

ORGANIZADORES
AMANDA ATHAYDE
MARIA AUGUSTA ROST
ALINE RANGEL
GABRIEL SPILLARI

ARBITRAGEM

TEORIA, PRÁTICA E AMBIENTE REGULADO

2024



Organizado por:
Amanda Athayde
Maria Augusta Rost
Aline Rangel
Gabriel Santana Spillari

Arbitragem: Teoria, Prática e Ambiente Regulado

Volume I (2024)

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Brasília

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A664 Arbitragem [recurso eletrônico] : teoria, prática e ambiente regulado / organizado por: Amanda Athayde ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024.
134 p. : il.

Inclui bibliografia.
Modo de acesso: World Wide Web.
ISBN 978-85-87999-18-4.

1. Arbitragem. 2. Direito - Estudo e ensino. I. Athayde, Amanda (org.).

CDU 34

Heloiza dos Santos - CRB 1/1913

Sumário

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	7
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES.....	9
APRESENTAÇÃO	13
CONSENSUALISMO E DISPUTE BOARDS: O QUE A EXPERIÊNCIA RECENTE DA ANTT PODE SINALIZAR DE TENDÊNCIA PARA O FUTURO?	18
<i>Amanda Athayde.....</i>	<i>18</i>
<i>Cynthia Ruas.....</i>	<i>18</i>
<i>Maria Augusta Rost.....</i>	<i>18</i>
(I) ARBITRAGEM E PROCEDIMENTO	29
OS DESDOBRAMENTOS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	30
<i>Fernanda Hellen Santana de Mesquita</i>	<i>30</i>
ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO DO INSTITUTO MILENAR NA CULTURA BRASILEIRA.....	37
<i>Lucas Araujo de Castro</i>	<i>37</i>
O PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA (KOMPETENZ-KOMPETENZ) EM ARBITRAGEM. UMA INTRODUÇÃO QUANTO A SUA PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
<i>Caio Figueiredo Diniz.....</i>	<i>42</i>
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO.....	48
<i>Lyandra Souza de Luccas</i>	<i>48</i>
DO DEVER DE REVELAR AO ÔNUS DE CONHECER: AS DUAS FACES DA CONFIANÇA DEPOSITADA NOS ÁRBITROS	55
<i>Vinicius de Lara Ribas.....</i>	<i>55</i>
PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM	61
<i>Livia Henriques Vasconcelos de Paiva.....</i>	<i>61</i>
A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A AUTONOMIA JURÍDICA DAS TRANSNACIONAIS: PROCESSO ARBITRAL COMO BASE DA AUTONOMIA JURÍDICA DA COMUNIDADE MERCANTIL	69

<i>João Victor Caribé da Costa Carvalho</i>	69
O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM ENTRE INVESTIDORES E ESTADOS: UMA ANÁLISE DO CASO PYRAMIDS OASIS PROJECT.....	76
<i>Roney Olímpio Barbosa Junior</i>	76
(II) ARBITRAGEM TEMÁTICA.....	86
ARBITRAGEM NO TCU: CONTROLE EXTERNO, EVOLUÇÃO E ADESÃO.	87
<i>Suelen de Lima Rocha</i>	87
O PROBLEMA DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL: A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	93
<i>Rafaela Krauspenhar</i>	93
CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM.....	98
<i>Ana Livia Nazário da Silva</i>	98
DIREITO NO AGRONEGÓCIO E SUAS LIGAÇÕES COM A ARBITRAGEM	105
<i>André Eduardo Rocha de Oliveira</i>	105
ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO AGRONEGÓCIO	111
<i>André Peyneau Curcio</i>	111
ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS	116
<i>Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro</i>	116
ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES E ESTADO DA ARTE	123
<i>Rafael Luís Müller Santos</i>	123
(III) ARBITRAGEM SETORIAL.....	129
REGIME DE DIREITO PÚBLICO MITIGADO E O CASO PETRA ENERGIA S.A. X ANP: UM ESTUDO CRÍTICO	130
<i>Lucas Jobim Santi</i>	130
ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO: A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA.....	136
<i>Marcela de Marchi Dias</i>	136

**ARBITRAGEM E ANATEL: A APLICAÇÃO DO MÉTODO NO SETOR PÚBLICO DE
TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL.....143**

Beatriz Carvalho Wolski..... 143

SOBRE OS ORGANIZADORES

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Maria Augusta Rost é Advogada. Sócia Fundadora do escritório Fenelon, Barretto e Rost Advogados. Autora da obra "Arbitragem como Política Pública". Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (2018). Especialização em Regulação e Economia pela FGV (2022). Especialização em Processo Civil nos Tribunais Superiores pelo Centro Universitário de Brasília (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2006). Chefe de Gabinete do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2015). Sócia do escritório Justen, Pereira, Oliveira Talamini (2011 - 2015). Assessora Especial do Secretário Executivo do Ministério da Justiça (2010). Assessora do Desembargador José Laurindo no Tribunal de Souza Netto no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2009). Representante legal no escritório Nabas Legal Consultancy em Londres, Reino Unido (2008 - 2009). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem: CBAr. Listada como árbitra em diversas Câmaras. Professora de Online Dispute Resolution do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP (2022). Professora de Arbitragem do Instituto Brasiliense de

Direito Público IDP (2019). Coordenadora de programa de arbitragem doméstica e internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília UnB (2016 2017). Professora voluntária da disciplina de arbitragem na Universidade de Brasília UnB - enfoque nos procedimentos com a Administração Pública (2024). Membro da rede Womens Leadership Network Program da Universidade de Columbia, NYC.

Aline Rangel é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - PPGD/UnB, pós-graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP. É servidora pública no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Gabriel Santana Spillari é estudante de Direito na Universidade de Brasília - UNB. Pós-graduando em Direito Aeronáutico na Faculdade Unyleya. Graduado em nível tecnológico no curso de Gestão de Serviços Jurídicos e Notarias pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito Privado e em Direito Público pelo Instituto Legale. Possui interesse nas áreas de Direito Comercial, Direito Empresarial, Mercado de Capitais, Aviação e Setor Aéreo. Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Aline Rangel é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília - PPGD/UnB, pós-graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP. É servidora pública no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Ana Livia Nazário da Silva é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

André Eduardo Rocha de Oliveira é graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Atua como estagiário no Escritório Franceschini Oliveira Advogados Associados. Monitor de Teoria Geral do Estado, sob a docência do professor Menelick de Carvalho Netto.

André Peyneau Curcio é graduando em Direito na UnB e estagiário de Comércio Exterior no escritório Barral, Parente e Pinheiro Advogados.

Beatriz Carvalho Wolski é graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.

Caio Figueiredo Diniz é natural de Belo Horizonte, Minas Gerais. Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Com mobilidade acadêmica ANDIFES na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Cynthia Ruas é Especialista em Regulação da ANTT - Direito, desde 2013. Atualmente, é Chefe de Gabinete e Superintendente Substituta da Superintendência de Concessão da Infraestrutura. Já ocupou cargos na ANTT de Coordenadora Substituta de Defesa da Concorrência, Coordenadora de Relações Internacionais, Gerente de Relacionamento Internacional e com o Mercado, Gerente de Regulação Aplicada e Superintendente Executiva Interina. Anteriormente, teve experiências profissionais em direito da concorrência no CADE e no Trench Rossi Watanabe, com ênfase em carteis e leniências. É advogada e detém pós-graduação em Direito do Estado e MBA em Economia Comportamental.

