua percepção, nas arbitragens em que houve a participação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

--
Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Autor do Livro "Responsabilidade Civil do Estado pela exposição abusiva de investigados na mídia"
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Entrevista - Dissertação Murillo Preve

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> 14 September 2022 at 12:27
To: "riccardo@wald.com.br" <riccardo@wald.com.br>

Prezado Dr. Ricardo, boa noite. Tudo bem?

Doutor Ricardo, inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.

Nesse aspecto, e conforme conversamos via WhatsApp, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar ao Doutor. Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor ao Doutor). Caso o Doutor opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, o Doutor poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor ao senhor para a entrevista?

No mais, após a leitura das perguntas, gostaria que o Doutor confirmasse se preferirá que seu nome seja mantido em sigilo ou poderemos manter identificado. Caso o Doutor prefira que a entrevista se dê de modo anônimo, encaminharei, ainda esta semana, o termo de confidencialidade.

Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!

1) Para fins de contextualização, gostaria que o senhor apontasse quantos foram e descrevesse, em linhas gerais, respeitando a confidencialidade, o(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, em que tenha atuado como Advogado. Nos processos que se encerraram ou que estão em fase de encerramento, quais foram os resultados das arbitragens?

2) Em geral, qual foi ou está sendo o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, em que o senhor atua/atuou como advogado? O senhor considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais? Em geral, no(s) processo(s) institucionais que o senhor atua/atuou, foram respeitados os prazos de regulamento para proferir sentença?

3) Algum do/dos processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua foi/é institucional? O senhor sentiu que a câmara estava adaptada para processos arbitrais que envolvem a Administração Pública? O senhor teria algum apontamento nesse sentido?

4) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua como árbitro, envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? O senhor entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em opta(em) pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

5) Nos processos arbitrais em que o senhor atuou, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já houve alguma sentença? Nesse caso, o senhor tem conhecimento se essa sentença foi devidamente publicizada e como se deu essa publicização? Eventuais outros documentos desses processos também foram publicizados? Se sim, quais?

6) Nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que o senhor atua/atuou, o senhor se baseou único e exclusivamente no caso em análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que

enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Ainda nessa linha, o senhor entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões arbitrais pode ser um aspecto negativo do instituto?

7) Algum processo em que o senhor atua(ou), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já foi judicializado/anulado? O que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual(is) processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)? O senhor entende que ainda hoje o risco de judicialização/nulidade de processo/decisão arbitral é um aspecto que pesa negativamente para o instituto?

8) Respeitada a devida confidencialidade, o senhor tem ideia de qual é, em média, os custos de um processo arbitral? Na sua visão, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

9) Em algum momento, e muito em virtude de os setores de infraestrutura serem regulados, o senhor enfrentou problemas relacionados quanto à eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? O senhor já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o senhor atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

10) Nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, o senhor acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou o senhor acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

11) Na sua percepção, nas arbitragens em que o senhor atuou, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

--
Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Autor do Livro "Responsabilidade Civil do Estado pela exposição abusiva de investigados na mídia"
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

Gmail

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>

Entrevista - Dissertação Murillo Preve

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> 14 September 2022 at 12:20
To: gustavo@justinodeoliveira.com.br, gjoliveira70@gmail.com, manuela.albertoni@justinodeoliveira.com.br, marisa@justinodeoliveira.com.br

Prezado Professor Justino, bom dia. Tudo bem?

Professor Justino, inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.

Nesse aspecto, e conforme conversamos via WhatsApp, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar ao Professor. Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor ao professor). Caso o professor opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, o professor poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor ao professor para a entrevista?

No mais, após a leitura das perguntas, gostaria que o professor confirmasse se preferirá que seu nome seja mantido em sigilo ou poderemos manter identificado. Caso o professor prefira que a entrevista se dê de modo anônimo, encaminharei, ainda esta semana, o termo de confidencialidade.

Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!

1.) Para fins de contextualização, gostaria que o senhor apontasse quantos foram e descrevesse, em linhas gerais, respeitando a confidencialidade, o(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, em que tenha atuado como Árbitro.

2) Em geral, qual foi ou está sendo o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, em que o senhor atua/atuou como árbitro? O senhor considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais? Em geral, no(s) processo(s) institucionais que o senhor atua/atuou, foram respeitados os prazos de regulamento para proferir sentença?

3) O senhor possui especialidade acadêmica e/ou profissional nos temas dos processos arbitrais em que atua/atuou como árbitro? Acredita que a sua especialidade no tema tenha influenciado na sua escolha para atuar nos processos arbitrais em que foi/é árbitro? Seria possível falar um pouco das suas especialidades e como elas se correlacionam com os temas dos processos arbitrais em que atuou/atua como árbitro?

4) Algum do/dos processo(s) arbitral(is) em que o senhor atuou/atua foi/é institucional? O senhor sentiu que a câmara estava adaptada para processos arbitrais que envolvem a Administração Pública? O senhor teria algum apontamento nesse sentido?

5) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) em que o senhor atuou/atua como árbitro, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? O senhor entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em optarem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

6) Nos processos arbitrais em que o senhor atuou, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já houve alguma sentença? Nesse caso, o senhor tem conhecimento se essa sentença foi devidamente publicizada e como se deu essa publicização?

7) Na tomada de decisão, o senhor se baseou único e exclusivamente no caso em análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Nesse

aspecto, o senhor entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões arbitrais, para situações semelhantes, pode ser um aspecto negativo do instituto?

8) Algum processo ou decisão arbitral em que o senhor atua(ou), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já foi judicializada/anulada? O que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)? O senhor entende que ainda hoje o risco de judicialização/nulidade de processo/decisão arbitral é um aspecto que pesa negativamente para o instituto?

9) Respeitada a devida confidencialidade, o senhor tem ideia de quais foram os custos desse(s) processo(s) arbitral(is)? Na sua visão, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

10) Em algum momento, e muito em virtude de os setores de infraestrutura serem regulados, o senhor enfrentou problemas relacionados a uma eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? O senhor já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o senhor atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

--

Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

Gmail **Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>**

Entrevista - Dissertação Murillo Preve

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> 14 September 2022 at 12:23
To: [redacted]

Prezado [redacted], boa noite. Tudo bem?

Doutor [redacted], inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.

Nesse aspecto, e conforme conversamos via WhatsApp, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar ao Doutor. Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor ao Doutor). Caso o Doutor opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, o Doutor poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor ao senhor para a entrevista?

No mais, após a leitura das perguntas, gostaria que o Doutor confirmasse se preferirá que seu nome seja mantido em sigilo ou poderemos manter identificado. Caso o Doutor prefira que a entrevista se dê de modo anônimo, encaminharei, ainda esta semana, o termo de confidencialidade.

Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!

1) Para fins de contextualização, gostaria que o senhor apontasse quantos foram, e descrevesse, em linhas gerais, respeitando a confidencialidade, o(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, em que tenha atuado como Advogado. Nos processos que se encerraram ou que estão em fase de encerramento, quais foram os resultados das arbitragens?

2) Em geral, qual foi ou está sendo o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, em que o senhor atua/atuou como advogado? O senhor considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais? Em geral, no(s) processo(s) institucionais que o senhor atua/atuou, foram respeitados os prazos de regulamento para proferir sentença?

3) Algum do/dos processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua foi/é institucional? O senhor sentiu que a câmara estava adaptada para processos arbitrais que envolvem a Administração Pública? O senhor teria algum apontamento nesse sentido?

4) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua como árbitro, envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? O senhor entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em optarem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

5) Nos processos arbitrais em que o senhor atuou, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já houve alguma sentença? Nesse caso, o senhor tem conhecimento se essa sentença foi devidamente publicizada e como se deu essa publicização? Eventuais outros documentos desses processos também foram publicizados? Se sim, quais?

6) Nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que o senhor atua/atuou, o senhor se baseou único e exclusivamente no caso em análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que

enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Ainda nessa linha, o senhor entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões arbitrais pode ser um aspecto negativo do instituto?

7) Algum processo em que o senhor atua(ou), envolvendo plaer(s) do setor de infraestrutura, já foi judicializado/anulado? O que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual(is) processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)? O senhor entende que ainda hoje o risco de judicialização/nulidade de processo/decisão arbitral é um aspecto que pesa negativamente para o instituto?

8) Respeitada a devida confidencialidade, o senhor tem ideia de qual é, em média, os custos de um processo arbitral? Na sua visão, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

9) Em algum momento, e muito em virtude de os setores de infraestrutura serem regulados, o senhor enfrentou problemas relacionados à eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? O senhor já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o senhor atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

10) Nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, o senhor acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou o senhor acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

11) Na sua percepção, nas arbitragens em que o senhor atuou, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

--
Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

ANEXO VIII – TRANSCRIÇÃO DA ENTREVISTA REALIZADA COM GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Anexo VIII – Entrevista com o Professor Doutor Gustavo Justino de Oliveira

Entrevistador - Comecei aqui. Professor, um bom dia e, mais uma vez, muito obrigado! Só para fins acadêmicos, eu vou fazer aqui alguns questionamentos para minha dissertação de mestrado, pela Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Professor Doutor Egon Bockmann Moreira. E eu vou começar aqui alguns questionamentos, tá, professor? O primeiro, para fins de contextualização, eu gostaria que o Professor falasse, apontasse, descrevesse em linhas gerais, claro, respeitando a confidencialidade desses processos, alguns processos arbitrais envolvendo players do setor de infraestrutura que o Professor tem/tenha atuado como árbitro.

Entrevistado - Bom, foram vários, né? Foram vários processos. A infraestrutura domina, né? Na arbitragem com a administração pública, a gente tem uma história recente ainda, né, Murillo? Assim, eu mesmo estou como árbitro já há uns 14 anos, né? Então, eu diria que os primeiros casos tinham mais a ver com obra pública, né? Os primeiros casos tinham a ver com obra pública e depois a gente começa, já, a receber casos de infraestrutura. Então, foram vários casos, eu já atuei em mais ou menos 22 casos. Vou tentar aqui lembrar de... As áreas foram inúmeras, né? Saneamento, transporte público, que aliás é algo recente, né? Transporte público municipal, né? Energia elétrica, eu acho que é um tema... Ele é um pouco sazonal, mas eu acho que ele se estabeleceu como um tema. Sobretudo o mercado de energia elétrica que é capitaneado pela CCE, né? Então, esses foram alguns casos... Já tive PPPs, então... Mas PPPs, que tem a ver um pouco mais com a criação da infraestrutura, não tanto com a gestão da infraestrutura, né? Então, já aconteceu. Talvez esteja me escapando alguma coisa, mas, pelo menos as que eu atuei, acho que foram mais nessas áreas assim, né? Atualmente, o que que eu posso te dizer? Dos casos que eu tenho, atuais, a gente percebe um aumento muito significativo de arbitragens na área de transporte municipal, saneamento, né? E agora, com a 14.026, assim, a gente já começa a perceber uma maior organização, até com a chegada da iniciativa privada, né? Começa a ver um pouco mais de organização em torno da arbitragem e, um último ponto que eu posso te trazer, é toda essa organização em torno dos projetos de PPI, né? Do Governo Federal e junto com o decreto 10.025, né? Que é o decreto de arbitragem. Há também uma expectativa, por exemplo, para os contratos do novo marco regulatório dos portos. Se fala muito disso, então eles estão tentando já fazer avançar com a privatização dos portos, né? Desestatização dos portos... E. Então, não sei se eu respondi a tua pergunta.

