

PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Júlia Orlandini Alonso¹

Resumo: Este artigo pretende demonstrar a evolução legislativa e jurisprudencial a respeito da utilização da arbitragem como meio para solucionar de controvérsias envolvendo entes da Administração Pública. Pretende-se apontar as principais alterações trazidas pela Lei 13.129/2015 e as perspectivas de sua aplicação em relação aos princípios de direito administrativo.

Palavras-chave: Arbitragem. Arbitrabilidade. Administração Pública. Lei 13.129/2015.

Abstract: The following article intends to demonstrate the jurisprudential and legislative evolution concerning the use of arbitration to solve issues involving the Public Administration. It aims to show the main innovations brought by the Federal Law 13.129/2015 and the perspectives of its application related to public law principles.

Keywords: Arbitration. Arbitrability. Public Administration. Federal Law 13.129/2015

Sumário: 1.Introdução. 2.Arbitrabilidade no Brasil. 3.Breve histórico legislativo. 4.Arbitragem e Poder Público: disponibilidade vs. interesse público. 5.Um caso recente: Petrobrás vs. ANP. 6.Cláusulas exorbitantes e arbitrabilidade. 7.O princípio da publicidade vs. dever de sigilo. 8.Conclusão

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Administrativo Contemporâneo” da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1. Introdução

A Arbitragem corresponde a um meio alternativo de resolução de conflitos, sem jurisdição estatal, através do qual as partes elegem um terceiro que impõe uma decisão a ser cumprida pelas partes.²

Diante das novas formas de contratação e de fazer negócios, intrínsecas ao mundo globalizado em que vivemos, vários ramos do Direito vêm instituindo a arbitragem como meio de composição de litígios, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Isto porque a arbitragem corresponde a um meio adequado, que permite solucionar controvérsias de alta complexidade, com especialização técnica e de maneira célere e eficiente.

Embora a arbitragem seja aplicada à vários tipos de conflitos, por se tratar de um mecanismo privado de solução de litígios, passou-se a suscitar dúvidas quanto à possibilidade da Administração Pública submeter conflitos à arbitragem. O assunto rendeu muita polêmica e após longos debates, o tema foi firmado definitivamente através da Lei 13.129/2015, que autorizou expressamente a submissão do Poder Público à arbitragem, incluindo tanto o Estado quanto as sociedades de economia mista e as agências reguladoras.

Nesse contexto, o presente artigo pretende examinar as perspectivas da arbitragem envolvendo entes da Administração Pública. Será feita uma breve evolução legislativa até a consolidação do tema com o advento da Lei 13.129/2015, buscando refletir sobre a disponibilidade dos direitos em disputa e o conflito entre o dever de confidencialidade e o interesse público. Serão analisadas as principais características da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil a fim de concluir que o uso da arbitragem é um meio adequado para dirimir conflitos, e que sua aplicação pode atrair investimentos nacionais e internacionais para o desenvolvimento do país.

² A arbitragem – 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 – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. Atlas, 2012, p. 31)

2. Arbitrabilidade no Brasil

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes, ao celebrarem um contrato, inserem uma cláusula compromissória elegendo a arbitragem como mecanismo dirimir futuros conflitos que venham a existir em decorrência do negócio celebrado.

No entanto, não é todo e qualquer conflito que pode ser submetido à arbitragem. Para uma convenção de arbitragem ser válida deverá atender a critérios estabelecidos em lei. Assim, cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado designar as partes que podem firmar a convenção (“arbitrabilidade subjetiva”), bem como a matéria passível de submissão ao juízo arbitral (“arbitrabilidade objetiva”). A arbitrabilidade serve como baliza entre a autonomia da vontade e o interesse público.³

No Brasil, a arbitrabilidade é estabelecida pela Lei 9.306/1997, que determina os pressupostos a fim de que determinada disputa possa ser resolvida por arbitragem. O artigo 1º do referido dispositivo legal prevê a capacidade civil das partes como requisito para contratar. Isto porque, segundo o Código Civil, o negócio jurídico celebrado por indivíduo absolutamente incapaz é nulo e, se celebrado por relativamente incapaz, será anulável, nos termos dos artigos 166 e 171, inciso I.

Assim a capacidade de contratar é requisito de arbitrabilidade subjetiva. No Brasil a legislação atual confere às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público capacidade de se submeter à arbitragem. No âmbito da Administração Pública tanto as pessoas jurídicas de direito público (Estado e Autarquias) quando de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) podem celebrar contratos com cláusula compromissória.