Fernanda Hellen Santana de Mesquita é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Gabriel Santana Spillari é estudante de Direito na Universidade de Brasília - UNB. Pós-graduando em Direito Aeronáutico na Faculdade Unyleya. Graduado em nível tecnológico no curso de Gestão de Serviços Jurídicos e Notarias pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito Privado e em Direito Público pelo Instituto Legale. Possui interesse nas áreas de Direito Comercial, Direito Empresarial, Mercado de Capitais, Aviação e Setor Aéreo. Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

João Victor Caribé da Costa Carvalho é graduando em Direito na Universidade de Brasília e estagia no 13º gabinete, do Desembargador Federal Eduardo Martins, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Livia Henriques Vasconcelos de Paiva é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Lucas Araujo de Castro é aluno da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Membro do grupo de estudos de direito empresarial e arbitragem da UnB.

Lucas Jobim Santi é aluno da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Estagiário no Santiago Meneses & Oliveira Advocacia.

Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Lyandra Souza de Luccas é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Marcela de Marchi Dias é estudante da Graduação de Direito da UnB e cursa o 5º semestre. Estagia atualmente na Assessoria da Diretoria (ASD) da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Maria Augusta Rost é Advogada. Sócia Fundadora do escritório Fenelon, Barretto e Rost Advogados. Autora da obra "Arbitragem como Política Pública". Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (2018). Especialização em Regulação e Economia pela FGV (2022). Especialização em Processo Civil nos Tribunais Superiores pelo Centro Universitário de Brasília (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2006). Chefe de Gabinete do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2015). Sócia do escritório Justen, Pereira, Oliveira Talamini (2011 - 2015). Assessora Especial do Secretário Executivo do Ministério da Justiça (2010). Assessora do Desembargador José Laurindo no Tribunal de Souza Netto no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2009). Representante legal no escritório Nabas Legal Consultancy em Londres, Reino Unido (2008 - 2009). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem: CBAr. Listada como árbitra em diversas Câmaras. Professora de Online Dispute Resolution do Instituto Brasileiro de Direito Público IDP (2022). Professora de Arbitragem do Instituto Brasileiro de Direito Público IDP (2019). Coordenadora de programa de arbitragem doméstica e internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília UnB (2016 2017). Professora voluntária da disciplina de arbitragem na Universidade de Brasília UnB - enfoque nos procedimentos com a Administração Pública (2024). Membro da rede Womens Leadership Network Program da Universidade de Columbia, NYC.

Rafael Luís Müller Santos é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Rafaela Krauspenhar é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Roney Olímpio Barbosa Júnior é graduando em Direito na Universidade de Brasília.

Suelen de Lima Rocha é graduanda em Direito na Universidade de Brasília.

Vinicius de Lara Ribas é estudante de Direito na Universidade de Brasília. Sociólogo e Cientista Político, Mestre em Ciência Política e Doutor em Ciência Política pela

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com a tese “Dinâmicas e Formatos dos Sistemas Partidários Estaduais Brasileiros (1982-2018)”, defendida em 2020. É Coordenador-Geral da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, desde 2023. E-mail: viniciusdelaribas@gmail.com.

APRESENTAÇÃO

Amanda Athayde

Maria Augusta Rost

Aline Rangel

Gabriel Santana Spillari

A arbitragem tem se consolidado como um dos principais mecanismos de resolução de conflitos, destacando-se, pelo menos em teoria, por sua eficiência, celeridade e especialização. Em um cenário globalizado, onde as disputas comerciais se tornam cada vez mais complexas, o aprofundamento no estudo da arbitragem fortalece a confiança nesse método alternativo, que desempenha um papel crucial na promoção da justiça e na redução da sobrecarga do Poder Judiciário. Em descompasso com sua crescente importância, os cursos de graduação em Direito no Brasil tipicamente ainda não contam com uma disciplina específica para tratar desse assunto.

É nesse contexto de busca por suprir uma lacuna na formação jurídica dos alunos na Universidade de Brasília (UnB) que se insere a oferta da disciplina de graduação Prática e Atualização do Direito “Arbitragem: Teoria, prática e ambiente regulado”, ministrada no primeiro semestre de 2024, pelas Professoras Amanda Athayde e Maria Augusta Rost, com suporte dos monitores Aline Rangel e Gabriel Santana Spillari. Ao final do curso, os discentes apresentaram artigos sobre temas relacionados ao conteúdo apresentado ao longo do semestre e, aqueles selecionados, passaram a integrar a presente coletânea.

Esta coletânea seguirá a estrutura da disciplina ofertada na UnB, dividida em três eixos principais: Arbitragem e Procedimento, Arbitragem Temática e Arbitragem Setorial.

(I) Arbitragem e Procedimento

A parte I da disciplina Prática e Atualização do Direito “Arbitragem: Teoria, prática e ambiente regulado”, ministrada pelas Professoras Amanda Athayde e Maria Augusta Rost, teve por objetivo apresentar e discutir Arbitragem e Procedimento. Para cada assunto, foram convidados professores com ampla bagagem teórica e prática para expor os temas e fomentar as discussões. As três aulas iniciais foram conduzidas pelas

professoras Amanda Athayde e Maria Augusta Rost. De início, foram abordados os meios adequados de resolução de disputas, o sistema multiportas, os aspectos gerais sobre a Lei de Arbitragem brasileira e a diferença entre arbitragem institucional e ad hoc. Foi também abordado o tema "Arbitrabilidade subjetiva e objetiva", explorando quem pode se submeter ao procedimento arbitral e o que pode ser apreciado em uma arbitragem. A discussão incluiu o estudo do Caso Lage. Relacionados aos temas gerais, destacam-se os artigos "Os Desdobramentos Acerca da Natureza Jurídica da Arbitragem" de Fernanda Hellen Santana de Mesquita e "Arbitragem: Evolução do Instituto Milenar na Cultura Brasileira" de Lucas Araujo de Castro, que explora a história e a relevância crescente da arbitragem no Brasil.

Em 3 de abril, a convidada Eleonora Coelho apresentou o tema “Convenção de arbitragem”, explorando tópicos como cláusula compromissória e compromisso arbitral, princípio kompetenz-kompetenz, cláusulas escalonadas, cláusulas cheias e vazias. O artigo “O princípio competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) em Arbitragem: Uma introdução quanto a sua previsão no Direito Brasileiro” de Caio Figueiredo Diniz abordou um dos aspectos apresentados em aula. Em 8 de abril, Juliana Botini abordou o tema “Lei aplicável à convenção de arbitragem”, discutiu a lei aplicável ao mérito, a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários, além de estudo de casos relativos à extensão da convenção de arbitragem. Em 10 de abril, Elis Wendpap discorreu sobre a figura do árbitro, abordando atribuições, poderes, deveres e direitos. Foram apresentadas questões relacionadas ao tribunal arbitral, a regulamentos institucionais, a listas de árbitros e a métodos de composição. Na temática da aula, foram abordados estudos de caso Abengoa e Paper Excellence. O artigo "A Responsabilidade Civil do Árbitro" por Lyandra Souza de Luccas aborda a natureza dual da arbitragem, que, apesar de ser guiada pela autonomia das partes e baseada em uma relação contratual, também impõe aos árbitros deveres típicos dos juízes estatais. O artigo “Do Dever De Revelar Ao Ônus De Conhecer: As Duas Faces Da Confiança Depositada Nos Árbitros” de Vinicius de Lara Ribas aborda o dever de revelação dos árbitros e o ônus das partes de conhecer os árbitros na arbitragem.

Em 15 de abril, Renato Grion apresentou o tema do devido processo legal arbitral. Discutiu os tópicos procedimento arbitral, pedido de instauração, resposta do requerido, termo de arbitragem, calendário e produção de provas. Em 22 de abril, Aline Dias apresentou a temática da produção de provas no procedimento arbitral. O artigo

"Produção de Provas na Arbitragem" de Livia Henriques Vasconcelos de Paiva aborda a importância crucial da produção de provas no processo arbitral. Em 24 de abril, Flávia Bittar deu continuidade ao estudo do procedimento arbitral, desenvolvendo discussões sobre tutela provisória e medidas antiarbitragem. Também se refletiu sobre o tema "Arbitragem e o Poder Judiciário", destacando os mecanismos de controle e apoio à arbitragem, com a análise do estudo de caso Renova.