Entrevistador – Não, respondeu, sim... Excelente, Professor. E, Professor, daí, até nesse sentido, já aproveitando a experiência do Professor ao longo desses anos, o Professor percebe que o tempo de duração desses processos arbitrais, especialmente envolvendo esses players do setor de infraestrutura que o Professor atuou, o Professor considera que, ainda hoje, é um tempo razoável? Destacaria que a celeridade desses processos arbitrais ainda é uma vantagem da arbitragem em relação ao poder judiciário como um todo, assim?

Entrevistado - Sim, ainda é um... Quando a gente compara o tempo, né? Da arbitragem, vamos falar assim, num tempo médio, né? Das arbitragens de infra com o tempo dos processos judiciais que envolvem infra, sem dúvida, não tem nem como comparar, né? Quer dizer, você tem aí uma chegada de uma solução na arbitragem muito mais rápida, né? Muito mais célere do que nos processos judiciais. Agora, os processos de infra, Murillo, você sabe, eles tendem a ser muito complexos, né? Extremamente complexos. O que eu acho é que a arbitragem está preparada para recepcioná-los, o judiciário que não está, né? Se a gente for pensar, porque isso demanda uma instrução que não tem um contato comum com essa instrução, que é tão técnica, que é tão aprofundada, né? A figura do *expert*, por exemplo, nas arbitragens de infraestrutura, né? Já atuei como árbitro e já atuei como expert, né? Em arbitragens assim. Então, isso qualifica muito o processo. O que eu quero dizer é que existe uma série de diferenças em termos procedimentais, né? Da arbitragem de infra e do processo judicial de infra, naturalmente, que tornam esse processo de arbitragem um pouco mais longo do que o tempo médio das arbitragens em geral. Mas mesmo falando isso, o prazo quando comparado com o judiciário é infinitamente menor. É difícil precisar, né? Eu tive um caso de infraestrutura, mas que ele era... Ele tinha detalhes, ele tinha especificidades, que o fizeram se alongar no tempo. Então, não era só a complexidade do tema, mas as especificidades porque ele era um caso Lava Jato, vamos dizer assim, né? Mas era infra pura. Esse caso foi de quase cinco anos, né? Foram quase cinco anos e aquilo me incomodava, como árbitro, mas não foi por uma... Digamos assim, esse caso, especificamente, era pela complexidade, pelo entorno do objeto da arbitragem, né? Mas usualmente, assim, os processos tendem a avançar muito bem, né? Só que tem uma complexidade de discussão. Por exemplo, os de transporte municipal eles tendem a ser mais longos porque o município tem muita dificuldade, né? Eles têm muita dificuldade de se colocar como parte ali, sabe? E ver o concessionário como parte do conflito. Eles hesitam, a gente vê isso um pouco. Porque, no município, a arbitragem é muito nova, né? Nos estados já não é tanto, na União Federal, sem dúvida, eles se profissionalizaram mais. Então, o que eu quero dizer: às vezes, a própria condução do processo, não é só o tema *decidendum*, né? Mas a condução do processo pelos

protagonistas, né? Pelos players, acaba fazendo com que haja uma demora um pouco maior, mas se eu fosse aqui, eu tô pensando nos meus casos, a média é dois anos e meio, dois anos, dois anos e meio. Os processos mais comuns. Aqueles que são um pouco mais complexos, três anos, três anos e meio, um ponto fora da curva é esse que eu te falei de cinco anos, né? Acho que há também uma outra questão: a sentença parcial, sentenças parciais e sentenças finais. Essa cultura entrou nos processos de infraestrutura e ela é muito boa para infra porque você vai… O tribunal, né? Ele vai decidindo em partes. Os temas que são essenciais, prévios. Então, você, à medida que você vai também decidindo, por sentença, é isso que eu quero dizer, o processo tende até uma duração razoável, né? Porque se você deixa tudo pro final, Murillo, aí tende a demorar muito. Então, como tribunais, a gente gosta muito da sentença parcial. Eu, particularmente, gosto bastante. E um ponto último, bom, dois pontos, tá? Que tem me chamado atenção. O primeiro é que começa a haver uma certa demora, e aí a gente começa a ver… O PL anti-arbitragem, eu acho que ele vem um pouco nessa linha, tá? Eu não tenho o número dele agora, mas depois você pode… A gente pode até falar dele. Mas o PL anti-arbitragem que está tramitando aqui na Câmara. E até na segunda-feira eu falei um pouco dele, enfim, no congresso, né? Falei a respeito dele. Uma reclamação que você começa a escutar, mas que não é da arbitragem com infraestrutura só, tá? É da arbitragem em geral. É que está havendo uma demora maior, então, isso eu não eu não teria empírico, tá? Porque nos meus casos não acontece isso. Mas está havendo uma demora maior, as partes começam a ficar incomodadas porque as sentenças não vem no tempo que costumavam vir. E uma, segundo falam, a gente escuta isso, um dos motivos é porque alguns árbitros estão com muitos casos nas suas mãos. A gente escuta muito isso e segundo alguns o PL anti-arbitragem vem um pouco nessa linha porque ele é muito, ele é muito restritivo, né? Na questão do número de casos para árbitro e tudo mais. Então, a gente escuta um pouco atualmente, né? Então, no meu caso não, porque eu tenho os meus números de segurança, quantos casos eu vou ao mesmo tempo, que isso depende muito da estrutura que o árbitro tem. Então, eu acho que talvez esse PL anti-arbitragem, nesse aspecto, ele venha provocar uma agenda, uma reflexão a respeito, né? Mas, então a gente escuta um pouco isso. Tem muitos casos, demora mais. Esse e aquele árbitro que integra o tribunal ele tende a demorar mais para decidir. Enfim, sobretudo se ele for presidente. E uma última questão, talvez a gente possa falar mais pra frente, mas eu só vou… E aqui é empírico, tá? Inclusive, terminei um artigo sobre isso agora, vai ser publicado numa revista que eu acho que vai ser muito boa pra você, é um número especial da revista da AGU, que é só sobre a arbitragem e infraestrutura. Sai em novembro. Nesse meu texto, ele é inédito, mas enfim, mas eu falo um pouco do que vem acontecendo, As arbitragens de infra, olha, dos meus casos e uma pesquisa

do CAM-CCBC, dos casos do CAM, né? Acho que em 2020/2021,70, 72, 75% terminam em acordo. E o Tribunal Arbitral, ele acaba, Murillo, homologando o acordo. Não que esse acordo seja prematuro, tá? Lá no início da arbitragem. Eu acho que geralmente caminha a instrução, como é uma instrução mais pesada, né? As partes já começam a perceber para onde que vai, né? Digamos a sentença... Elas mesmo sabem... Sobretudo a administração pública busca o particular, o particular fica mais aberto também aos acordos e aí, então, você não tem a sentença, Murillo, você tem o acordo que é homologado, né? Essa está sendo, isso tem me chamado atenção, uma característica das arbitragens de infra e tanto que eu escrevi um artigo, e assim que sair eu passo pra você também, essa é uma, é algo a ser explorado como agenda do tema.

Entrevistador - Excelente, Professor. E Professor, daí, nesse sentido, até no início da pergunta, o Professor começou a tocar nesse tema, daí eu já vou aproveitar. Essa pergunta é sobre a especialidade, sobre a especialidade técnica dos árbitros, né, essas questões, especialmente no setor de infraestrutura, por envolver arbitragem com a administração pública. Se o Professor entende, né? Que em muitos desses casos, a escolha se deu por causa dessa especialidade técnica do Professor nessas áreas. E também que o Professor falasse um pouco sobre como entende essa importância, especialmente nas arbitragens com a administração pública, de se terem árbitros que conheçam o funcionamento das especificidades de uma arbitragem com a administração pública.

Entrevistado - Esse é um tema que sempre esteve no meu foco, né, Murillo? Por quê? Eu me considero um árbitro de nova geração, no sentido de ter tido a minha formação toda em direito administrativo, material... E aí, começo a me dedicar à arbitragem dentro de uma área que a arbitragem acabou se especializando, que é a arbitragem com a administração pública. E você tem arbitragem de infra, talvez, como a matéria dominante com a administração pública, da arbitragem com a administração pública, né? Então, eu entendo que quando a administração pública se torna um player no mundo da arbitragem, acaba havendo uma especialização da arbitragem, né? Então, o que vai demandar, na minha opinião... Isso desde o início eu falo isso, né? Vai demandar uma maior especialização do árbitro quando ele for atuar nos tribunais arbitrais próprios de infra e administração pública. Aí a gente começa a ver, acho que muito depois, logo depois da administração ingressar, né? Nesse segmento da arbitragem, vamos falar assim, você começa a ver outras especializações, outras segmentações. Hoje, por exemplo, se fala muito da arbitragem coletiva.. Então, você já começa a perceber árbitros que começam a se especializar nesse tipo de arbitragem. Então, assim, a especialização, ela vai acontecendo,

né? Acho que talvez uma das maiores especializações seja a arbitragem com a administração pública. E aí, respondendo a tua pergunta. Até então, até esse momento, nós tivemos a ideia do árbitro generalista, que não é diferente, né, Murillo? Do juiz, porque o juiz não tem uma… Do magistrado, né? Do poder judiciário. É muito difícil o magistrado, fora os casos de trabalhista, ter uma especialidade definida, né? Ele não tem. Então, a formação do juiz brasileiro é uma formação generalista. Não foi diferente com a arbitragem. O árbitro de primeira geração, que eu chamo, esses assim que começaram a atuar muito *pari passu* ali à lei de arbitragem, né? 96 para cá, um pouco antes já… Ele é generalista, na sua essência, na sua grande maioria. Ele não tem uma especialidade em uma área específica, eles vêm muito do societário, né? Na primeira geração. Eles vêm do comercial, eles vêm do processo civil, do internacional, também, né? Eu acho que a primeira geração tem essas quatro áreas. Os de segunda geração já vem de áreas mais definidas, né? Então, assim, eu me considero de segunda geração, né? Talvez, agora, a gente já esteja caminhando para a terceira geração que tende a ser mais especializada, né? Então, não é só especialidade em arbitragem. Então, eu tendo a ver a arbitragem cada vez mais dentro não de nichos fechados, sabe, Murillo? Mas, assim, em termos de especialidade, que é exatamente a tua pergunta. E um último ponto: isso não vai significar, até acho que não deve significar, que, por exemplo, num tribunal arbitral de infra, os três árbitros tenham que ser especialistas em direito administrativo ou infraestrutura. Eu não acho que isso… Mesmo quando é infra, você tem aspectos societários, você tem aspectos comerciais, sabe? Você tem uma série de outros temas, que talvez não sejam os principais, que demandam um conhecimento de outras áreas, muitas vezes. Direito financeiro, por exemplo, né? A infra traz muito isso. Então, o que eu prego, na verdade, não é que a arbitragem de infra vai demandar que os três árbitros sejam especialistas em infraestrutura, né? Mas que haja pelo menos um ou dois especialistas ali, né? Às vezes você precisa de um presidente, por exemplo, que é um presidente que, dependendo do tema, e essas em infra são muito complexas, você precisa de um presidente que seja mais experiente, né? Que já tenha assim uma certa autonomia, né? Autonomia que eu digo no mercado, né? Na comunidade arbitral. Enfim, então, às vezes, é uma expectativa que o presidente seja alguém que tenha uma prática muito… Que não precisa ser necessariamente naquela área, mas que tenha a prática em conduzir o processo de arbitragem, por ele ser complexo. Então, às vezes, eu acho que os coárbitros, me parece, cada parte tem que levar pra dentro da arbitragem um árbitro com especialidade. E o que que eu vejo: no presidente há um pouco mais de liberdade, há um pouco mais de condescendência, um pouco mais de abertura… E aí, você não, necessariamente, tem um presidente que seja um que… Geralmente, vai ser o mais velho, né, tudo mais… Assim, então, não, necessariamente, ele tem a prática da infra. Mas

eu acho que os coárbitros... E aí a cada advogado de cada parte, né, Murillo? Que tem que decidir isso é indicado que eles entendam da infra da área, do contrato, do direito administrativo, do direito público, né? Mas de novo, às vezes, você vai ter temas que vão se inter-relacionar, como societário, comercial, né? Não é só a infra... O financeiro... Então é interessante um tribunal um pouco mais plural. Então, é assim que, pelo menos, hoje eu vejo isso. Mas não quer dizer que o tribunal tenha que ser composto única e exclusivamente por árbitros que tenham essa especialidade, é isso que eu quero dizer. Eu acho que, na sua maioria, sim, a maioria, então, dois, né? Mas o terceiro às vezes até bom que não, que não seja tão da área porque ele vai ter um olhar digamos até um pouco mais conciliatório, né? De fazer preponderar algum argumento, né? Porque aí você... O presidente você demanda uma outra, um outro perfil: presidente do tribunal. Que não é necessariamente o especialista de área. Acho que me fiz compreender, né, Murillo?