Além disso, a arbitragem deverá versar apenas sobre matéria de direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva) sendo, portanto, vedada a arbitragem sobre direitos indisponíveis.

³ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: Nova Disciplina Normativa Após A Lei 13.129/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 49, p.103-126, abr/jun 2016.

3. Breve histórico legislativo

A arbitragem não é um método propriamente novo. O instituto já havia sido regulado pelo Código Civil de 1916, Código de Processo Civil de 1939, além do Código de Processo Civil de 1973. No entanto, historicamente sempre houve uma certa resistência quanto a esse instituto, visto que no Brasil os meios alternativos de solução de controvérsias eram vistos com certa desconfiança, sendo a jurisdição estatal preponderante e tida como a única maneira de solucionar controvérsias. Isso significa que a arbitragem nem sempre foi considerada um método adequado, e por muito tempo foi preterida em relação Poder Judiciário, tendo inclusive Pontes de Miranda criticado com veemência o juízo arbitral, tendo o qualificado como “primitivo” e “regressivo”.⁴

Com o passar do tempo, ficou demonstrado que os meios alternativos de litígio, a despeito do que os tradicionalistas imaginavam, são muito eficientes e competentes para solucionar determinados tipos de controvérsias, contribuindo para “desafogar” o volume de demandas perante o Poder Judiciário. Por esta razão, até as vozes mais tradicionais tiverem que ceder e reconhecer os benefícios que esses métodos propiciam para todo o país.

Lentamente a arbitragem passou a ser implementada no Brasil, tendo sido nos últimos tempos suscitada a possibilidade de sua aplicação em disputas envolvendo o Estado. O tema foi pela primeira vez discutido no emblemático “Caso Lage” julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1973⁵.

Esse caso se arrastou por mais de trinta anos e teve origem no Decreto Lei nº 4.648/42, que permitiu, sob estado de guerra de 1942, a incorporação de bens e direitos das empresas da Organização Lage ao patrimônio nacional. Dessa forma, empresas de navegação, portos e estaleiros pertencentes à Organização Lage passaram a integrar o patrimônio da União.

O Presidente da República à época, determinou a instauração de tribunal arbitral a fim de dirimir as questões atinentes a fixação do valor da

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 1-3.

⁵ STF, AI nº 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJU 15.02.1973

indenização devida pelo Estado pela incorporação. Após o laudo arbitral ter sido proferido, sobreveio parecer do Procurador Geral da Fazenda Nacional questionando a constitucionalidade do juízo arbitral. O caso chegou ao Supremo Tribunal em 1973, que reconheceu a constitucionalidade do arbitramento de controvérsia envolvendo o Poder Público.

Mais adiante, com o advento da Lei 9.307/1996, verdadeiro marco constitucional, a arbitragem no Brasil foi devidamente disciplinada, e passou a ser utilizada com mais força pelos operadores do direito.

A Lei 9.307/1996, em seu artigo primeiro dispôs que as pessoas capazes de contratar poderiam valer-se da arbitragem em litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Dada a redação genérica desse dispositivo, parte da doutrina entendia que, em tese a Administração Pública não estaria impedida de buscar o juízo arbitral em lugar do Poder Judiciário.

Outra parte da doutrina argumentava no sentido de que incide sobre a Administração Pública o regime de direito público, o que requer necessariamente a adoção de princípios relevantes, tais como a supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Dessa forma, o Estado enquanto representante da coletividade, em razão do interesse público, não lhe seria permitida a transação, sendo vedado o uso de convenção de arbitragem.

O que se verificou na prática, é que embora a Lei 9.307/1996 não fosse clara quanto ao uso da arbitragem pela Administração Pública, diversos diplomas legais específicos trouxeram essa autorização. A exemplo podemos citar a Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), que criou a ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), bem como a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações). Esses diplomas legais já estabeleciam a arbitragem internacional nos contratos de concessão celebrados entre as agências reguladoras e os concessionários, o que passou a constar dos editais e contratos de concessão celebrados pela ANP e pela Anatel.⁶

⁶ WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. Revista do Advogado: Contratos com o Poder Público, São Paulo, nº. 107, p.33-43, 01 dez. 2009.