Em 6 de maio, Gilberto Giusti expôs o tema "Sentença arbitral parcial e final". Nessa aula, foram abordados tópicos sobre pedido de esclarecimento, cumprimento de sentença arbitral e impugnação, ação anulatória de sentença arbitral e o estudo de caso Compagás vs Carioca Passarelli. Para encerrar a Parte I, em 8 de maio, Natalia Lamas apresentou a aula "Peculiaridades das Arbitragens Internacionais", discutindo lei aplicável, árbitros, sede, homologação de sentenças arbitrais. O artigo "A Arbitragem Internacional e a autonomia jurídica das Transnacionais: Processo Arbitral como base da autonomia jurídica da Comunidade Mercantil" de João Victor Caribé da Costa Carvalho explora como a arbitragem internacional tem sido fundamental para a autonomia jurídica das empresas transnacionais em um mundo globalizado. O artigo "O Consentimento na Arbitragem entre Investidores e Estados: Uma Análise do Caso Pyramids Oasis Project" de Roney Olímpio Barbosa Junior explora o papel do consentimento estatal na arbitragem internacional de investimentos, destacando o caso Pyramids Oasis Project, que envolveu a Southern Pacific Properties e o governo egípcio.

(II) Arbitragem Temática

A parte II da disciplina da disciplina Prática e Atualização do Direito "Arbitragem: Teoria, prática e ambiente regulado", ministrada pelas Professoras Amanda Athayde e Maria Augusta Rost, ocupou-se da Arbitragem Temática. Inaugurando o eixo, em 15 de maio, Cesar Pereira apresentou a aula temática "Arbitragem com a Administração Pública. A jurisprudência dos Tribunais de Contas." Nessa temática, o artigo "Arbitragem No TCU: Controle Externo, Evolução E Adesão" de Suelen de Lima Rocha analisa o uso da arbitragem na administração pública brasileira, destacando sua evolução no Tribunal de Contas da União (TCU).

Em 20 de maio, Guilherme Setogutti apresentou "Arbitragem no direito societário, recuperação judicial e falência". O artigo "O Problema Da Extensão Dos Efeitos Da

Convenção Arbitral: A Cláusula Compromissória Estatutária Nas Sociedades Anônima” de Rafaela Krauspenhar aborda a cláusula compromissória estatutária nas sociedades anônimas, que permite a resolução de litígios societários por meio da arbitragem, destacando sua inclusão no estatuto social e a vinculação dos acionistas a essa cláusula. O artigo “Confidencialidade na Arbitragem” de Ana Livia Nazário da Silva explora a confidencialidade na arbitragem, destacando sua relevância e controvérsias no contexto societário brasileiro.

Em 22 de maio, Thiago Nunes Marinho apresentou “Arbitragem no agronegócio”. Os temas discutidos deram origem a dois artigos da coletânea: o artigo "Direito no Agronegócio e Suas Ligações com a Arbitragem" de André Eduardo Rocha de Oliveira e o artigo "Aspectos da Arbitragem no Agronegócio" de André Peyneau Curcio. Ainda sobre arbitragem temática, insere-se o artigo “Arbitragem Em Dissídios Trabalhistas Individuais” de Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro, que explora a aplicação da arbitragem em dissídios trabalhistas individuais após a inserção do artigo 507-A na CLT. O artigo “Arbitragem E Direito Da Concorrência: Reflexões E Estado Da Arte” de Rafael Luís Müller Santos explora a relação entre a arbitragem e o Direito da Concorrência, destacando a possibilidade de utilização da arbitragem para resolver questões econômicas e contratuais no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

(III) Arbitragem Setorial

A parte III da disciplina Prática e Atualização do Direito “Arbitragem: Teoria, prática e ambiente regulado”, ministrada pelas Professoras Amanda Athayde e Maria Augusta Rost, foi conduzida na forma de seminários, visando discutir tópicos de Arbitragem Setorial. Os seminários foram realizados presencialmente em Brasília-DF, abertos ao público em geral e contaram com dois palestrantes por tema.

O seminário inaugural, realizado em 3 de junho, foi ministrado por Clarissa Macéa e Jonas Rodrigues e tratou da arbitragem no setor de óleo e gás. Na ocasião, foi discutido o Caso Petra São Francisco. No mesmo sentido, o artigo "Regime de Direito Público Mitigado e o Caso Petra Energia S.A. X ANP: Um Estudo Crítico” de Lucas Jobim Santi analisa o litígio entre a Petra Energia e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), julgado pela Corte Internacional de Arbitragem.

Em 5 de junho, Priscilla Cunha e Rafael Wallach Schwind trataram sobre arbitragem no setor portuário, ocasião em que se discutiu ainda o Caso Libra. Em 10 de junho, os palestrantes Carolina Sabóia e Ricardo Barretto trataram sobre Arbitragem no setor de rodovias, abordando o Caso ViaBahia e Rota do Oeste. Em 12 de junho, Laura Ghitti e Raul Lisboa apresentaram o seminário “Arbitragem no setor de energia”, no qual foram tratados dos Casos Proteus e Transnorte Energia. Nessa temática, o artigo "Arbitragem no Setor Elétrico: A Importância da Arbitragem na Resolução de Conflitos no Âmbito da Comercialização de Energia" de Marcela de Marchi Dias explora o papel crescente da arbitragem no setor elétrico brasileiro, particularmente no contexto da comercialização de energia.

Em 17 de junho, Ane Elisa Perez e Flávio Bianchi trataram sobre arbitragem no setor de telecomunicações. Alguns dos casos abordados foram Caso Telefônica, Caso OI e Caso Claro. O artigo "Arbitragem e Anatel: A Aplicação do Método no Setor Público de Telecomunicações no Brasil" de Beatriz Carvalho Wolski examina o uso da arbitragem como método de resolução de conflitos no setor de telecomunicações, especialmente no contexto dos contratos de concessão de telefonia fixa no Brasil. Finalizando o semestre, em 19 de junho, os convidados Ricardo Fenelon e Gustavo Albuquerque trataram sobre arbitragem no setor de aeroportos, incluindo a discussão sobre o caso Viracopos.

Esta coletânea não apenas reflete o conteúdo da disciplina, mas também representa o compromisso acadêmico dos alunos em aprofundar suas pesquisas sobre temas contemporâneos da arbitragem. Os artigos selecionados revelam uma variedade de abordagens e perspectivas sobre as diferentes aplicações da arbitragem, tanto no âmbito doméstico quanto internacional. Espera-se que esta obra inspire novos debates e contribua para a formação de futuros profissionais do Direito, aptos a navegar pelo dinâmico e complexo mundo da arbitragem.

CONSENSUALISMO E *DISPUTE BOARDS*: O QUE A EXPERIÊNCIA RECENTE DA ANTT PODE SINALIZAR DE TENDÊNCIA PARA O FUTURO?

Amanda Athayde

Cynthia Ruas

Maria Augusta Rost

Muito se tem discutido sobre a importância do consensualismo no Brasil. Não se trata, necessariamente, de tema novo. Já há previsões na legislação brasileira prevendo a possibilidade de acordos com a Administração Pública desde o Decreto 94.764/87¹, seguido da Lei 8.078/90, que alterou a Lei 7.347/85, sobre Ação Civil Pública²⁻³. Fato é que essa lógica consensual ficou ainda mais contundente com a mudança trazida pela Lei 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”), e que instituiu, em seu art. 26, permissivo genérico dedicado a acordos⁴. É nesse contexto de afirmação dos instrumentos consensuais que se insere a visualização do consensualismo como um poder-dever do administrador público⁵. Essa compreensão tem potencial de modificar significativamente as nossas bases tradicionalmente contenciosas.