Entrevistador - Não, está bem claro, Professor. E, Professor, ainda nesse tema, mas agora tratando sobre as Câmaras, principalmente nas arbitragens institucionais, que o Professor participou: o Professor entende que as Câmaras estão adaptadas também para esses processos arbitrais com a administração pública? Se hoje o Professor já vê alguns regulamentos específicos tratando sobre a arbitragem com a administração pública, como que o Professor enxerga isso nos casos que o Professor atuou, vem atuando ao longo desses tempos.

Entrevistado - Eu acho que, aos poucos, sim, Murillo, não são todas, né? Mas quando a chegada da administração pública como um *player* da arbitragem demandou uma reorganização das Câmaras, né? Vem demandando uma reorganização das Câmaras, até porque existe, já como um processo comum, o processo de cadastramento de Câmaras. E aí a gente tem Rio de Janeiro, a gente tem em São Paulo, né? A gente tem a própria União Federal, já com os atos normativos de cadastramento, onde eles exigem alguns requisitos, inclusive das Câmaras. Requisitos objetivos. Então, isso vem provocando uma reorganização, sim, nas Câmaras. Em termos de estabelecer algumas regras, procedimentos que sejam mais alinhados à especificidade do procedimento de arbitragem que envolve administração pública. E aí, acho que dois pontos são importantes, né? Hoje isso é estimulado pelo processo de cadastramento de Câmaras, né? Então, o cadastramento público de Câmaras exige alguns requisitos e as Câmaras têm de ter, se elas não tiverem elas não vão poder recepcionar esses casos. Então, elas se organizam em torno disso. Mas você começa também a ter Câmaras que começam a se preocupar com uma especialidade de área. Então, elas querem ser vistas como especialistas em temas de

administração pública. Então, você já começa a ver uma organização que vai além dos requisitos objetivos do cadastramento. Uma certa especialização temática, vamos dizer assim. Isso é muito novo, mas já começa a se ter um certo debate, sobre isso.

Entrevistador - Muito obrigado, Professor. Extremamente completa a sua resposta! E, Professor, agora falando sobre o prestígio, assim, da arbitragem. A gente vê que muitos dos *players* de infraestrutura também possuem atuação no exterior ou são players no exterior. Aí eu pergunto se o Professor entende que o prestígio da arbitragem, enquanto instituto também conhecido no exterior, é um dos fatores que faz com que esses *players* optem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

Entrevistado – Olha, Murillo, não acho. Não necessariamente, tá? Entendo a sua pergunta. Até quando eu estudei lá em Hamburgo, né? No Max Planck, essa era uma hipótese, tá? Eu tinha essa linha de trabalho na minha pesquisa, mas ela não se confirmou, necessariamente. Eu acho que tem dois pontos, tá? Eu acho que é assim, a prática arbitral, ela é internacional, né, Murillo? Então, é óbvio, esses players que tem, por exemplo, base em outros países e que vem atuar no Brasil, investidores e etc, é óbvio que eles têm, já um trato com a arbitragem internacional, em virtude dos seus negócios, né? Então, eles olham para arbitragem de uma maneira positiva, num primeiro momento, sim, né? Então eu acho que a arbitragem, ela tem essa força atrativa de investimentos internacionais, vamos falar assim, acho que, isso sim, mas em termos de prática, eu não acho que eles: "Ah, porque aqui nos países que a gente atua, né? A gente preferiu a arbitragem…". Eu acho que a arbitragem traz mais conforto, né? Para organizações estrangeiras, né? Para grupos estrangeiros. Ela traz mais conforto. Mas aí, é aquela discussão, né? O que, na verdade, eles fogem é de um judiciário que pode vir a ser um judiciário que não é independente, né? E que aí não vai ser independente o suficiente, né? Autônomo suficiente,em alguns países, para decidir sobre os conflitos ali do contrato de infraestrutura. Então, assim, é claro que isso vai variar de país para país, vamos pegar o contexto da América Latina, a gente tem judiciários mais fortes, né? Eu acho que essa é uma característica, mas também em alguns momentos eles são acusados de serem mais partidários. De serem… Isso vai ficando pra trás, né, Murillo? Mas ainda tem um pouco essa discussão… América Central, né? Então, a arbitragem passa a ser um espaço mais protegido para esses grupos estrangeiros. Mas, então, vem um pouco da linha da relação deles com a arbitragem internacional, e aí já é uma tradição, vamos dizer assim, uma cultura de arbitragem. Então, eles vêm pro Brasil e aí eles olham pra isso, eles preferem a arbitragem. Mas aqui, no caso brasileiro, o receio não é de uma

dependência do judiciário, eu não sinto isso. O receio é a demora, né? O receio é a demora e que isso comprometa os lucros, né? E que compromete, né? Assim, quando vem lá uma cautelar que suspende tudo, que a gente tem muito, né? Ou uma decisão muito demorada, ou que não vem nunca, né? Então, eu acho que esse sim é um temor, tá? Mas o que também a gente vem escutando é que mesmo esses grupos internacionais, eles já começam a ficar preocupados, um pouco, com as vezes… O que eles falam, né? A falta de especialidade do árbitro brasileiro em infraestrutura, né? E isso é um tema dificílimo, né, Murillo? Porque, veja, as pessoas falam: "Porque o árbitro não é especializado…". Mas como é que ele chegou ali naquele tribunal? Ele não chegou se impondo, né? Ele foi indicado! A cláusula CCI, que muitas empresas acabam preferindo, né? A cláusula CCI, inclusive, retira das partes… A cláusula raiz, né? Ela retira das partes a indicação de presidente. Os coárbitros, às vezes, não têm nenhuma ingerência sobre a presidência. Quem indica a presidência é a própria CCI. Então, assim, o que eu quero dizer: às vezes, tem uma crítica ao árbitro, tá? É muito aberta e, na verdade, as pessoas esquecem que foi o advogado que indicou o árbitro. Esquece que, muitas vezes, foi a própria Câmara que fez a indicação, né? Então, não é… Sabe… Se o árbitro está ali, ele está ali por algum motivo, né? Então, às vezes, é apontar o dedo, sabe? Que eu acho que é um pouco temerário isso, né? Mas, enfim, talvez essa seja a minha melhor resposta. Existe uma prática internacional em torno da arbitragem, os grupos estrangeiros estão mais propícios a ela, mas também aí o último ponto a gente tem que setorizar, tá? No mundo eu digo, porque, por exemplo, a arbitragem nos Estados Unidos, ela não é desenvolvida a arbitragem com a administração pública. Não tem essa prática, sabe? Dos grupos norte-americanos e tal. Na Europa, você vai ter um pouco mais, né? As arbitragens de investimento, né? ICSID, por exemplo, você tem grupos estrangeiros atuando ali, né? Embora ela seja uma arbitragem mais de Estado, né? Assim, porque envolve o Estado, mas acaba tendo o grupo também, né? Então, eu acho que ela tem essa… A arbitragem se torna algo mais do dia a dia dos grupos internacionais. A China, ela tem um comportamento, assim, um pouco como… Em muitos pontos, né? Ela é assim, ela… Você não entende bem qual é a posição da China, né? Então, às vezes, ela é favorável à arbitragem, às vezes, ela não quer arbitragem, então isso também influência na modelagem do contrato, né? Não sei se me fiz entender.

Entrevistador -. Não… Ficou bem claro, Professor. Professor, eu vou pedir só pra… Eu vou interromper essa gravação e eu já volto daí pra essa sala de novo, porque ela vai encerrar, automaticamente, por causa dos 40 minutos…

Entrevistado - Eu saio?

Entrevistador - A gente já volta para a sala de novo.

Entrevistador - Obrigado, professor! Já voltou aqui. Professor, o próximo questionamento, agora, ele é mais voltado a algumas especificidades da arbitragem com a administração pública, principalmente a característica da publicidade, do princípio da publicidade. E eu queria questionar o professor se, nessas, nessas arbitragens que o professor atuou, se o professor tem conhecimento de se, essas sentenças, elas foram publicizadas e como que se deu essa publicização dessas sentenças arbitrais que foram proferidas.

Entrevistado - Eu só queria complementar a última pergunta que faltou um ponto.

Entrevistador - Por favor, professor!

Entrevistado – Hoje a gente tem um estímulo muito grande para a realização de arbitragem pelos organismos internacionais de investimento, de financiamento, do tipo BID; FMI... Então, assim, não deixa de estar relacionado com a tua pergunta, porque quando eles vão emprestar dinheiro, financiar a infraestrutura brasileira, vamos colocar assim, mais doméstica, eles exigem, nas suas cláusulas, a arbitragem. Na verdade, não chega ser uma exigência, mas eles estimulam a arbitragem. E isso tem a ver com o modo como as finanças ocorrem. Agora sobre a publicidade, Murillo, ela é muito nova. A publicidade em arbitragem, ela é, assim, algo muito recente, né? Ela é recente, ela vem da onde? Se a gente for pensar a arbitragem internacional ela nunca foi pública, até hoje ela não é, né? Arbitragem comercial internacional, né? Ela começa muito nas arbitragens de investimento. Por quê? Porque estava ligada a temas públicos: a infraestrutura, recursos financeiros. E aí, ela começa a ser uma arbitragem internacional pública, arbitragem de investimento sobretudo. Então, acho que a gente vai beber um pouco nessa fonte. Já especificamente sobre a Arbitragem com a Administração Pública serem públicas, essa é uma inovação de 2015 e a gente está em 2022... O que que eu vejo, tá? Assim, um pouco de empírico, mas, também, aí posso falar como eu vejo como jurista: eu vejo como uma novidade ainda a ser assimilada no mercado. Mesmo porque quase sempre tem essa discussão de: "O que que vai ser publicizado?"; "Como vai ser publicizado?". Ainda hoje as partes conversam muito sobre a publicidade. O próprio tribunal tem um cuidado muito grande: "Ah, tudo vai ser público!". Não é assim. Então, eu acho que isso ainda essa questão da