Mais tarde, a Lei nº 11.079/2004, que disciplinou as parcerias público-privadas, dispôs em seu artigo 11, inciso III a possibilidade do uso da arbitragem como meio de resolução de litígios oriundos de contratos dessa natureza.⁷

Na sequência, a Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/1995) foi alterada pela Lei 11.196/2005 que, por sua vez, através da inclusão do artigo 23-A estabeleceu que os contratos de concessões poderiam utilizar a arbitragem para dirimir conflitos, exigindo expressamente que o procedimento deveria ser realizado no Brasil e em língua portuguesa.

Verifica-se, assim, que com o advento de novas formas de contratação com a Administração Pública, tais como a parceria público-privada (PPP) e as concessões, se fez necessária a aplicação de fórmulas mais flexíveis e eficientes, que melhor se adequassem a essa nova realidade:

A evolução da própria gestão pública deu ensejo a novas formas de administração, que exigiam um novo direito. Entendeu-se, assim, que era necessário modificar a estrutura do Estado para torná-lo mais modesto, para que fosse mais eficiente. (WALD. Arnaldo.2014, p.2.)

Diante dessa nova realidade, com o advento da Lei 13.129/2015, o art. 1º, parágrafo 1º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) passou a vigorar da seguinte forma: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. ”

Esse dispositivo pacificou toda e qualquer discussão acerca da arbitrabilidade subjetiva das entidades da Administração, direta ou indireta. Dessa forma, todas as esferas administrativas podem submeter-se a um processo arbitral.

⁷ O art. 11, inciso III da Lei 11.079/2004 estabelece:

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.

4. Arbitragem e Poder Público: disponibilidade vs. interesse público

Superada a discussão relativa aos sujeitos que poderiam firmar cláusula compromissória (arbitrabilidade subjetiva), passou-se a discussão sobre quais matérias podem ser submetidas à arbitragem quando algum ente da Administração Pública está envolvido no litígio (arbitrabilidade objetiva).

Para SELMA LEMES dentro do âmbito do direito público há questões que dizem respeito à direitos indisponíveis, e outras em que ao Estado “é autorizado margem de negociação que não agrida, ou conflite com o interesse público.”⁸

Ou seja, direitos patrimoniais disponíveis estarão presentes em contratos com a administração pública direta e indireta quando não versarem sobre a atividade-fim (objeto público propriamente dito), mas apenas e tão somente sobre a atividade-meio.

A doutrina estabelece duas categorias de interesses públicos. EDUARDO GREBLER conceitua o interesse público primário como sendo aquele voltado para a satisfação finalística dos interesses do próprio Estado, que são indisponíveis. Já os interesses secundários são meramente instrumentais, são destinados a satisfação dos interesses primários e constituem relações patrimoniais, e por isso são considerados disponíveis.⁹

A Lei 13.129/2015 se refere de forma expressa aos direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles que o Estado pode dispor livremente, como por exemplo a discussão sobre a realização de uma obra. No entanto, a norma não incluiu os direitos indisponíveis, sendo vedado ao Estado submeter à arbitragem questões relacionadas ao direito penal, por exemplo.

⁸ Verifica-se, assim, que no campo do direito público, no direito administrativo, questões há que, ou são de direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império (*ius imperium*), e outras no campo do direito privado (*ius gestionis*), em que lhe é autorizado margem de negociação que não agrida, ou conflite com o interesse público. (LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público - perspectivas. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, p.997-1012, 2014.)

⁹ GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. RArb 2/60-72, São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 2004.

No que tange a arbitragem envolvendo a administração pública prevalece o critério da livre disponibilidade associado ao critério da patrimonialidade, conforme trazido pelo art. 1º, parágrafo 1º, da Lei 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem. Antes da reforma da lei, esse critério já vinha sendo adotado pela jurisprudência, mais notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça, que em diversas oportunidades se posicionou a favor da arbitrabilidade de disputas envolvendo os entes públicos.¹⁰

A título de exemplo podemos citar decisão do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no REsp 904813/PR. A Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS ajuizou ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral em face de Consórcio Carioca Passarelli. A Autora alegou que a arbitragem não estava prevista no edital de licitação, que o interesse público envolvido era indisponível, e que houve descumprimento dos requisitos legais para a instauração de uma arbitragem válida.

O caso chegou ao STJ, que reconheceu a validade de cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. Entendeu que a matéria objeto de controvérsia entre as partes, qual seja a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, é “de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.”¹¹

Nessa decisão o STJ foi além, afirmando que a submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária, e que sua atitude posterior de tentar impugnar esse ato constitui má-fé e prejudica o interesse público de resolver o litígio de maneira mais célere. Ao final, o STJ decidiu que o Tribunal Arbitral deveria solucionar a controvérsia.