Em oposição ao contencioso – tradicionalmente judicial –, normalmente se vislumbra métodos de resolução de disputas como negociação, conciliação, mediação ou mesmo arbitragem. Este artigo avança, para tratar do consensualismo em uma vertente

¹ Decreto 94.764/87. "Art. 45. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental.

Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa terá uma redução de até 90% (noventa por cento) do seu valor original".

² Lei 8.078/90, que alterou a Lei 7.347/85, sobre Ação Civil Pública Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

³ Para maiores detalhes sobre a evolução histórica de previsões de consensualismo no Brasil, recomenda-se: PALMA, Juliana. Atuação administrativa consensual – estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de mestrado, USP, 2010. PALMA, Juliana. Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo. Tese de doutorado, USP, 2014.

⁴ Decreto-Lei 4.657/42. Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁵ Este foi justamente o título do primeiro painel do Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública, organizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 4.6.2024.

ainda mais nova e potente, na nossa visão: os *Dispute Boards* (“DB”). Em especial, este artigo explora, em termos quantitativos, a experiência recente da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”) no uso do DB, a fim de se extrair possíveis sinalizações para o futuro.

Este breve artigo propõe explorar e analisar os Dispute Boards (DBs) como um novo instrumento de resolução de disputas no contexto brasileiro, avaliando sua eficácia comparativa com outros métodos consensuais e tradicionais, bem como seus impactos potenciais na administração pública e na condução de contratos de grande vulto.

Os DBs podem ser entendidos como comitês de acompanhamento da execução de contratos, em regra, complexos, de alto vulto e de longa duração. Sua atuação é justificada sempre que os custos de transação⁶ para a sua instituição e manutenção forem menores do que o prejuízo decorrente da paralisação dos projetos.

De que forma os DBs se contrapõem ou complementam os outros métodos de resolução de disputas? A nosso ver, não há dúvidas de que os membros dos DBs poderão se utilizar da negociação e da conciliação para levar os contratantes a um caminho de consenso. A preservação de um ambiente contratual saudável é justamente um dos objetivos intermediários dos DBs. Também as técnicas de mediação podem e devem ser observadas pelos comitês, mas não se deve esperar a realização de um procedimento de mediação por um DB. E a razão para tanto é simples. Em inúmeros casos, a mediação depende de reuniões privadas entre o mediador e os contratantes. Nesse momento, as partes podem expor suas vulnerabilidades, o que auxilia sobremaneira na condução da mediação. Ocorre que é vedado, via de regra, aos membros de um DB, realizarem reuniões privadas. Essa técnica colocaria em xeque a neutralidade, a imparcialidade e a independência dos membros do DB. Logo, afirma-se a possibilidade do uso de técnicas de mediação, mas não do método em si.

Por sua vez, a principal distinção com relação à arbitragem é que as decisões dos DBs, mesmo quando de cumprimento obrigatório pelas partes, podem ser revistas por árbitros ou por juízes togados. Em outras palavras, os efeitos decorrentes das decisões adotadas pelos DBs são diferentes daquelas proferidas pelo Poder Judiciário ou por Tribunais Arbitrais, já que estas fazem coisa julgada. Nota-se, assim, que os DBs são

⁶ Sobre custos de transação, recomenda-se COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica* n. 4, november, 1937. Para apresentação em áudio, recomenda-se o episódio #56 do Podcast Direito Empresarial Café com Leite, da Professora Amanda Athayde, em entrevista com Bruno Salama. <https://podcast.direitoempresarialcafe.comleite.com/?s=coase>

instrumentais. Como o próprio nome diz, são instrumentos para que a execução do contrato seja preservada durante seu curso, sem interrupções de obras, com a resolução ágil de disputas, deixando para a arbitragem e/ou para o judiciário apenas questões residuais.

Os DBs têm o potencial de serem instrumentais à preservação de um bom relacionamento entre as partes contratantes durante a execução do contrato. As partes poderão, durante a execução do contrato, criar rotinas de discussão de temas relevantes no bojo dos DBs, o que incentiva a troca de informações e reduz a assimetria informacional entre as partes. Espera-se, com isso, reduzir a litigiosidade, na medida em que a obra tenderá a continuar seu fluxo de execução, por meio de decisões rápidas dos membros do DB. Ou seja, ainda que as partes não concordem com a decisão do DB, a obra continua e o tema será discutido posteriormente, no judiciário ou em arbitragem, em sede de perdas e danos. Interessante perceber, inclusive, que o DB pode, em tese, ser mantido até mesmo pós-obra, para evitar que os temas sejam levados ao judiciário ou à arbitragem.

O termo de instauração é o documento utilizado para formalizar a instauração do DB, tipicamente previsto em uma cláusula contratual. Usualmente, os DBs são compostos por três *experts* indicados de acordo com as regras adotadas pelas partes no contrato. A especialização desses profissionais é um grande diferencial na realização do objetivo dos comitês, prevenir ou resolver disputas, ou ambos. Nada impede, entretanto, que em projetos menores o DB tenha apenas um membro, visando a redução de custos. Recomenda-se, em qualquer caso, que o presidente tenha conhecimentos jurídicos suficientes para evitar equívocos na condução do procedimento.

Em termos históricos, ainda na década de 70, os DBs começaram a ser utilizados em grandes obras nos Estados Unidos, justamente em atenção aos custos de transação de obras paralisadas. A ideia deu tão certo que em 1995, o Banco Mundial incluiu a exigência da previsão de DBs nos contratos cujo financiamento fosse maior do que USD10 milhões.⁷

No âmbito privado, a criação de um DB em um determinado contrato e as regras para o seu funcionamento depende unicamente da vontade das partes. Basta um acordo entre as partes e a inserção de uma cláusula em um contrato para que esse importante

⁷ Para maiores detalhes sobre o uso de Dispute Boards pelo Banco Mundial: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Dispute%20Board%20Federation-%20Dispute%20Boards%20in%20Practice%20by%20Cyril%20Chern.pdf>

instrumento de resolução de disputas possa ser implementado. Para sua adequada execução, é recomendável que essas cláusulas sejam bem redigidas e que indiquem claramente os requisitos para a instauração e a forma de atuação do DB, seja por meio de regulamento próprio, seja pela adoção de regras institucionais. Certo que, no Brasil, inúmeras instituições responsáveis pela administração de disputas extrajudiciais já possuem regulamentos que auxiliam na atuação desses boards.

Já no âmbito público, há autorização legal para tal instituto nas Leis nº 14.133/2021⁸ e 8.987/1995⁹. Apesar disso, no âmbito dos contratos celebrados com a Administração, parte dos gestores e controladores públicos ainda entendem pela necessidade de regulamentação do instituto dos DBs, antes de sua implementação. Registre-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) também tem se manifestado favoravelmente ao instrumento¹⁰, e que, de acordo com as estatísticas mais recentes, pouco mais de 3% das decisões dos DBs são revertidas.

Diante do exposto, nota-se, ao longo dos últimos anos, um reforço ao consensualismo no Brasil por meio dos DBs. Se já era clara a possibilidade de celebração de acordos com a Administração Pública como Acordos de Leniência, Termos de Compromisso, Acordos de Não Persecução, entre outros, no Brasil,¹¹ ainda não era claro de que modo seria possível trabalhar para evitar que processos administrativos ou judiciais viessem a surgir. Ademais, se já era clara a admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública¹²⁻¹³, ainda não estava clara de que forma os DBs poderiam ser instrumentos que contribuam para arbitragens mais céleres e com escopos mais restritos e objetivos.

⁸ Lei nº 14.133/2021. CAPÍTULO XII. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

⁹ Lei nº 8.987/1995. Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

¹⁰ STJ. REsp 1569422/RJ. Terceira Turma. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Julgado em: 26/04/2016. Publicado em: 20/05/2016 e STJ. REsp 1733370/GO. Terceira Turma. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 26/06/2018. Publicado em: 31/08/2018.