publicidade ainda está sendo construída, Murillo. Por exemplo, as Câmaras ainda não se veem tanto como destinatárias deste dever de publicidade - as Câmaras, né, interpretação delas, né? Então, você ainda tem essas discussões. Em um tribunal arbitral, ele fica um pouco na expectativa, sim, em relação ao que as partes entendem como publicidade naquela arbitragem. Acho que há alguns temas já com alguma convergência no sentido de que a sentença vai ser pública; o objeto da arbitragem; a informação sobre a existência da arbitragem em si. Então, já há algumas convergências, mas, ainda, isso tudo está sendo construído. E aí vem um lado meu: eu vejo que a publicidade na arbitragem, ela, ao menos nas arbitragens no Brasil, ainda que elas estejam restritas à Administração Pública, ela começa a trazer o tema da publicidade para a arbitragem em si. E aí, mesmo nas comerciais, mesmo nas societárias, isso começa a aparecer e isso vem incomodando muito a comunidade arbitral brasileira, porque eles olham, ainda, a arbitragem como um espaço de confidencialidade, de sigilosidade, que tem a ver com os interesses da empresa, né? E que ela não quer divulgar, muitas vezes, o tema e tal, porque pode ferir os seus investimentos, a sua atuação no mercado, prejudicar, né... Mas, por exemplo, você já tem um projeto, uma minuta de resolução da CVM, ampliando a publicidade, colocando a publicidade como uma referência das arbitragens societárias, então isso já está sendo discutido na CVM. Então, o que que eu estou querendo dizer: eu acho que essa inovação ela ainda está sendo compreendida pela comunidade arbitral, como um todo... Inovação... A arbitragem com a administração pública ela deve ser pública. Então, não é uma coisa, assim, em que todos fiquem muito à vontade, né? Não se tem ainda todos os *standards* desse tema, *guide lines,* então, cada um faz de um jeito que entende por adequado. A administração pública tem exigido uma publicidade da arbitragem, uma publicidade mais máxima, isso incomoda um pouco os tribunais, incomoda a parte privada, incomoda as Câmaras. Elas não ficam muito confortáveis com isso, e essa publicidade das arbitragens com a administração pública vem estimulando um debate em torno da maior publicidade das arbitragens como um todo. Mas sabe o que que eu acho, assim... Isso é um tema até que eu quero, nos próximos artigos, olhar pra ele... Eu acho que a questão não é só de publicidade, Murillo, eu acho que a demanda é de governança nas arbitragens. Porque a publicidade é um critério, então, ela veio antes, entendeu? Então, ela tá aqui, ela ainda tá sendo trabalhada, mas ela é um critério de governança. Existem vários outros critérios de governança. E eu acho que o que a demanda, por exemplo, se o projeto antiarbitragem ele traz essa agenda de que tem que melhorar governança nas arbitragens, né? Porque você fica um pouco ainda no silêncio: "Ah, vai depender do Tribunal". Eu acho que a gente tem que começar a pensar em *standards*. E o último ponto que eu acho muito favorável à publicidade, e aos poucos a gente começa a ver isso acontecendo, é que, assim, ao menos

quando a sentença é pública, você passa a ter uma jurisprudência arbitral em torno da infraestrutura, então, isso é muito positivo. Você passa a entender como determinados Tribunais e determinados árbitros pensam, como eles agem, como é que eles julgam. E aí, isso vem junto com a especialidade de árbitro que você mencionou lá no começo, né? A especialidade: "Ah, mas como é que você vai..." Você não vai intuir a especialidade, ela tem que ser comprovada e uma forma também segura de comprovar é como esse árbitro atua. Não tanto na posição em que ele acaba defendendo, né, Murillo? Porque isso é do árbitro, e do caso, muitas vezes, mas de como ele faz a articulação, qual é o argumento de autoridade que ele tem efetivo dentro de um tribunal, de conhecimento da matéria. Então, é ao conhecer a sentença que você começa a ver tudo isso. Claro, a sentença é do Tribunal, mas você consegue perceber essas nuances de especialidade. Então, eu acho que a publicidade é muito boa. A gente ainda não está vivendo essa jurisprudência arbitral, né?

Entrevistador - Até...

Entrevistado - Pode falar!

Entrevistador - Até esse é meu questionamento, professor. Até no próximo, justamente, que adentra nisso, eu ia até questionar ao professor, se o professor hoje vê isso já acontecendo, essa utilização de precedentes arbitrais, dessa jurisprudência arbitral nas sentenças, e tudo mais.

Entrevistado - Não, porque essa não é uma cultura da arbitragem. E você tem árbitros muito ferrenhos dizendo que precedente é algo que não é fonte obrigatória na arbitragem, nem o precedente judicial e nem súmulas dentro de um sistema e muito menos precedentes arbitrais, sabe? Assim, eu estou falando da arbitragem doméstica brasileira, tá? No contexto da arbitragem internacional, é óbvio, né, que você tem a ideia do precedente e ela é fonte da arbitragem internacional, né? Inclusive, esses precedentes internacionais, eles são utilizados pelos advogados nas suas linhas argumentativas, mas eu não vejo isso acontecendo muito nas sentenças arbitrais, é isso que eu estou querendo falar pra você. Os advogados utilizam, né? Eu to falando dos precedentes internacionais, né? Até porque quando, CCI, por exemplo, ela não publica tudo, né? Ela publica partes da sentença, né? Dependendo do...Estou falando da arbitragem internacional da CCI, né? Então, você tem um pouco, assim, essas publicações nesse sentido. Agora a Câmara do Mercado, por exemplo, ela vem se arregimentando criando, eu não digo que seja criar uma jurisprudência, mas vem deixando mais claro os precedentes, da sua,

da Câmara. Então, ela vem publicando, às vezes. Ela não publica com os nomes das partes, mas os resultados dessas sentenças. Então, aos poucos isso vai gerando uma jurisprudência, né? Eu acho que isso poderia ser muito naturalmente construído pra Administração Pública e seria muito bom, mas eu não vejo as Câmaras ainda muito abertas a isso... Sabe, os repositórios jurisprudenciais, assim? Eles, as Câmaras, não tem muito essa abertura. A CCI porque é internacional, né? Então, ela faz. A Câmara do Mercado foi corajosa. Porque ela falou: "Vamos fazer!". É recente. Mas as outras, eu não vejo muito essa movimentação... E o árbitro brasileiro... Ele... Eu estou... Eu já entendo que a gente precisa... Assim, qual que é a minha compreensão: a arbitragem está inserida no sistema de justiça, Murillo. Não tem como eu dizer que vou ignorar uma Súmula, né? Eu vou considerar se ela vai se aplicar ao caso, né? Mas eu tenho que considerar como fonte. Então, não posso dizer que não vou aplicar. Eu não chego nesse extremo. Alguns árbitros dizem: "Não vou aplicar nada! Não se aplica nada. Aqui depende o caso". Então, eu não sei. Ainda é difícil dizer que isso está gerando jurisprudência. Isso depende muito de um entendimento, de uma certa convergência a respeito do tema da jurisprudência da comunidade arbitral brasileira, dos árbitros brasileiros, né? E, também, dos advogados: o quanto eles vão utilizar desses casos, né? Então, eu acho isso ainda muito recente. Por exemplo, muitas vezes, se fala: "Poxa, a dificuldade que a gente tem, a gente, que eu digo enquanto pesquisador, de ter acesso a sentenças públicas de arbitragem nas Câmaras". Eles dizem assim: "Mas pra que que você quer?". Porque é quase que uma lei de acesso às avessas, sabe? Eles começam a fazer uma série de perguntas e a gente não tem acesso a nada, né? "Ai não, é isso aqui só". Aí onde é que você encontra alguma coisa? Nos sites dos entes públicos, mas também não é uma coisa muito organizada, você está entendendo? Então, eu acho que tinha que ter um repositório, sim. Sei lá... uma espécie, assim... Pensando alto aqui com você, por exemplo, os próprios entes públicos fizessem uma espécie de cooperação e aí eles criarem um site onde sentenças vão estar ali organizadas, e tal, porque eu não vejo isso acontecendo com as Câmaras. Elas são muito isoladas, você sabe, né? Assim, no sentido de conferir publicidade às sentenças, né? Mas aí seria até de uma maneira não oficial, né? Acho que a gente tem que oficializar isso, tá? Então, a gente não tem muito estruturado ainda e não se sabe muito para onde vai caminhar, não.

Entrevistador - Excelente! Obrigado, professor. Professor, agora entrando no tema da judicialização de processos arbitrais, sentenças arbitrais... São dois questionamentos, assim, que eu queria que o professor tecesse alguns comentários, pela prática do professor. O professor, ainda hoje, entende que esse risco de judicialização é algo que preocupa os *players*

dentro da arbitragem; e também quais são as principais razões que o professor, hoje, entende, nessas arbitragens envolvendo setores de infraestrutura, que levam a uma judicialização de um processo arbitral ou de até mesmo a própria nulidade de uma eventual sentença arbitral de um processo arbitral?

Entrevistado - Tá... Esse é um tema muito complexo, né? Ele é um tema muito complexo... Vamos lá! Alguns critérios talvez, né? O que que eu sinto... Vamos pegar, ontem eu até estava falando sobre isso, aqui em Brasília... Vamos pegar as arbitragens do setor elétrico. O setor elétrico, Murillo, ele já é um setor de altíssima litigiosidade. O setor elétrico, tá? Eu acho que talvez seja o mais judicializado de todos os setores regulados no Brasil. E isso não tem tanto a ver com os *players* em si ou com a forma da regulação, eu não consigo ver isso. Isso tem a ver com o perfil dos advogados que representam os interesses das partes. Eles judicializam ao máximo. Eles elevam a temperatura todos os dias, toda hora, sabe? Uma litigância absurda. Você tem o setor elétrico com as divisões, né? De geração, transmissão... E aí, um, sabe, muitas vezes: "Ah, essa não é minha obrigação, é a sua obrigação!" Então, começa... E isso vira um grande conflito, né? Assim... E aí, por que que eu estou dando esse exemplo? Um exemplo: quando você vai para as arbitragens do setor elétrico não é diferente! Os advogados são muito combativos, sabe? Então, eles já no início das arbitragens eles já querem judicializar tudo, sabe? Eles levam o processo judicial para dentro da arbitragem. Então, você veja: aí eu estou dando um exemplo de que não é por causa da arbitragem, é por causa do perfil aguerrido e litigante, mas não tanto dos *players*, mas dos advogados desses *players* privados, não sei se me fiz compreender. Então, você tem um pouco isso, em alguns setores. Você tem muitas vezes uma certa resistência, uma certa negativa de participar das arbitragens, isso ainda acontece. Então, isso era muito típico do ente público, né, Murillo? Lá atrás, no início da arbitragem ele fala: "Não! Não vou, porque eu não entendo que é indisponível"; "Ah, porque eu assinei, mas não era pra ter assinado". Aquelas discussões que me parecem que já foram superadas. Então, você não tem tanto o ente público ingressando com medidas antiarbitragem, você não vê muito isso. Mas ainda tem numa outra medida. Quando eles entendem, isso é muito forte no gás, *oil and gas*. Quando eles entendem, o ente público entende, que embora haja um compromisso arbitral, o objeto do litígio está fora do escopo da cláusula arbitral. E aí eles vão lá e fazem a judicialização prematura, no sentido de não quererem ingressar como parte na arbitragem, que ela não seja instaurada. Às vezes, você tem o particular não querendo ingressar, né? Não querendo fazer com que a arbitragem seja instaurada, né? Geralmente é o particular que dá início. À arbitragem, né? Então, você vê medidas anti-arbitrais do particular, menos, mas você