5. Um caso recente: Petrobrás vs. ANP

¹⁰ MONTEIRO, André Luís. Algumas Questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: Princípio da Competência-Competência, Arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 57, p.57-98, abr. - jun. 2018.

¹¹ STJ, REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 28/02/2012.

A ANP, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, que é uma agência reguladora e, portanto, pessoa jurídica de direito público integrante da administração pública indireta, celebrou contrato de concessão com a Petrobrás, sociedade de economia mista, para exploração, desenvolvimento e produção de gás natural e petróleo.

Após dezesseis anos de vigência do contrato, a ANP editou uma Resolução que alterou as condições de execução e pagamento em relação aos direitos de participação e exploração, de modo a aumentar a arrecadação dos entes públicos.¹²

Diante disso, a Petrobrás apresentou requerimento de arbitragem contra a ANP perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, tendo em vista a cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes. A Petrobrás requereu a declaração de nulidade da Resolução da ANP perante o Tribunal Arbitral, e simultaneamente ingressou com medida cautelar no Poder Judiciário requerendo a suspensão dos efeitos da Resolução até o final do procedimento arbitral. A medida cautelar foi concedida em primeira instância, e posteriormente revogada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Dessa forma, o tribunal arbitral decidiu por aguardar a decisão sobre o pedido cautelar. Então, a ANP ajuizou ação judicial pleiteando a anulação da convenção de arbitragem, alegando que a matéria correspondia a direito indisponível e seria inarbitrável. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, a ANP apelou e também requereu medida cautelar perante o Tribunal para suspensão da arbitragem até o julgamento do recurso de apelação. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por sua vez, concedeu a liminar para suspender a arbitragem até que a apelação fosse julgada. Em sua decisão o Tribunal afirmou que “a matéria objeto da RD 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora,

¹² MONTEIRO, André Luís. Algumas Questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: Princípio da Competência-Competência, Arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 57, p.57-98, abr. - jun. 2018

configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitral”.

Na sequência a Petrobrás suscitou conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, que após julgamento definitivo, reconheceu a competência do Tribunal Arbitral para julgar a causa.

O STJ ao julgar o conflito de competência reconheceu a: “convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.”¹³

6. Cláusulas exorbitantes e arbitrabilidade

Cláusulas exorbitantes são dispositivos contidos em contratos administrativos, que conferem ao Poder Público, em decorrência da sua posição de supremacia, certos privilégios e garantias.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁴ em contratos de direito privado as cláusulas exorbitantes seriam consideradas ilícitas, visto que elas conferem prerrogativas a uma das partes em detrimento da outra, evidenciando a supremacia da Administração sobre os particulares.

Nesse sentido, embora a polêmica em relação a arbitrabilidade de entes públicos em relação a direitos disponíveis tenha sido pacificada pela Lei 13.129/2015, surge a dúvida em relação a arbitrabilidade de questões envolvendo ato administrativo e cláusulas exorbitantes.

No que tange a submissão à arbitragem de contratos administrativos que possuem cláusulas exorbitantes, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO considera que: “

¹³ STJ, CC 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 10/11/2017.

¹⁴ São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 13 ed., Editora Atlas: São Paulo, 2001, p. 256).

arbitragem estaria excluída, apenas e tão somente, no que tange a controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes do respectivo contrato¹⁵”.

Segundo JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, a Administração Pública não pode dispor de seu direito de arguir ou não incidência de cláusula exorbitante em contrato administrativo, de modo que estamos diante de um direito indisponível, e por consequência, inarbitrável.¹⁶

No mesmo sentido, SELMA LEMES considera que:

Não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de rever seu objeto e escopo...”. (LEMES, Selma. 2007, p.144)

Dessa forma, é possível concluir que dispor sobre cláusulas exorbitantes em contrato administrativo configura direito indisponível da Administração Pública. No entanto, os reflexos patrimoniais advindos das cláusulas exorbitantes, bem como os eventuais prejuízos sofridos pelo particular e a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato poderiam ser objeto de arbitragem, por serem direitos patrimoniais disponíveis. A cláusula exorbitante em si é matéria inarbitrável, enquanto os reflexos patrimoniais oriundos desta cláusula seriam plenamente arbitráveis.