¹¹ ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – Teoria e Prática (CADE, BC, CVM, TCU, CGU, AGU e MP). 2ª Ed. 2021.

¹² Lei 9.307/1996. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 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. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

¹³ ATHAYDE, Amanda. Idioma, Sede e Lei Material estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 29, p. 74-107, 2011.

Em suma, os DBs representam uma evolução na forma como o Brasil lida com disputas contratuais, oferecendo um caminho promissor para a resolução de controvérsias de maneira eficiente e técnica. A adoção e aprimoramento contínuo desse mecanismo podem desempenhar um papel crucial na realização de projetos de infraestrutura e no desenvolvimento econômico do país. Uma vez compreendido o tema em termos gerais, passaremos à apresentação da experiência mais recente de DBs no Brasil, a partir da regulamentação deste instrumento pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”).

Por meio da Resolução nº 6.040, de 4 de abril de 2024, a ANTT incluiu entre o rol da Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019 o “Comitê de Prevenção e Solução de Disputas”, que consiste, justamente, em um DB.¹⁴ Assim, além da autocomposição e da arbitragem, a ANTT passou a contar com regramento dos procedimentos para o DB em contratos de concessão de rodovias e ferrovias celebrados pela ANTT junto a seus regulados.

Recorde-se que o DB já havia sido inicialmente previsto em contratos de concessão rodoviária e ferroviária da ANTT. Ocorre que, posteriormente, foram identificadas dificuldades na sua implementação, pela demora em sua instituição e na indicação de membros, além de discussões sobre o nível de exequibilidade e vinculação das propostas. Identificando esses óbices, o Tribunal de Contas da União - TCU determinou que a ANTT regulamentasse o tema antes de sua efetiva aplicação contratual, por meio do Acórdão 4036/2020 TCU-Plenário (Desestatização das BR-153/TO/GO, BR-080/GO e BR-414/GO) e Acórdão 4037/2020 TCU-Plenário (Desestatização da BR-163/MT/PA e BR-230/PA). Com o fim de atender ao TCU, a ANTT incluiu nesses contratos que *“A adoção do Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) fica condicionada à sua regulamentação pela ANTT, sendo que a sua inexistência não ensejará quaisquer direitos subjetivos à Concessionária.”*

Desta forma, a regulamentação já mencionada, que resultou na Resolução nº 6.040, de 4 de abril de 2024, que alterou a Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, foi iniciada pela ANTT e contou com Análise de Impacto Regulatório (“AIR”)¹⁵. Nesta AIR, evidenciou-se que a principal dificuldade a ser dirimida pelo DB seria justamente a

¹⁴ Resolução ANTT nº 5.845/2019. Art. 26-AAANTT e a concessionária poderão constituir comitê de prevenção e solução de disputas para prevenir e solucionar divergências de natureza eminentemente técnica, que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, relacionadas às seguintes matérias:

¹⁵ Processo SEI nº 50500.282130/2022-10

crônica paralisação de obras previstas em contratos devido a controvérsias técnicas acerca de soluções de engenharia. Essas controvérsias tendem a aumentar a judicialização acerca dos contratos de concessão e o DB visa trazer mais agilidade e tecnicidade em suas decisões.

Dentre os dispositivos da regulamentação do DB, ressalta-se que se definiu que as decisões podem ser (i) vinculantes, proferidas por comitê adjudicatório, com cumprimento obrigatório e imediato; ou (ii) recomendatórias, proferidas por comitê recomendatório, as quais podem subsidiar a tomada de decisão da ANTT e devem ser proferidas previamente à decisão administrativa.

Ademais, os DBs podem ser de três tipos: (i) permanente, (ii) temporário e (iii) ad hoc. O comitê (i) permanente é instituído desde o início do contrato. Por sua vez, o (ii) temporário é instituído para uma certa fase contratual ou grupo de obras. Nos contratos de concessões de rodovias, por exemplo, a fase mais intensiva de realização de obras ocorre entre o 3º e 8º ano do contrato, momento em que pode ser instituído esse DB temporário. Já o DB (iii) ad hoc é criado para uma controvérsia específica e, em seguida, desconstituído. O comitê ad hoc não deve existir caso haja um comitê permanente ou temporário vigente, mas sim em caso de comitê temporário já encerrado em que surja controvérsia posterior sobre investimentos de grande vulto ou complexidade incluídos posteriormente no contrato.

De acordo com a regulamentação da ANTT, e com a finalidade de trazer isonomia nas decisões tomadas pelo DB, todo comitê contará com três membros, sendo um designado pela ANTT, outro pela concessionária e o terceiro em comum acordo pela ANTT e concessionária. E, ainda, os custos são divididos pela metade entre ANTT e concessionária. O prazo para manifestação do comitê, em regra, é de 20 dias úteis, os quais podem ser estendidos por acordo das partes ou quando haja regra diferente pela câmara especializada eleita pelo contrato. As partes podem pedir reconsideração em 20 dias úteis, com o mesmo prazo sendo oportunizado à outra parte para manifestação, sendo que o comitê deverá proferir nova decisão em 15 dias úteis.

Feita essa breve apresentação da regulamentação da ANTT e do seu histórico de evolução, passa-se a seguir a apresentar a experiência recente da agência sobre o tema. Pelo que se pôde apurar, a partir de fontes públicas, há 9 (nove) contratos com a previsão de DB, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Contratos¹⁶ celebrados pela ANTT com previsão de DB ao longo dos anos (2020-2024¹⁷)

	Contrato	Região	Ano de Assinatura	Instituído	Partes envolvidas no DB:	Quant. Membros do DB
1	Estrada de Ferro Vitória a Minas	ES/MG	18/12/2020	Não	ANTT, Vale, Valec (Infra S.A.)	3
2	BR-153/TO/GO, BR-080/GO e BR-414/GO (Ecovias do Araguaia)	TO/GO	29/09/2021	Não	Ecovias do Araguaia, ANTT	3
3	R-116/101/SP/RJ (Rodovia Presidente Dutra)	SP/RJ	28/01/2022	Não	CCR Rio SP, ANTT	3
4	BR-163/MT/PA e BR-230/PA (Via Brasil)	MT/PA	01/07/2022	Não	Via Brasil, ANTT	3
5	MRS Logística - Prorrogação Antecipada	MG/RJ/SP	28/07/2022	Não	ANTT, MRS, CBTU/MG, SEINFRA/MG	3
6	BR-116/465/493/RJ/MG (EcoRioMinas)	RJ/MG	22/08/2022	Não	EcoRioMinas, ANTT	3
7	BR-277/373/376/476/PR e PR-418/423/427/PR (PR Vias - Lote 1)	PR	30/01/2024	Não	Via Araucária, ANTT	3
8	BR-153/277/369/PR e PR-092/151/239/407/408/411/508/80/4/855 (PR Vias - Lote 2)	PR	30/01/2024	Não	EPR Litoral Pioneiro, ANTT	3

Fonte: elaboração própria.

A Vale, na mesma data de assinatura do 3º termo aditivo que regrou a prorrogação antecipada da EFVM (Estrada de Ferro Vitória a Minas), também assinou a o 3º termo aditivo de prorrogação antecipada da EFC (Estrada de Ferro Carajás). No entanto, a regra do DB não foi inserida neste último contrato.

Isso se deu porque o DB na EFVM foi criado por meio do Anexo 9 somente com a finalidade de dirimir eventuais conflitos relacionados a obras da Fico (Ferrovia de Integração Centro-Oeste), cuja construção fez parte das obrigações contratuais, como subsídio cruzado no contrato de concessão da EFVM. O comitê, conforme subcláusula 13.5, é composto por três membros, sendo indicados: um de comum acordo entre ANTT

¹⁶ Todos os contratos de concessão da ANTT podem ser encontrados nos seguintes links: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/concessoes-ferroviarias> e <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias>.