vê. Então, assim, eu acho que as medidas antiarbitragem, elas acontecem, ou seja, pra não instauração do processo arbitral. Agora, quando as sentenças já são exaradas, né? E aí você vem com a ação anulatória, por exemplo. Aí a gente vê um pouco, sim, de uma tentativa muitas vezes, né? De quem perde, né? E você sabe que na arbitragem com a administração pública, ao menos no âmbito federal da União Federal, os entes públicos têm ganho 90% dos casos. Então, geralmente é o particular que está perdendo. E aí ele tenta levar, sim, para o judiciário numa tentativa, sim, na minha opinião, de revisar mérito, né? De anular a sentença, ou pelo menos fazer o processo reiniciar. E aí a gente vê algumas decisões muito contraditórias do Judiciário. Ingressando, por exemplo, na prova, sabe? Assim, umas coisas que não dá, né? Eu mesmo atuei em um caso, ele é público, né? De infraestrutura e que, assim, o próprio tribunal ficou muito surpreso, né? Com a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo que anulou a sentença parcial e fez voltar todo o processo, entendendo que ali não teve ampla defesa, não teve contraditório. Então, até, eu fico acompanhando esse caso, pra saber como isso vai chegar no STJ, né? Como vai ser o entendimento do STJ. Porque até aqui a gente percebe o judiciário muito *friendly* em relação à arbitragem, sobretudo à arbitragem com a administração pública, mas essas decisões que podem também ser entendidas como um ponto fora da curva, elas são muito ruins pra arbitragem, pra evolução da arbitragem. Porque houve um trabalho, houve um dispêndio, né? De energia, de recursos, etc. E aí quando você vai: "Ah, é uma anulatória". Mas é uma anulatória que você vai revisar mérito, que o judiciário vai revisar mérito. Então, eu acho que o receio, tá, Murillo? É um pouco isso de falar: "Não, o tribunal não vai revisar isso". E, às vezes, ele revisa. O Tribunal Judicial, né? Então, é assim: dentro do tribunal arbitral a gente tenta agir da melhor maneira, com mais razoabilidade, respeitando o contraditório e ampla defesa, a gente amplia o máximo que a gente puder, né? No judiciário, você sabe que aí é uma visão mais reduzida, né? "Ah, não, mas não tem que contraditar todos os pontos, não tem que...". A gente não. Na arbitragem, a gente falou: "Não, a gente tem que fazer tudo". Você tem que ter o tempo, eu sou muito preocupado com o tempo, né? Pra que as partes se posicionem no processo. Então, um caso dessa semana. Uma situação específica, uma arbitragem que está começando. E aí, o presidente indicou um tempo lá, acho que de vinte dias, para a parte contrária responder a outra. Aí um dos coárbitros falou: " Não, não. Em cinco dias eles respondem". Aí eu vim, porque envolve uma entidade que é estatal, né? E aí, eu, eu vim e falei: "Olha, em cinco dias eles não vão ter como responder isso daqui, né?". Não tem como porque tem uma burocracia, tem consulta interna... Então, assim, eu não concordo com o prazo. Aí esse árbitro ele já queria, veja... Não era nenhuma sentença, era uma é era uma... OP, né? Uma ordem processual e ele já queria ser tido como parte vencida na OP. Aí nós vamos conversar com ele,

né? E, porque, assim, às vezes, falta ao árbitro entender que o público, pelo menos que está dentro de um sistema público, as coisas não são tão imediatas. Não tem como você fazer. Então, você veja o árbitro tem que ter até essa preocupação. Porque senão, se isso vai para uma anulatória, às vezes, o judiciário pega isso. Então, os árbitros têm um receio sim e por isso que a gente tenta aparar todas as arestas, arrumar todas as lacunas, né? Atuar sempre com razoabilidade em relação a prazos, oportunidade de defesa, contraditório. E para quê? Pra minimizar esse risco, vamos dizer assim, né? Mas, as instruções também, instruções de infraestrutura, elas são instruções pesadas. Às vezes, as partes elas ameaçam uma judicialização, entendeu? Já na própria instrução. Pesadas que eu digo porque cada um quer fazer valer o seu direito ali, a sua posição, né? Então, a gente também tem que ter, o árbitro, o tribunal arbitral, tem que ter cuidado, sabe? Com tudo isso. Então, eu acho que talvez seja um tema que está em aberto, Murillo, sabe? A gente… e acho que o último ponto, tá? A qualidade da sentença, Murillo. Eu sou muito preocupado com a qualidade da sentença. Mesmo a gente estando super preocupado, com tudo fundamentado, às vezes, vem o judiciário, ainda, e anula ou suspende, sabe? Então, eu acho que a qualidade da sentença, ela é uma referência, quase que uma métrica da arbitragem, né? Com a administração pública… Que tem que ser levada muito a sério. Porque ela, no limite, ela pode evitar essa judicialização também, né? Mas o que eu posso dizer é o seguinte: quando o judiciário quer intervir, ele intervém, tá? Então, é isso que eu percebo dos casos de intervenção, né? Eu não acho isso bom, culturalmente eu não acho que isso desempenha um valor, um bom valor, para a evolução da arbitragem, sabe? Mas é o que acaba acontecendo, né? Ainda acho que, essa intervenção, ela é pouca, mas ela acontece.

Entrevistador - E, professor, para a gente encerrar esse tema, agora numa parte mais de arbitrabilidade objetiva mesmo, ainda nesse sentido. O professor entende, principalmente em virtude de setores de infraestrutura serem setores regulados, problemas ou até mesmo inseguranças ainda sobre a definição das matérias que são passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? Isso é, se hoje ainda existe uma indefinição de quais dessas matérias podem ser resolvidas por meio da arbitragem, quando a gente fala desses setores de infraestrutura, e se isso acaba sendo também um receio de árbitros?

Entrevistado - Eu acho que são dois pontos principais aqui. Três pontos. O primeiro: os debates sobre arbitragem envolvendo administração pública, a maior parte dos debates envolve a arbitrabilidade objetiva, né? Então, esse é o grande tema da arbitragem. Por isso que vem as medidas antiarbitragem, por isso que, muitas vezes, a gente caminha já com sentença parcial, a

gente acha mais, a gente, eu digo os árbitros, né? Os tribunais arbitrais. A gente acha muito mais seguro você já decidir alguns temas na sentença parcial. Não deixar passar lá para a sentença final, né? E geralmente isso tem a ver com a arbitrabilidade objetiva, tá? Dois, diferenciar o que é tema de arbitrabilidade objetiva e escopo do compromisso arbitral. São temas diferentes, né? Então, às vezes: "Ah, porque o tema é a arbitrabilidade objetiva". Não, o que a parte está discutindo é o escopo, o alcance da cláusula compromissória. E aí a gente tem alguns modelos novos, né? E que são... a cláusula. Por exemplo, você tem as cláusulas fracionadas, né? De arbitragem fracionada, porque ela vai ter a previsão da arbitragem e vai ter uma previsão de foro, né? Mas aí não é, até aí tudo bem, né? Só que eu vejo que esses questionamento ainda tem muito a ver com a configuração da cláusula. Isso muitas vezes não é tanto pela questão regulatória, Murillo. É como essa cláusula é confeccionada, tá? Isso ainda é... E como essa administração pública, muitas vezes, a municipal, por exemplo, faz uma copia e cola, copia e cola, copia e cola, né? Isso está mudando graças a Deus. Mas tem muito copia e cola na administração municipal. E aí, você começa a gerar um monte de problema que eles nem entendem, porque não foram eles que redigiram a cláusula. A cláusula sempre é muito *taylormade*, né? Eu acho que a cláusula arbitral ela tem que ser muito *taylormade*. Não tem como você sair copiando modelo de cláusula, né? Então, eu vejo que, assim, muitas discussões têm a ver muito com o escopo da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a maneira como essas cláusulas são confeccionadas. E aí, quando você traz judiciário, por exemplo, você já começa a bagunçar um pouco isso, né. Mas e aí o último ponto: eu acredito que, às vezes, sim, você tem lacunas regulatórias, algumas dúvidas, né? Que acabam impactando a arbitrabilidade objetiva, né? Por exemplo, o próprio ente público ou a agência reguladora entendendo que aquela é matéria regulatória, né? O próprio plano regulatório, né? Assim, às vezes, setorial, não pode o Tribunal vir revisar o que é de atividade, assim, é independente da agência, né? Então, eu acho que sim. Em matéria regulatória você começa a ter algumas impugnações, de normas, sabe? Assim pelas partes e tal. Aí você vê que a parte tenta fazer com que o tribunal se manifeste sobre as lacunas regulatórias, dissidências regulatórias, sabe? Tem um pouco isso que é novo e, às vezes, o tribunal tem dificuldades em construir um posicionamento, né? De que ele não pode atuar, né? Porque é matéria indisponível, né? Isso vem, não, não em todas as arbitragens de setor regulado, mas ela, esse tema vem, às vezes, sim, essa dúvida, e aí se tenta construir, né? E aí, quando tem a indisponibilidade, ele não vai adentrar naquela questão, né? Mas isso pode comprometer a arbitragem como um todo, né? Porque aí ele não adentra e aí você também não consegue decidir o conflito, né? Mas enfim, isso é um, é um... são ossos do ofício, né? Da arbitragem envolvendo a infraestrutura. Então,

às vezes, tem sim umas discussões, mas eu só acho que a gente tem que entender o que que está acontecendo. Às vezes, é redação de cláusula, às vezes a parte que litigar, às vezes é lacuna regulatória, às vezes, é a questão do escopo da cláusula arbitral. Então, às vezes, a arbitragem foge do escopo da cláusula arbitral. Então, não é bem arbitrabilidade objetiva, né? Mas é fugir e, às vezes, são temas sim de arbitrabilidade objetiva, Então, isso, isso acaba acontecendo, sim.

ANEXO IX – TRANSCRIÇÃO DA ENTREVISTA REALIZADA COM RICCARDO GIULIANO FIGUEIRA TORRE

Anexo IX – Entrevista com o Doutor Riccardo Giuliano Figueira Torre

Entrevistador - Então, muito obrigado mais uma vez, Doutor Ricardo! Para fins, né? Só de contextualização, é uma gravação, para minha dissertação de mestrado, que será defendida em março, na Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do professor Doutor Egon Bockmann Moreira. Doutor Ricardo, eu vou começar os questionamentos, fique à vontade para responder como preferir, se puder responder todos, na totalidade ou não, enfim, como o Doutor preferir. Doutor, para fins de contextualização, para a gente iniciar, gostaria que o senhor apontasse e descrevesse, em linhas gerais, quantos mais ou menos já foram e se pudesse falar, é claro, respeitando a confidencialidade, os processos arbitrais em que o Doutor tem atuado, como representante da advocacia, como um procurador das partes nessas arbitragens. E, também, se o Doutor puder trazer, se nesses processos que o senhor atuou, se eles já se encerraram, todos eles, né? E quais foram os resultados dessas arbitragens, se houve uma prevalência de resultados positivos para parte privada, uma parte de resultados positivos para parte pública… Se o Doutor pudesse abordar o tema nesse sentido.

Entrevistado - Perfeito, Murillo, boa noite, novamente. Sua pergunta se restringe à arbitragem com entes públicos, certo?

Entrevistador - Isso, no setor de infraestrutura.