¹⁵ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 1, v. 1, 2004. p. 23-24. Disponível em: [www.kluwerarbitration.com]. Acesso em: 17.07.2018

¹⁶ “As controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva” PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 1, v. 1, 2004. p. 18. Disponível em: [www.kluwerarbitration.com]. Acesso em: 17.07.2018

7. O princípio da publicidade vs. dever de sigilo

Outro tema importante em relação ao arbitramento dos conflitos envolvendo a Administração Pública é o conflito entre o princípio constitucional da publicidade dos atos públicos e o dever de confidencialidade da arbitragem.

O princípio da publicidade está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal que estabelece que: “ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. Este princípio também está contemplado em dispositivos constitucionais específicos que dispõem sobre o direito à informação, tais como no artigo 5º, XXXIII, XXXIV “b”, e LXXII.

O sigilo, por sua vez, é tratado pelas Constituição apenas na parte final do artigo 5º, inciso XXIII, que deverá ocorrer apenas quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A lógica que orienta o princípio da publicidade é o interesse público, que impõe a necessidade de transparência dos atos praticados pela Administração, a fim de que a coletividade possa aferir se a atividade administrativa está sendo bem ou mal conduzida.

Nesse sentido, imperioso mencionar o emblemático “Caso Guggenheim” julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon R. Guggenheim celebraram contrato com cláusula compromissória de arbitragem a ser administrada pela Câmara de Comércio Internacional em Londres. Essa cláusula incluía o item “h”, que impunha o dever de sigilo da arbitragem¹⁷.

Isto posto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a nulidade da cláusula compromissória, por vislumbrar uma “colisão com os princípios esculpidos na Constituição em torno da administração pública que tem como um dos seus pilares o princípio da publicidade, estabelecendo que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os

¹⁷ TJRJ, AI nº 7.839/2003, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j. 26.5.2003, DOR 30.5.2003.

administrados tomem conhecimento do que os administradores estão realizando”.¹⁸

Observa-se que por muito tempo a confidencialidade era considerada característica inerente à arbitragem. Considerava-se que o dever de sigilo abarcava não só às partes, mas também às testemunhas, documentos, laudos, peritos e árbitros envolvidos no procedimento¹⁹.

Em um cenário como este seria impossível admitir a utilização da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo o Estado, pois o dever de sigilo intrínseco à arbitragem representaria manifesta violação do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos.

Embora a matéria ainda não esteja pacificada, a maioria da doutrina vem abandonando esta ideia de sigilo absoluto nos procedimentos arbitrais. Para LUIZ OLAVO BAPTISTA, a confidencialidade não figura como atributo essencial da arbitragem, sendo na verdade uma qualidade acessória dela, ficando a dimensão do que é ou não confidencial sujeito as normas aplicáveis a ela.²⁰ Ainda nesse sentido, SELMA LEMES afirma que “na arbitragem o sigilo é uma faculdade e não um dever; portanto, se as partes quiserem ou se houver necessidade imposta por lei (questões públicas) o sigilo poderá ou não ser mantido.”²¹

Segundo JOSÉ ANTONIO FICHTNER quando entes públicos são partes do procedimento arbitral o interesse público é uma exceção ao dever de confidencialidade na arbitragem.²² Afirma que mesmo havendo convenção expressa entre as partes, o dever de confidencialidade não obstará a participação dos entes públicos na arbitragem, visto que o sigilo deverá ceder ao princípio da constitucional da publicidade dos atos da Administração

¹⁸ TJRJ, AI nº 7.839/2003, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j. 26.5.2003, DOR 30.5.2003.

¹⁹ CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 25, abr-jun 2010, pp. 43-70.

²⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Almedina, Coimbra, 2012 p. 197.

²¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviço Público - Perspectivas. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, set. 2014, p.1012.

²² FICHTNER, José Antonio. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. Revista de Direito Privado, v. 49, mar. 2012, p.227-285.

Pública, e os atos deverão ser disponibilizados ao público, tal como ocorre no processo judicial.

A Lei nº 9.307/96, limitou-se a tratar do assunto da confidencialidade apenas em relação aos árbitros, dispondo em seu artigo 13, parágrafo 6º que “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

Observa-se que a Lei de Arbitragem brasileira não instituiu qualquer obrigação de confidencialidade às partes ou à terceiros, mas regulou apenas e tão somente a atuação dos árbitros.