¹⁷ Dados até junho/2024.

e Valec (atualmente denominada Infra S.A.); um pela concessionária; um de comum acordo entre as Partes, que será o Presidente. Em ambos os contratos há a regra da cláusula arbitral.

No caso do 4º termo aditivo da prorrogação antecipada da MRS, o DB também está previsto para dirimir eventual controvérsia específica. No Apêndice D de Obrigações Complementares consta a sua previsão:

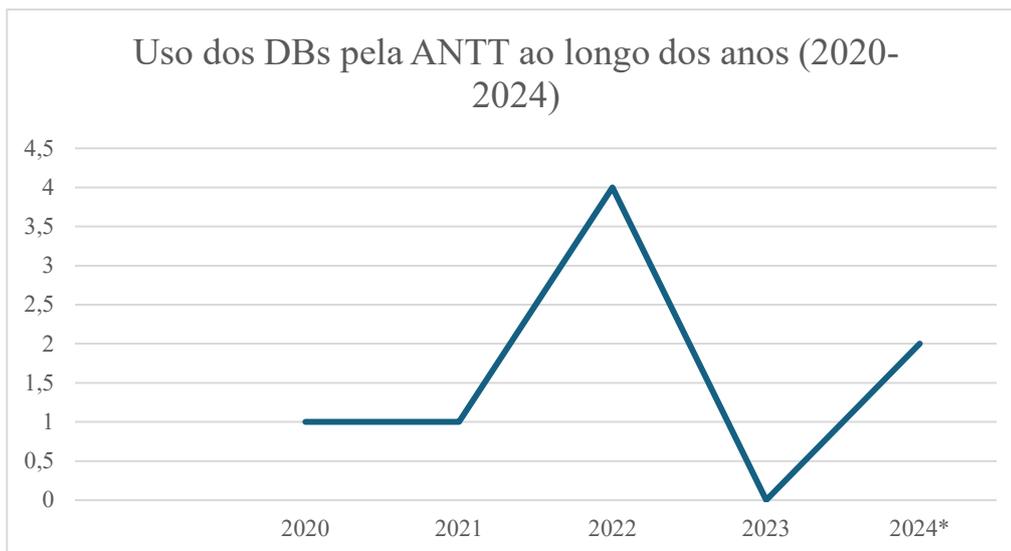
“7.4. A Concessionária deverá adotar as medidas necessárias à compatibilização da futura linha 2 (Nova Suíça – Barreiro) da CBTU-MG com a infraestrutura e operação da Ferrovia, inclusive quanto à implantação da estação de passageiros do Serviço de Transporte Metroferroviário com localização prevista para o pátio do Barreiro e imediações.”

O DB é previsto na subcláusula 7.4.3 e dispõe que os membros serão indicados da seguinte forma: um pela concessionária; um pela CBTU/MG; e um de comum acordo pela concessionária e CBTU/MG, que será o Presidente. ANTT e SEINFRA não são partes do DB, mas de acordo com a subcláusula 7.4.5, deverão ter acesso a documentos e atividades do DB, podendo opinar.

Nos contratos de rodovias nota-se um incremento nas cláusulas acerca de divisão dos custos do DB, os quais são suportados igualmente divididos entre ANTT e concessionária, para que se prevejam métodos de adoção de cálculo de revisão ordinária para compensação dos valores antecipados pagos pela concessionária, e posteriormente devolvidos pelo concedente, por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na cláusula da Ecovias do Araguaia não havia previsão expressa sobre esse adiantamento, o que foi inserido posteriormente nas demais concessões de rodovias. Em todos os contratos constam também as possibilidades de uso da arbitragem e autocomposição de conflitos.

Nota-se, a partir desses dados, evidências dessa evolução histórica, no sentido de que a primeira inserção desse instrumento em contrato ocorreu em 2020, mesmo antes da Resolução nº 6.040, de 4 de abril de 2024, que alterou a Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019. A linha do tempo evidencia essa evolução temporal:

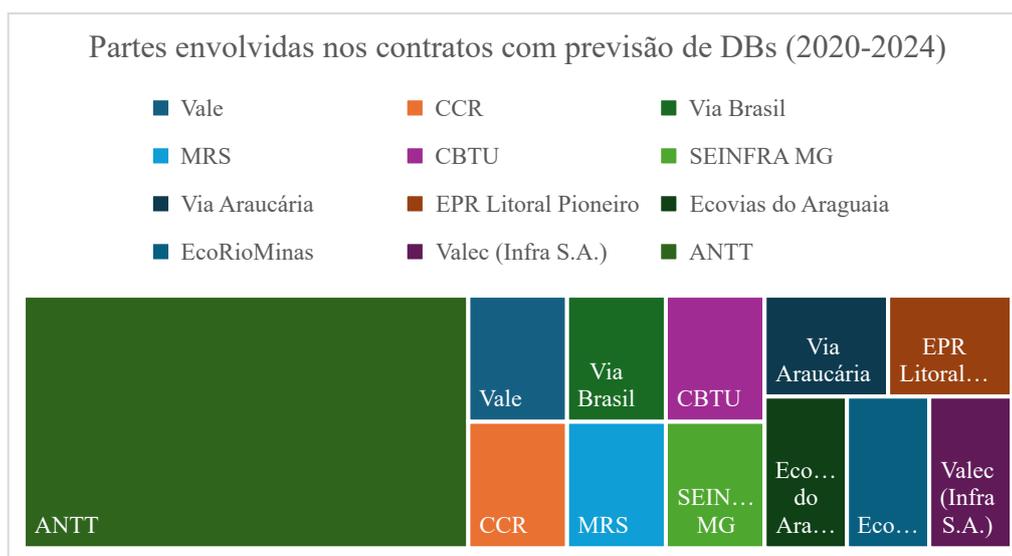
Gráfico 1 – Uso dos DBs pela ANTT ao longo dos anos (2020-2024)



Fonte: elaboração própria.

Ademais, observa-se que apesar de haver 8 DBs previstos nos contratos, ainda não há nenhum instituído. Também é possível verificar que a ANTT tem seguido o padrão da inclusão de 3 membros nos DBs. Quanto às partes envolvidas, nota-se também dispersão, concentrando-se, como já era de se esperar, na ANTT. Dentre os entes privados, o grupo Ecorodovias é aquele com maior quantitativo de contratos com previsão de DB.

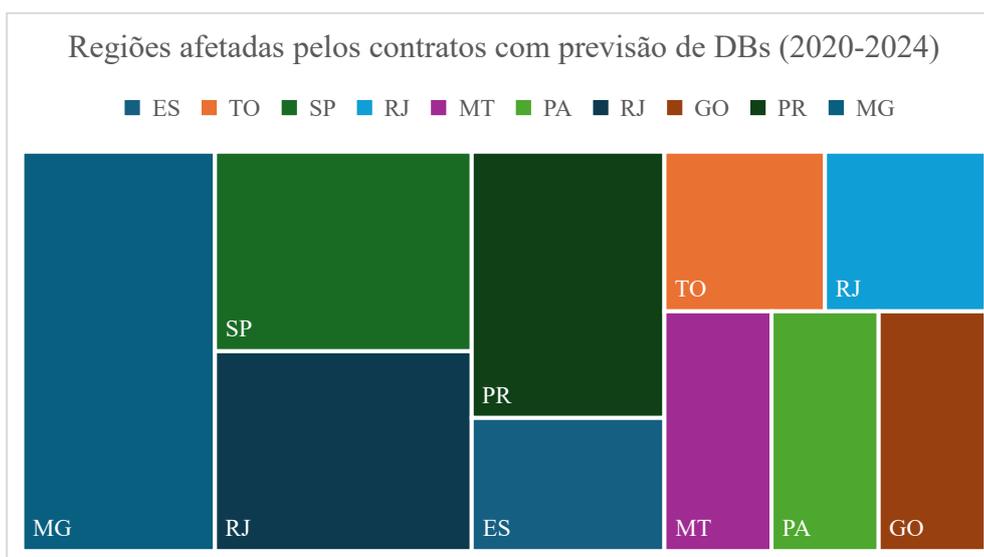
Gráfico 2 – Partes envolvidas nos contratos com previsão de DBs (2020-2024)



Fonte: elaboração própria.