Entrevistado - Perfeito! Eu estou envolvido em cinco procedimentos arbitrais, tá? Um contra a ANTT, dois contra a ANP, um contra a Aneel, e um contra o Estado da Bahia, tá? Esses são os procedimentos em curso. Aqui no escritório, nós tivemos um caso em que a União atuou do nosso lado, que é aquele caso emblemático da Libra e da CODESP. Nós representamos a CODESP, né? A união estava no polo… No mesmo polo que a gente. Então, na verdade, nossa parte adversa era um ente privado, que não se enquadra na sua pergunta. Quanto a essas cinco arbitragens, como eu disse, elas tão em curso. Ainda não tivemos sentença, tá? Na arbitragem da ANTT, o que nós tivemos foi uma decisão do Tribunal confirmando o prosseguimento da liminar judicial. Posso falar sobre esses casos porque obviamente eles são públicos, né? Inclusive, da ANTT, esta decisão ao qual me refiro está disponibilizada lá no portal. Nesse caso é a ANTT e a União... Também, a União figura como uma interveniente anômala, tá? A União é signatária do contrato de concessão, mas ela fez esse pedido para figurar como interveniente anômala e acabou sendo acolhida pelo tribunal. A decisão, como eu mencionei, foi favorável

ao meu cliente, né? Na medida em que nós tínhamos conseguido uma liminar para que não fosse alterada uma taxa básica de pedágio, até que se fosse analisado o pleito principal, que é o de reequilíbrio econômico e financeiro da concessão. Nos demais processos, ainda, alguns em estágios mais avançados, outros em estágios mais incipientes, então nós ainda não tivemos nenhuma decisão. Portanto, a única que eu posso me referir é essa que eu falei agora.

Entrevistador - E, Doutor, no sentido sobre esse tempo de duração desses processos arbitrais, o senhor, o Doutor, considera um tempo razoável? Destacaria, ainda, uma eventual celeridade como uma das características vantajosas desses processos arbitrais e, até nesse sentido, se o professor, se o Doutor, puder responder, também, se foram respeitados os prazos de regulamento das Câmaras arbitrais onde ocorreram essas arbitragens para proferir essas sentenças?

Entrevistado - Perfeito! Basicamente todas essas arbitragens são CCI, tá? A única que não é CCI é a arbitragem contra o Estado da Bahia. Quanto aos prazos serem respeitados, eu acho que é um pouco difícil de responder porque eles acabam sendo superados pelos prazos que as partes fixam, na ata, no termo de arbitragem. Então, acabam sendo um pouco mais alongados, mas isso por própria... Por manifestação da autonomia da vontade, né? Então, por exemplo, prazos para alegações finais acabam sendo alargados um pouco mais além do que prevê o regulamento da Câmara, né? Isso até mesmo por vontade do meu cliente, né? Então, acho que isso não tem sido, sendo objetivo... Não tem sido... Alguns não têm sido respeitados, mas por vontade das partes. Prazo de prolação de sentença, ainda não chegamos a isso, mas o que eu posso trazer é o meu depoimento das inúmeras arbitragens, entre entes privados, em que nunca vi um caso em que o tribunal não se utilizou da prerrogativa de pedir o prazo prorrogado. Até agora, ainda, não tive casos em que o tribunal ultrapassou a prorrogação que é... Que lhe é facultado, né? Pelo regulamento. De todo modo, quanto a minha experiência sobre a celeridade, ou não, ou não celeridade desse processo, eu tenho experiências dúplices, tá? Então, num caso, num desses casos contra a ANP, a arbitragem tá tramitando de uma forma até que rápida pelo tamanho, pela complexidade do caso, mas por outro lado nessa arbitragem contra a ANTT, ele está demorando bastante. Então, isso tem um pouco a ver com o tribunal, mas principalmente no estágio que a gente está para indicação de uma empresa que vá conduzir a perícia, tá? A gente já está há quase um ano nesse processo e aqui entra... Acho que eu tinha te antecipado, esse, também, é o tema da minha tese de doutorado, né? Já escrevi alguns artigos sobre isso, e tem a ver com a postura dos entes públicos, né? Que tentam transportar para a arbitragem várias

das prerrogativas, né? Que ele tem em um processo judicial e isso nunca é saudável pro processo arbitral. Então, esse caso da ANTT, por exemplo, ele é bastante lapidado, acho que vale até como um caso de estudo para você. Esta decisão que eu mencionei, de confirmar a liminar, foi dada por maioria de votos, tendo sido vencida a Cristina M Wagner Mastrobuono, que é competentíssima, indicada pela ANTT, mas ela teve um entendimento, e não é exatamente o que a ANTT pedia, mas ela dizia que um dos pleitos não era arbitrável. Então, a ANTT tenta condicionar a arbitrabilidade objetiva a uma pré-fase administrativa que, enfim, ofende o artigo 5º, né? Ofende princípios mais basilares do direito de ação na arbitragem. Essa é uma das demonstrações, tá? De como o ente público acaba atravancando o procedimento. Agora, a questão da perícia, eles têm a ANTT, em consenso conosco, né? Sugeriu um questionário, para que a gente montasse perguntas sobre a expertise, basicamente, e forma de remuneração das empresas que estariam sendo cogitadas para conduzir essa perícia e, basicamente, o que tem sido mais um dificultador não é, simplesmente, os conflitos de interesse das empresas, né? Eventuais impedimentos... Mas, principalmente, na tentativa da ANTT em impor que a empresa se submeta a uma forma de remuneração que está definida na resolução do DNIT, por exemplo. Então, é algo que, também, não tem previsão na cláusula compromissória, não tem previsão no termo de arbitragem, mas que, enfim, impacta em termos de cooperação, né? Então, são algumas atitudes do ente público... Teve um outro caso que teve uma impugnação de árbitro indicado por nós. Também acabou atrasando a constituição do tribunal, isso no caso da ANP. Tem uma questão suscitada pela ANP, também, de tentar impedir que o meu cliente seja representado por dois escritórios, então o nosso escritório e um outro escritório, cujo ingresso foi impugnado porque os fundadores são procuradores do Estado e a árbitra indicada pela agência é procuradora do Estado, então, supostamente, eles teriam a mesma fonte pagadora. Na minha opinião, não é algo que afete a imparcialidade. Então, são alguns exemplos que eu trago aí de obstáculos que a gente vem enfrentando, né? Então, a indicação de perito, a formação do tribunal, algumas atitudes no curso da arbitragem, que acabam sendo dificultadores, né? Então, por causa disso, as experiências têm sido dúplices. A questão do tempo depende muito de cada caso e da atitude das partes.

Entrevistador - Ficou muito claro, Doutor! Falando sobre essas especificidades da arbitragem com a administração pública, o Doutor sente que as Câmaras, nessas arbitragens institucionais, elas já estão adaptadas para os processos arbitrais que envolvem o ente público? Quais seriam as impressões do Doutor, nesse sentido, em relação às Câmaras mesmo, as Câmaras arbitrais?

Entrevistado - Entendo que sim, Murillo. Embora, como eu disse, né? A minha experiência tenha sido limitada mais CCI e a CAM-CCBC, que são, inegavelmente, as maiores e mais preparadas Câmaras, né? Então, acho que as câmaras são perfeitamente aptas para seguir, para administrar o procedimento. Não vi nenhum tipo de ruptura entre um caso e outro por ser um ente público. Então, a resposta é sim.

Entrevistador - Doutor, aqui adentrando em outro pressuposto que eu trato na minha dissertação e estou tentando encontrar a resposta, também: em algum desses processos em que o senhor atuou como representante, esses *players* envolvidos, eles possuíam, também, atuação no exterior? O Doutor entende que o prestígio da arbitragem no exterior pode ser um fator que interfere nesses players em optarem pela resolução dos conflitos pela arbitragem?

Entrevistado - Olha, em certa medida, sim. Inclusive, esse é um tema de investigação da minha tese de doutorado, também. Da arbitragem com o vetor de segurança jurídica e de economicidade até para os investidores. Muito embora esses meus clientes não tenham atuação no exterior, são grandes grupos conglomerados, mas que eu saiba nunca se envolveram em nenhuma arbitragem internacional, tá? Mas eu vejo que, sim, que é um fator que, por muito tempo, foi um atrativo para esse tipo de empresa. Entretanto, o que grandes empresas já me confidenciaram, e que talvez, já não vejam mais a arbitragem com os bons olhos que viam antigamente, refere-se a hoje se ter algumas decisões não tão bem fundamentadas; procedimentos que acabam ficando engessados e demorando mais do deveriam. Então, esse é um sentimento que eu percebo, de um modo geral, né? Então, ainda, é positivo, mas com algumas preocupações que vem crescendo nos últimos tempos.

Entrevistador - E, ainda, tratando, Doutor, sobre essas especificidades, né? Nos processos arbitrais, nesses processos que o senhor atua, nessas decisões que já ocorreram, até mesmo em decisões interlocutórias, decisões no meio do caminho desses processos, o senhor tem conhecimento se elas foram devidamente publicizadas e como que se deu essa publicização? E se eventuais outros documentos desses processos arbitrais também já foram publicizados e, se sim, quais são esses documentos que geralmente são publicizados nessas arbitragens entre entes da administração pública?

Entrevistado - Tá... Essa decisão interlocutória de confirmação da liminar disponível no portal, tá? Da própria AGU? E, inclusive, no portal da ANTT, se não me falha a memória. Nós

autorizamos nas atas e no termo de arbitragem a publicação, né? Existe um setor específico desses documentos para os dados e do termo de arbitragem para disponibilizar as principais peças da arbitragem, mas não os documentos que acompanham as peças, tá? Muitos casos a gente recebeu várias comunicações da Câmara em que partes ou pessoas interessadas pediram acesso a esses documentos. A postura do nosso cliente é sempre, praticamente sempre, conceder a peça. Não há nenhum tipo de problema, salvo algumas situações específicas, né? E aí eu imagino que, também, ia ter um outro tema de atenção, né? Imagino que você já tenha visto um parecer da AGU tentando mitigar publicidade, por suposta assimetria estratégica, né? Que é a nova, o novo tema que ela tem criado, também, nessa linha de inovações que o ente público traz. Mas eu acho que não tem nenhum tipo de lucro para estratégia processual, porque se não fosse a arbitragem todos teriam acesso a absolutamente tudo. Então, não faz sentido você contrariar uma disposição da própria lei de arbitragem, sob um pretexto de assimetria estratégica. Então, vários pedidos concedidos, deferidos, e que é o que a gente não consegue, eu falo sobre a perspectiva privada, o que a gente não consegue obter, a gente faz uso é da Lei de Acesso à informação para solicitar diretamente para o ente público. Então, muitas das vezes a gente não tem documentos específicos, não foram apresentados na arbitragem, mas a gente faz o pedido por meio da Lei de Acesso à Informação.

Entrevistador - Doutor, uma outra análise, um outro pressuposto que eu faço na minha dissertação, uma análise, é sobre essa ausência de precedentes de arbitragem. Se, realmente, existe essa ausência de precedentes, esse risco de decisões conflitantes na arbitragem, e se isso seria um problema, também, para segurança jurídica. Daí, nesse sentido, eu queria perguntar para o Doutor, se o Doutor já utilizou, nas elaborações das suas petições, antigas decisões arbitrais, se foi de fácil acesso encontrar essas sentenças arbitrais ou decisões mesmo interlocutórias e se, nessa linha, o Doutor entende que uma suposta ausência de precedentes, com um risco de decisões conflitantes é um aspecto negativo do instituto.