Diante do silêncio da Lei nesse sentido, as câmaras arbitrais passaram a tratar da questão em seus regulamentos, estabelecendo, em sua maioria, que a confidencialidade não é intrínseca à arbitragem.

Podemos citar como exemplo o Enunciado 2 da Resolução Administrativa 09/2014 da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), que estabelece que “[o]s procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública deverão respeitar o princípio constitucional da publicidade, salvo nas hipóteses em que as informações relacionadas à disputa classificarem-se como de caráter sigiloso, nos termos da legislação aplicável”.

23

A Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) também prevê em seu regulamento, no item XII, regras referentes à publicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo entes públicos²⁴. O item 12.2 do regulamento estabelece que a CAMARB divulgará em seu site a existência do procedimento, bem como os nomes das partes, mas não divulgará documentos a respeito do procedimento, cabendo às partes a divulgação dos mesmos. Estabelece ainda, no item 12.5 que a CAMARB está autorizada pelas partes e árbitros a divulgar em seu site a sentença, suas publicações e materiais acadêmicos.

²³ CCBC. Resolução Administrativa N. 09/2014: Arbitragens que envolvem a Administração Pública Brasileira. 2014. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>>. Acesso em: 08 ago. 2018

²⁴ CAMARB. Regulamento de Arbitragem. 2017. Disponível em: <<http://camarb.com.br/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Dessa forma, como pode se extrair das normas brasileiras, não se vislumbra qualquer impedimento para que partes abram mão da confidencialidade, uma vez que não há qualquer lei que estabeleça a obrigatoriedade da confidencialidade ou sigilo da arbitragem, sendo, portanto, possível a compatibilização da arbitragem com o princípio constitucional da publicidade.

8. Conclusão

Verifica-se que a legislação vem ampliando a arbitrabilidade, reforçando o instituto da arbitragem no Brasil. As novas formas de contratar com a Administração Pública, segundo WALD²⁵, possibilitaram o desenvolvimento de um “direito administrativo dos negócios”, resultante dos contratos envolvendo entes públicos e empresas privadas com o objetivo de prestação de serviços e investimento em infraestrutura.

A alteração trazida pela Lei 13.129/2015 admitiu expressamente a utilização da arbitragem pelo Estado para dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Tal norma refletiu o entendimento da jurisprudência brasileira, que já vinha apresentando posição favorável nesse sentido. Pretendeu-se demonstrar que a arbitragem no âmbito público é um meio adequado, dotado de segurança jurídica, celeridade e credibilidade, e que sua aplicação não implica em comprometimento dos princípios administrativos. Verificou-se que é possível uma convivência harmoniosa entre o princípio da indisponibilidade do direito público e o direito patrimonial disponível da Administração Pública, e que a arbitragem envolvendo esses direitos não fere o interesse público.

²⁵ “Finalmente, ao lado do direito tradicional, desenvolveu-se o direito administrativo dos negócios, ou direito administrativo empresarial, em virtude da sua progressiva comercialização, com uma nova forma de relacionamento de parceria, que se criou entre as agências reguladoras e as empresas privadas, em todos os países.” (WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 4, 2012, p. 1159-1186)

Referências bibliográficas

BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Almedina, Coimbra, 2012 p. 197.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. Atlas, 2012, p 1-3, 31.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 25, abr-jun 2010, p. 43-70.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 13 ed., Editora Atlas: São Paulo, 2001, p. 256.

FICHTNER, José Antonio. A Confidencialidade na Arbitragem: Regra Geral e Exceções. Revista de Direito Privado, v. 49, mar. 2012, p.227-285.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. RArb 2/60-72, São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 2004.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviço Público - Perspectivas. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, set. 2014, p. 997-1012.

MONTEIRO, André Luís. Algumas Questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: Princípio da Competência-Competência, Arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 57, p.57-98, abr. - jun. 2018

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 1, v. 1, 2004. p. 23-24. Disponível em: [www.kluwerarbitration.com]. Acesso em: 17.07.2018

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 1, v. 1, 2004. p. 18. Disponível em: [www.kluwerarbitration.com]. Acesso em: 17.07.2018

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: Nova Disciplina Normativa Após A Lei 13.129/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 49, abr/jun 2016, p.103-126.

WALD, Arnaldo. As concessões e a arbitragem. Revista do Advogado: Contratos com o Poder Público, São Paulo, nº. 107, p.33-43, 01 dez. 2009.

WALD, Arnaldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 4, 2012, p. 1159-1186