Por fim, ainda a partir dos dados acima apresentados, é possível vislumbrar quais as regiões do Brasil que podem ser mais beneficiadas em caso da instituição e da adequada operacionalização dos DBs em seus respectivos contratos. Nota-se, novamente, dispersão regional, com maior concentração em Minas Gerais (3), Paraná (2), São Paulo (2) e Rio de Janeiro (2).

Gráfico 3 – Regiões afetadas pelos contratos com previsão de DBs (2020-2024)



Fonte: elaboração própria.

Os DBs são ferramenta eficaz para a resolução de disputas, particularmente na experiência da ANTT. O artigo apresentou uma visão detalhada da implementação dos DBs pela ANTT, incluindo a regulamentação recente e a análise de seu impacto na prevenção de paralisações de obras e na redução da judicialização de contratos de concessão. Foram apresentados dados sobre contratos com previsão de DB e a evolução do uso desses comitês ao longo do tempo. Até o presente momento, a ANTT já conta com 9 (nove) contratos celebrados com cláusulas prevendo DBs, todos eles com a composição de 3 (três membros). Apesar disso, nenhum deles ainda foi instituído. Há dispersão entre as partes envolvidas nos contratos com DBs celebrados, sendo que em termos geográficos, as regiões de Minas Gerais, Goiás e Paraná tendem a ser aquelas mais beneficiadas em caso da instituição e do seu adequado funcionamento.

Essa experiência recente da ANTT com os DBs ilustra um avanço significativo na resolução de disputas em contratos de grande vulto, especialmente em concessões de

infraestrutura. A implementação dos DBs, apesar de ainda não estar plenamente estabelecida, sinaliza uma tendência positiva para a redução da litigiosidade e a agilização de soluções técnicas em obras públicas. A regulamentação pela ANTT, alinhada com as diretrizes do TCU, demonstra um compromisso com a eficiência e a transparência na administração pública.

Os dados apresentados revelam que, embora a previsão de DBs esteja incluída em diversos contratos desde 2019, a instituição efetiva desses comitês ainda está em processo. No entanto, a existência de uma regulamentação específica e a inclusão de membros especializados nos comitês são passos importantes para a consolidação dos DBs como uma ferramenta valiosa para a prevenção e resolução de conflitos.

Olhando para o futuro, espera-se que os DBs se tornem uma prática comum na gestão de contratos públicos, contribuindo para um ambiente contratual mais saudável e para a continuidade dos projetos sem interrupções. A experiência da ANTT pode servir de modelo para outras agências e setores, promovendo uma cultura de consensualismo e colaboração que beneficia tanto a administração pública quanto os entes privados envolvidos.

(I) Arbitragem e Procedimento

OS DESDOBRAMENTOS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Fernanda Hellen Santana de Mesquita

RESUMO

Este estudo pretende contribuir para uma reflexão acerca dos significados e dos usos geralmente realizados da natureza da arbitragem na dogmática jurídica. Para isso, analisa a leitura histórica do instituto, promovendo a releitura das teorias disponíveis. Na concepção contemporânea, a arbitragem é, por excelência, um método heterocompositivo de resolução de conflitos, comumente utilizada quando as partes, de comum acordo, optam por ela quando em face de direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto, é pertinente revisitar o conceito de arbitragem e as teorias que lhe deram propósito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De início, Francisco Cahali (2017, p. 26) afirma que a arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade. Este argumento se desenvolve de forma exclusivamente lógico - dedutiva, ou seja, parte da premissa de que o conflito faz parte da natureza humana, e por consequência, formas pacíficas e racionais de resolução de conflitos que emergissem do convívio social seriam desejadas. Uma destas formas consistia em atribuir a um terceiro a ‘autoridade’ para encerrar a disputa, através de um julgamento justo para as partes.

Considera-se razoável presumir que em civilizações pré-estatais, nas quais a figura de uma autoridade pública competente não existia, o terceiro imparcial teria de ser impreterivelmente escolhido ad hoc pelas partes conflitantes. Assim, a arbitragem se apresenta como uma prática social, de certo modo, ligada à natureza humana, inclusive nas origens míticas da civilização.

Em consonância, Cahali (2017) encontra na *Ilíada* um recurso à arbitragem. O autor argumenta que diante do conflito entre Hera, Atena e Afrodite quanto à definição de quem seria digna do pomo de ouro, Zeus decide nomear como árbitro o príncipe troiano Páris – que ao resolver a disputa em favor de Afrodite atrai sobre si a ira das deusas derrotadas e se torna causa da queda de Tróia.

Ademais, a história dogmática reitera o argumento com a narrativa historiográfica. Figueira Junior (2019, p. 1) afirma que “o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do direito”, e que “a tutela dos direitos

se originou nos povos primitivos como consequência do próprio instinto humano de preservação e da concepção individualista do justo e do injusto”.

2 TEORIAS DA NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

No Brasil, a previsão da arbitragem é antiga, estando presente desde as Ordenações Filipinas e sendo incorporada às normativas internas do Estado a partir da Constituição do Império ¹. A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem parece ter ganho espaço a partir do início do Século XX, após decisão proferida pela Corte de Apelação de Paris, no caso “Del Drago”, ocorrido em 1901. Neste, foi declarado que um laudo arbitral estrangeiro equivalia a uma sentença estrangeira, o que impulsionou parte da doutrina a sustentar o caráter jurisdicional da arbitragem ².

O parâmetro utilizado pela doutrina brasileira para classificar ou não a arbitragem enquanto jurisdição esteve em larga escala ancorado na definição estipulada por Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 139), que conceituam a jurisdição como um instituto multifacetado, isto é, analisado sob a ótica do poder, da função e da atividade estatal. De todo modo, faz-se mister revisitar as correntes que assentam a natureza da arbitragem, quais sejam: a Teoria Jurisdicional, a Teoria Contratualista, a Teoria Mista e a Teoria Autônoma.

2.1. TEORIA JURISDICONAL

Para os seus adeptos, a arbitragem é uma delegação do Estado ao exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido, o árbitro é equiparado ao juiz para todos os fins, exercendo função pública através de sua decisão, que é revestida de eficácia jurídica.

Assim, apesar de entenderem que a jurisdição é monopólio do Estado, o seu exercício não o é, visto que o Estado pode autorizá-lo por outros meios que não o Poder Judiciário. Clávio Valença (2015), a partir do conceito que define a jurisdição repartindo-

¹ Dispõe o artigo 160: “Nas (causas) civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 22 abr 1824.

² GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. Jurisdição Arbitral e Execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 793.

a nos planos do poder, função e atividade, assevera que o exercício da função jurisdicional pode ser dividido entre juízes e árbitros:

(...) o critério que distingue atividade e função jurisdicional é o mesmo que torna o estudo da competência distinto do da jurisdição. Enquanto o critério de competência reparte atividade, o de jurisdição reparte função. Juízes e árbitros repartem função, e não atividade.

De mais a mais, se por um lado o juiz exerce a jurisdição a partir da autorização legal conferida pelo Estado, os árbitros a exerceriam a partir da autoridade conferida pelas partes através da autonomia privada. Ou seja, por um lado as partes se sujeitam ao juízo estatal em razão das normas de determinado Estado soberano – que exerce o poder em razão do contrato social – e por outro, as partes se sujeitam ao árbitro em razão da pactuação expressa que lhe confere autoridade.