Entrevistado - Não, com certeza, esse é um tema, também, muito caro pra mim. Eu sou vice-presidente da comissão de arbitragem na OAB São Paulo, e a gente estava discutindo um tema, justamente esse: a tal da jurisprudência arbitral. Enfim, nas nossas peças, nas nossas manifestações, vez ou outra nós fizemos referência a determinas sentenças arbitrais, mas o acesso não é fácil, né? Mas, por outro lado, isso é uma questão até mais desse nicho institucional, né? Mas há essa preocupação enorme de segurança jurídica porque não se sabe, né? Como é que um determinado tribunal vai julgar uma causa, sendo que há causas análogas

ou idênticas em curso, né? E isso é uma preocupação porque reflete inclusive nessa questão da escolha, por exemplo, de perito, né? De árbitros. Então, a gente também está tendo dificuldades porque meu cliente não quer que seja nomeado uma empresa que esteja conduzindo a perícia de outra arbitragem idêntica, de outras concessionárias. Uma empresa que já concluiu uma perícia ou está em vias de concluir uma perícia, num caso, se for nomeada pro meu caso, que é possível acontecer, como é que fica, essa empresa já está vinculada aquilo que ela concluiu nessa outra arbitragem? Então, a publicidade, ela é benéfica, mas ela acaba, por outro lado, vinculando ou não determinadas situações. E há casos em que há coincidência de árbitros, né? Pelo menos um dos membros no painel acaba se repetindo num outro caso e, enfim, temos que ver. Esse é o lado bom da publicidade, que acaba jogando luz e obrigando os árbitros a exercer adequadamente o dever de fundamentação. Nós sabemos de casos de arbitragens societárias que, possivelmente, haverá decisões diametralmente opostas.

Entrevistador - Doutor, a gente já até conversou sobre isso, no início, mas só pra gente complementar esse assunto. Eu gostaria que o Doutor falasse, a partir das suas experiências, se entende que nessas arbitragens junto ao poder público, esse risco de judicialização ou de nulidade do processo, decisão arbitral, é um aspecto que ainda pesa negativamente para o instituto?

Entrevistado - Eu acho que pesa. A minha experiência foi de uma cautelar preparatória, não havia previsão de árbitro de emergência. De fato, a gente tinha uma questão urgente, que precisava do socorro do judiciário até para constituir o tribunal. Não tive experiência de nenhuma anulatória, né? Mas, fato é que eu imagino que as decisões dos tribunais as quais eu estou envolvido, sempre mais preocupado, um pouco mais condescendente, com entes público, têm em mente esse risco de uma anulatória, né? Até porque os procuradores federais que atuam no caso quase sempre trazem determinadas atitudes que podem parecer procrastinatórias, até quando eles utilizam a máxima de "eu tenho ônus público eu tenho um dever público, e eu posso tomar uma improbidade se eu não fizer". E isso vale, por exemplo, esqueci de mencionar: qualquer árbitro que é indicado, nos casos de entes públicos, eles têm um questionário imenso de perguntas feitas para os árbitros, e esse questionário é padrão e é replicado em todos os casos em que o árbitro seja indicado. Então, é uma prática que eles têm, né? De prestar todo o tipo de informação. Então, respondendo à tua pergunta, eu acho que isso sim impacta nessas arbitragens público-privadas.

Entrevistador - Doutor, agora uma questão envolvendo custos. Eu sei que é uma questão muito objetiva, mas é mais aqui uma questão de opinião, mais para entender, pela visão do Doutor, que atua em processos arbitrais e judiciais, se entende que se esses custos arbitrais acabam sendo mais elevados na arbitragem que no poder judiciário estatal?

Entrevistado - Tá, certamente sim, né? Muito embora a perícia judicial também acabe saindo caro. A própria questão dos honorários e a inexistência de repartição, né? Basicamente, o que os entes públicos fazem é se utilizar, por via transversa, da prerrogativa de não pagar, né? De ser o requerido e não pagar as custas. Então, o requerente tem que antecipar, isso vale também para entes privados, né? Mas, acaba sendo bem mais caro e isso é um fator que, também, me preocupa, né? Inclusive escrevi e está sendo abordado no meu doutorado, também, porque você acaba mudando as regras do jogo e faz com que o concessionário tenha que provisionar ou estar preparado para uma briga, uma disputa, né? Com o dobro, literalmente, o dobro das custas que haveria se fosse uma briga contra outro ente e privado. E isso não faz sentido, né? Existem algumas legislações, acho que, se eu não me engano, é o decreto do Rio de Janeiro, né? Que estabelece que, pelo menos uma exceção, de que se o ente público ingressa com a arbitragem ele é obrigado a repartir, dividir as despesas. Então, assim, tem mecanismos para contornar isso, ou seja, basta você provisionar, você separar uma verba do orçamento, porque as arbitragens são realidades, né? E o ente público já é o principal *player* nos processos judiciais e nos próximos dez anos, de certo, vai ser o principal *player* nos processos de arbitragens também, né? A gente, ainda, está engatinhando. Mas, quer dizer, a gente já não está mais tão engatinhando, né?

Entrevistador - Doutor, a gente também já conversou um pouquinho antes sobre isso, mas vou questionar só pra a gente deixar registrado: o senhor já teve algum problema relacionado à questões do que poderia ou não ser submetido à arbitragem nesses setores de infraestrutura? Isso é, questões atinentes à arbitrabilidade objetiva, e se já teve algum receio relacionado à essa questão, isso é, essa indefinição das matérias em setores de infraestrutura que podem ser resolvidas por meio da arbitragem e o medo de uma eventual judicialização em virtude de se adentrar em temas indisponíveis.

Entrevistado - Sim, dois dos casos que eu atuo a gente teve argumentos suscitados pela parte contrária de que tais temas não eram arbitráveis. No segundo caso, inclusive, ainda está sob

judice e o tribunal deixou pra decidir na sentença final. Mas há, sim, uma questão nesse sentido e que costuma aparecer nas arbitragens com o poder público.

Entrevistador - Doutor, nos processos arbitrais envolvendo a administração pública, o senhor acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou ainda existe, ou já presenciou ou sentiu em algum momento, alguma postura mais favorável direcionada à parte pública?

Entrevistado - Não, na minha experiência, a atuação é a mesma independentemente da natureza jurídica das partes envolvidas. Por enquanto, eu não presenciei, não reparei nenhum tipo de direcionamento.

Entrevistador - E, Doutor, para a gente encerrar: na sua percepção, hoje, os árbitros, eles já entendem e já se portam respeitando as especificidades de uma arbitragem com a administração pública, ou o Doutor sente que eles atuam se fosse uma arbitragem entre dois entes privados? Se o Doutor entende que hoje já existe um cuidado com essas especificidades e, até mesmo, se é necessário esse cuidado, né? Na visão do Doutor.

Entrevistado – [*problemas de gravação que tornaram a parte inicial da resposta inaudível*] Acho que eles têm um certo cuidado, como eu disse, né? Acho que todos os tribunais hoje em dia estão bastante cautelosos e buscam evitar qualquer brecha para o risco de uma anulatória. Eu vejo que eles levam em consideração as especificidades, sim, mas não há diferença em termos de tratamento. A gente diferencia em termos de condução mesmo, e sempre estimulam que as partes tentem chegar a algum tipo de indicação consensual e por aí vai…

Entrevistador - Doutor Ricardo, eu vou só encerrar aqui a gravação

ANEXO X – RESPOSTAS DA ENTREVISTA REALIZADA COM PAULA BUTTI

Gmail

Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>

Entrevista/Questionamentos - Dissertação - Murillo Preve

Paula Butti <paulabutticardoso@gmail.com> 6 November 2022 at 17:45
To: Murillo Preve <murillopreve@gmail.com>

Caro Murilo, respostas abaixo.
Att.,

Em sex., 4 de nov. de 2022 às 11:47, Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> escreveu:

> Prezada Dra. Paula, bom dia. Tudo bem?
>
> Doutora Paula, inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.
>
> Nesse aspecto, e conforme conversamos via LinkedIn, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar junto à Doutora.
>
> Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor à Doutora).
>
> Caso a Doutora opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, a Doutora poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor à senhora para a entrevista?
>
> Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!
>
> 1) Doutora Paula, levando em consideração o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is) envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, que tiveram atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, a senhora considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais?

Temos exemplos de processos com duração razoável (como o caso Libra, que terminou em aproximadamente dois anos, colocando fim a uma dezena de ações judiciais que tramitavam há anos no poder judiciário, sem trânsito em julgado); e de processos que se prolongaram no tempo em decorrência de pedidos de parcelamento de custas de arbitragem (como o Caso Proteus, que durou aproximadamente 4 anos) ou em decorrência da perícia/dificuldades de formar equipe pericial (como o Caso Galvão, que teve início em 2018 e ainda está longe do final). Processos que extrapolam quatro anos não são desejáveis. O Decreto 10.025, de 2019, inclusive, coloca como limite para a duração das arbitragens um prazo de 48 meses. Ainda assim, considero que a celeridade é uma característica e vantagem do processo arbitral. **Maiores informações sobre os processos arbitrais citados podem ser encontradas no site da AGU.**

> 2) A Doutora tem conhecimento se algum processo ou decisão arbitral que teve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já foi judicializada/anulada? A senhora sabe o que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)?

No Caso Libra pendem de julgamento duas ações anulatórias. Os processos são públicos. A sentença parcial do Caso Galvão não foi contestada. Ainda está em curso prazo para ajuizamento de eventual ação anulatória contra a sentença proferida no Caso Proteus. **Maiores informações sobre os processos arbitrais citados podem ser encontradas no site da AGU.**

> 3) Quanto aos custos dos processos arbitrais envolvendo setores de infraestrutura, na visão da Doutora, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

Nos processos arbitrais já finalizados (Libra e Proteus) os custos da arbitragem somaram aproximadamente R$3milhões. O custo é alto, principalmente considerando a necessidade de desembolso num período de dois a quatro anos. Daí a necessidade do uso da arbitragem para casos em que efetivamente se trate do meio mais adequado para a resolução do conflito.

> 4) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? A senhora entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em optarem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

Não para ambas as perguntas. As arbitragens com a administração pública, até o momento, são arbitragens domésticas, e a opção pela arbitragem, me parece, vem da consolidação e prestígio do instituto no Brasil.

> 5) Nos processos arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, a senhora tem conhecimento se além da própria AGU, as câmaras e as demais partes dão devida publicidade ao procedimento e seus documentos? A Doutora entende que, de forma geral, a questão da publicidade dos atos da Administração Pública vem sendo respeitada nos processos arbitrais?

A questão da publicidade ainda precisa ser melhorada/amadurecida. Há câmaras (como a CCI) que se colocam à disposição para dar publicidade aos processos quando provocadas por qualquer interessado. Nenhuma câmara o faz sem provocação. As partes privadas ainda relutam em concordar com a publicidade total dos autos dos processos e, sempre que possível, solicitam que não sejam compartilhados os documentos que instruem as manifestações. A Portaria que regulamenta o credenciamento de câmaras junto à AGU requer que a Câmara credenciada respeite o princípio da publicidade. Entendo que a questão da publicidade apenas estará sendo totalmente respeitada quando as informações forem acessíveis ao público de modo prático e de maneira completa (como, por exemplo, com a disponibilização dos autos dos processos arbitrais nos sites das Câmaras).

> 6) De forma geral, nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, o núcleo se baseou único e exclusivamente no caso em análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Ainda nessa linha, a senhora entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões e arbitrais e o risco de decisões conflitantes pode ser um aspecto negativo do instituto?

De forma geral, nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que houve atuação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, o núcleo se baseou única e exclusivamente no caso em análise. Acredito que a ausência de uniformidade das decisões e arbitrais e o risco de decisões conflitantes é um risco assumido quando se opta pela arbitragem. Além disso, arbitragem é meio adequado de resolução de conflitos e deve ser usada para resolução de conflitos complexos e técnicos, o que faz com que o risco de decisões efetivamente conflitantes diminua, em razão das especificidades de cada caso concreto. Não considero um aspecto negativo, mas entendo que é um aspecto que torna a arbitragem meio absolutamente inadequado de resolução de conflitos para contratos padronizados.

> 7) Em algum momento, e muito em virtude dos setores de infraestrutura serem regulados, o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU enfrentou problemas relacionados à eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? A senhora já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o núcleo atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

Até o momento, não.

> 8) Nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, a Doutora acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou a Doutora acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

Acredito que há sim imparcialidade. As arbitragens têm sido julgadas de acordo com o que foi estabelecido nos contratos. Mas acredito que, em geral, árbitros especializados em direito administrativo possuem um olhar diferenciado sobre as controvérsias, sendo mais sensíveis a questões relevantes para a administração pública, quando comparados com árbitros que não possuem experiência em direito público.

> 9) Na sua percepção, nas arbitragens em que houve a participação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

Não. O que é correto. Uma arbitragem envolvendo a administração pública jamais poderá ser equiparada totalmente a uma arbitragem entre dois entes privados. Há especificidades de direito público que trazem um caráter diferenciado ao processo, o que, na minha experiência, tem sido respeitado não apenas pelos árbitros, mas por todos os envolvidos.

[Quoted text hidden]

De: [redacted]
Assunto: Re: Entrevista - Dissertação Murillo Preve
Data: 19 de setembro de 2022 11:54
Para: Murillo Preve murillopreve@gmail.com

BM

Oi Murilo.

Fiz algumas correções em caixa alta (abaixo). Por favor, corrija os erros de grafia tb. Estou digitando no celular e o autocorretor dificulta.

Antes de te responder sobre o anonimato, poderia explicar melhor como seria a citação?

Obrigado.

[redacted]

> On 19 Sep 2022, at 10:48, Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> wrote:
>
> [redacted], acuso o recebimento e agradeço imensamente a sua contribuição.
>
> Apenas gostaria de confirmar se poderemos manter o nome do professor público ou preferes que seja sigiloso?
>
> Um grande abraço!
>
> On Mon, 19 Sept 2022 at 00:08, [redacted] wrote:
>> Oi Murilo tudo bom?
>>
>> Por favor, dê uma olhada nas respostas abaixo. Se tiver mais alguma dúvida, me fale.
>>
>> Abraços !
>>
>> Bruno Megna
>>
>>> On 14 Sep 2022, at 11:23, Murillo Preve <murillopreve@gmail.com> wrote:
>>>
>>> [redacted], boa noite. Tudo bem?
>>>
>>> [redacted] inicialmente, aproveito para agradecer mais uma vez sua disponibilidade. Sua contribuição, não tenho dúvidas, enriquecerá (e muito) o meu trabalho.
>>>
>>> Nesse aspecto, e conforme conversamos via WhatsApp, envio abaixo os questionamentos que pretendo realizar ao Doutor. Como também já indiquei, esses podem ser respondidos tanto por escrito, quanto por uma videochamada (como ficar melhor ao Doutor). Caso o Doutor opte por este último meio, eu apenas solicitarei para gravar a reunião, como forma de que eu consiga, posteriormente, transcrever as respostas. Além disso, o Doutor poderia me indicar, caso opte por este último modelo, uma data e horário que ficaria melhor ao senhor para a entrevista?
>>>
>>> No mais, após a leitura das perguntas, gostaria que o Doutor confirmasse se preferirá que seu nome seja mantido em sigilo ou poderemos manter identificado. Caso o Doutor prefira que a entrevista se dê de modo anônimo, encaminharei, ainda esta semana, o termo de confidencialidade.
>>>
>>> Seguem abaixo os questionamentos. Sigo à disposição para qualquer dúvida e/ou esclarecimento!
>>>
>>> 1) Para fins de contextualização, gostaria que o senhor apontasse quantos foram, e descrevesse, em linhas gerais, respeitando a confidencialidade, o(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, em que tenha atuado como Advogado. Nos processos que se encerraram ou que estão em fase de encerramento, quais foram os resultados das arbitragens?
>>
>> ********** Participei de aproximadamente 9 procedimentos envolvendo infraestrutura como advogado, e em outros 4 como representante de amicus curiae ou terceiro interessado. Os resultados foram quase sempre de parcial procedência, a maioria em favor do requente. 3 casos encerraram com acordo. Os casos são públicos e estão disponíveis na internet (em: https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/)
>>
>>> 2) Em geral, qual foi ou está sendo o tempo de duração do(s) processo(s) arbitral(is), envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, em que o senhor atua/atuou como advogado? O senhor considera um tempo razoável? Destacaria a eventual celeridade como uma das características vantajosas dos processos arbitrais? Em geral, no(s) processo(s) institucionais que o

senhor atua/atuou, foram respeitados os prazos de regulamento para proferir sentença?

****** aproximadamente 4 anos em média; acho razoável sim, mas não acho que se possa dizer que é célere. Os prazos regulamentares são, sim, respeitados.

3) Algum do/dos processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua foi/é institucional? O senhor sentiu queq a câmara estava adaptada para processos arbitrais que envolvem a Administração Pública? O senhor teria algum apontamento nesse sentido?

****** Exceto por 2, todos os demais foram institucionais. As Câmaras estavam, sim, preparadas para lidar com a Administração Pública, até porque o procedimento em si pouco muda. A única ressalva seria quanto ao apoio à publicidade, que não é dado.

4) Em algum(ns) do(s) processo(s) arbitrais em que o senhor atuou/atua como árbitro, envolvendo *player(s)*do setor de infraestrutura, algum(ns) dos *players* envolvido(s) possuía atuação também no exterior? O senhor entende que o prestígio da arbitragem no exterior possa ter sido um fator que interferiu na decisão desse(s) *player(s)* em optarem pela resolução dos conflitos por meio da arbitragem?

****** Não atuei como árbitro. COMO ADVOGADO, nas arbitragens de que participei envolvendo partes estrangeiras, tenho impressão de que o estrangeiro considerou a arbitragem como um foro um pouco mais neutro que o judiciário, mas algo ainda muito caseiro, não "internacionalizado", dada a predominância de advogados e árbitros brasileiros.

5) Nos processos arbitrais em que o senhor atuou, envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já houve alguma sentença? Nesse caso, o senhor tem conhecimento se essa sentença foi devidamente publicizada e como se deu essa publicização? Eventuais outros documentos desses processos também foram publicizados? Se sim, quais?

***** Todas as sentenças, ordens PROCESSUAIS e termos de arbitragem das arbitragens de que participei estão disponíveis na internet (em: https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/)

6) Nas defesas técnicas elaboradas para os processos arbitrais em que o senhor atua/atuou, o senhor se baseou único e exclusivamente no caso em análise, ou buscou, de alguma forma, precedentes que enfrentaram temáticas semelhantes? Alguns desses precedentes eram sentenças arbitrais prévias? Foi de fácil acesso encontrar essas decisões arbitrais? Ainda nessa linha, o senhor entende que uma suposta ausência de uniformidade das decisões arbitrais pode ser um aspecto negativo do instituto?

**** A maioria dos casos de que participei foram, eles próprios, os primeiros procedimentos arbitrais a serem publicizados. Portanto, pouco havia o que procurar. Os precedentes que EXISTIAM eram, em resumo, só os judiciais.

7) Algum processo em que o senhor atua(ou), envolvendo *player(s)* do setor de infraestrutura, já foi judicializado/anulado? O que ocorreu, isso é, quais foram as razões que levaram eventual(is) processo(s)/decisão(ões) arbitral(is) ser(em) anulado(s)? O senhor entende que ainda hoje o risco de judicialização/nulidade de processo/decisão arbitral é um aspecto que pesa negativamente para o instituto?

**** Sim. Os casos foram judicializados em razão de afronta direta a expressos dispositivos da constituição federal. Acho que esses casos de desconhecimento de assuntos de ordem pública são o VERDADEIRO risco, não uma pretensa predisposição a ajuizamento de ações anulatórias frívolas (as quais, sinceramente, acho que são a minoria).

8) Respeitada a devida confidencialidade, o senhor tem ideia de qual é, em média, os custos de um processo arbitral? Na sua visão, esses custos acabam sendo mais elevados do que no poder judiciário estatal?

**** Os custos são, sim, maiores que os judiciais. Basta comparar a tabela de custas das câmaras com as do judiciário. A diferença é ainda maior quando uma parte é isenta de custas no judiciário, como é o caso dos entes públicos. Isso não quer dizer, porém, que seja necessariamente um custo injustificável. Os custos da FORMA se justificam pelos benefícios no julgamento do mérito, nos casos realmente adequados para arbitragem (em razao da profundidade da instrução e da

especialidade do julgador).

9) Em algum momento, e muito em virtude de os setores de infraestrutura serem regulados, o senhor enfrentou problemas relacionados à eventual insegurança na definição das matérias passíveis de serem submetidas ao processo arbitral? O senhor já teve receio de algum(ns) do(s) processo(s) arbitral(is) que o senhor atua(ou) ser(em) anulado(s) em virtude da indefinição das matérias que poderiam ser resolvidas por meio de arbitragem?

**** Nos casos de que participei, em que o próprio Poder Público é parte, esse tipo de problema é de preocupação é, sim, muito comum. Quando o caso se limita a reflexos patrimoniais, essa questão é reduzida. Porém, quando avança, essa questão é ampliada.

10) Nos processos arbitrais que envolvem a administração pública, o senhor acredita que existe, de forma geral, uma posição de imparcialidade dos árbitros, ou o senhor acredita que alguns árbitros adotam uma postura mais favorável e direcionada à parte pública ou à parte privada no litígio?

****** Acho que os árbitros são, em geral, imparciais. Às vezes, percebem-se preconceitos em relação à Administração Pública, mas isso ocorre também com membros do Poder Judiciário que não tenham muita experiência com gestão pública na prática. NÃO É UMA QUESTÃO DE PARCIALIDADE, MAS DE DIFERENÇAS DE EXPERIÊNCIA, INERENTE A QUALQUER JULGADOR.

11) Na sua percepção, nas arbitragens em que o senhor atuou, os árbitros têm se comportado, em geral, como se fosse uma arbitragem entre dois entes privados?

***** Já testemunhei as duas coisas, ou seja, árbitros zelosos pelo caráter público da parte, e outros que não fazem distinção alguma. Do ponto de vista de tratamento protocolar, tanto faz. O problema ocorre, porém, quando o árbitro, achando que está promovendo isonomia entre as partes, IGNORA A PRÓPRIA lei aplicável ao caso. Exemplifico: SE O ÁRBITRO NÃO SOUBER como funcionam os procedimentos orçamentários, PODE ACABAR solicitando providências QUE, EMBORA PLENAMENTE ATINGÍVEIS NA SUA FINALIDADE, DEVEM SE REVESTIR DE DETERMINADAS FORMALIDADES CUJO DESRESPEITO INVALIDA A DECISÃO; SE O ÁRBITRO DESCONHECER ESSES PROCEDIMENTOS, PODE ACABAR SE TORNANDO ELE PRÓPRIO UMA NOVA FONTE DE (DESNECESSÁRIOS!) CONFLITOS, EM VEZ DE UM PROMOTOR DE SOLUÇÕES.

--
Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942

--
Advogado no escritório de advocacia Schiefler Advocacia
Mestrando em Direito do Estado - Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC
Autor do Livro "Responsabilidade Civil do Estado pela exposição abusiva de investigados na mídia"
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Link do Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3957814255978171
Link do LinkedIn: www.linkedin.com/in/murillopreve
(48) 99997-5942