Com o advento da LArb, boa parte da doutrina passou a se filiar à teoria jurisdicionalista da arbitragem. Os argumentos são os mais variados, mas o ponto comum de todos é que a lei conferiu prestígio à arbitragem de tal forma que ela deve ser considerada jurisdição, ainda que exercida em âmbito privado.

De modo análogo, Fredie Didier (2013) afirma que o princípio da ‘Kompetenz-kompetenz’ não decorre apenas da autonomia privada das partes, uma vez que a negativa de competência do árbitro, na hipótese de eventual cláusula compromissória inexistente, seria o exercício de jurisdição com base em permissão que jamais produziria qualquer efeito jurídico. Nas palavras do autor:

A regra da Kompetenz-kompetenz é mais que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida prioritariamente por agentes privados em algumas circunstâncias.

Outrossim, os arts. 18 e 31 da LArb, ao estabelecerem que o árbitro é juiz de fato e de direito, e que sua sentença produz os mesmos efeitos que uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, impulsionaram a teoria jurisdicional da arbitragem. Esses dispositivos reforçaram a noção de que a arbitragem se equipara à atuação do Judiciário e que, conseqüentemente, exerce jurisdição. Apesar de muito se especular com relação ao que o legislador pretendia com essa declaração, o entendimento mais aceito parece ser o de que se pretendeu evidenciar que o árbitro irá apreciar os fatos e aplicar o direito pertinente. Sobre o art. 18 da LArb, Alberto Jonathas Maia (2020) leciona que:

“Ele (o árbitro) julga os fatos e o direito. Não é um magistrado, é pessoa privada contratada pelas partes para decidir a disputa. Explica-se que o juiz e o árbitro têm função análoga, qual seja: resolver conflitos”.

Ainda, quanto ao art. 31 da LArb, Fredie Didier (2019) assevera que:

“A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)”.

2.2. TEORIA CONTRATUALISTA

Para seus seguidores, a existência da arbitragem depende da manutenção do contrato estabelecido entre as partes. Foi formulada pela Cour de Cassation no julgamento do caso *Roses*, sob a premissa de que se os laudos arbitrais se baseiam na convenção de arbitragem eles são uma unidade e, portanto, compartilham a natureza contratual³. Nesse sentido, o descumprimento da sentença arbitral seria o descumprimento de um contrato, podendo a parte prejudicada recorrer ao Judiciário.

Como bem sintetizado por José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019), a teoria contratualista entende que a arbitragem não passa de um negócio jurídico, sendo a decisão do árbitro um reflexo do acordo privado entre as partes incapaz de possuir caráter jurisdicional.

Em síntese, pode-se dizer que a teoria contratualista considera que a arbitragem nasce de um ato de vontade bilateral, sujeito à teoria geral das obrigações, assim como que a decisão proferida pelos árbitros não passa de um reflexo desse acordo, insuscetível, dessa forma, de ostentar qualquer caráter jurisdicional, já que não é emanado pelo Estado, o detentor exclusivo da jurisdição.

2.3. TEORIA MISTA

³ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. Jurisdição Arbitral e Execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 795.

Criada em 1952 por Sauser-Hall em relatório apresentado ao Institut Droit International. Sauser sustentou que o laudo arbitral não poderia ser considerado independente de todas as normas de determinado Estado, sendo necessário lei que disponha sobre a validade da convenção de arbitragem e como se daria sua execução ⁴. Portanto, a arbitragem teria origem contratual, já que surgira do acordo entre as partes de submeter o conflito à arbitragem, mas também natureza jurisdicional, uma vez que o laudo arbitral resolve a controvérsia de maneira heterocompositiva.

Essa teoria tem notoriedade no âmbito internacional, uma vez que reflete a prática da arbitragem comercial internacional. De modo sucinto, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019) a apresentam da seguinte forma:

“Em resumo, pode-se dizer que a teoria mista fixa o olhar no nascedouro da arbitragem, afirmando que a sua fonte é contratual – já que nasce do acordo de vontades expresso na convenção de arbitragem – não obstante reconheça que a sentença arbitral possui caráter jurisdicional em razão de seus efeitos”.

2.4. TEORIA AUTÔNOMA

Por fim, a teoria autônoma preceitua que a arbitragem é emancipada de qualquer ordenamento jurídico. Esse raciocínio foi desenvolvido em 1965 por Jacqueline Rubellin-Devichi, que enxergava a arbitragem alheia a qualquer sistema jurídico nacional, sendo regida por regras próprias ⁵.

Essa teoria busca refletir as necessidades do comércio internacional. Nela, assim como na teoria jurisdicional, o laudo arbitral é entendido como vinculante e, como na teoria contratual, que a jurisdição do árbitro decorre da vontade das partes. Contudo, qualquer mecanismo de controle por parte dos Estados é retirado da arbitragem, o que a desvincula de qualquer ordenamento jurídico.

3 CONCLUSÃO

Notadamente, a principal premissa, que é etapa essencial ao enquadramento da arbitragem enquanto jurisdição ou não, é a adequada delimitação do que seria a própria

⁴ GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. Jurisdição Arbitral e Execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 797.

⁵ Op.cit., pág. 798.

jurisdição (as teorias que tentam esmiuçar seu conceito não serão aqui tratadas). No entanto, no que pese a não superação do imprescindível debate sobre o conceito de jurisdição, a doutrina e os Tribunais passaram a dialogar a possibilidade de enquadramento da arbitragem como um instituto de natureza jurídica jurisdicional. O entendimento do Tribunal (STJ) decorre das alterações legislativas que a LArb implementou, aproximando a figura do juiz e do árbitro, ao dispor que o árbitro é juiz de fato e de direito, e prestigiando os efeitos jurídicos da decisão arbitral ao equipara-la à sentença judicial. A delimitação da sua natureza é uma tarefa complexa e necessita de cautela para que características essenciais estejam adequadamente contempladas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21ª ed. Malheiros: 2005. Pág. 139.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil, 22 abr 1824.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no novo Código de processo civil: (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira). Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013. Pág. 79.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Volume 1. 21ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Pág. 211.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 34-40.

FIGUEIRA JR, Joel Dias, Arbitragem, Vol. 3, Imprensa: Rio de Janeiro, Editora Forense, 2019.

GIOVANNI, Ana Elisa Preto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassar. Jurisdição Arbitral e Execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral?. Revista de Cidadania e Acesso à Justiça. Volume 1. Página 789 a 809. Julho a Dezembro de 2016. Pág. 793-798.

MAIA, Alberto Jonathas. Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo. Salvador: Juspodivm, 2020. Pág. 144.

VALENÇA FILHO, C. M. A arbitragem em juízo. 2015. 288 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Pág. 11.

ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO DO INSTITUTO MILENAR NA CULTURA BRASILEIRA

Lucas Araujo de Castro

Antes da existência de uma sociedade civilizada e dotada de regulações e normas específicas, era comum que, quando não usada a força, as disputas fossem levadas a um terceiro a quem era confiado o poder de solucionar o apresentado litígio. A arbitragem não se afasta muito desta lógica.

Nesse sentido, pode-se falar que tal fenômeno jurídico não é recente, senão um dos métodos de resolução de conflitos mais antigos da história. Pautado e fortalecido, portanto, pelo respeitado pilar da tradição, é perceptível que essa cultura perdura até hoje, e vem se fortalecendo cada vez mais no cenário jurídico brasileiro.

Em linhas gerais, a arbitragem é um método heterocompositivo pelo qual as partes, por livre e espontânea vontade, escolhem renunciar da jurisdição estatal para confiar em um ente privado (um árbitro ou um grupo de árbitros) que tomará uma decisão que deve ser cumprida.¹

Importante salientar que a grande diferenciação entre os métodos adequados de resolução de conflitos, é o fim que se objetiva. Enquanto na mediação e na conciliação – que são métodos autocompositivos – o foco é sugerir um ponto comum em que haja o sentimento de que todos saíram ganhando, na arbitragem, o tribunal arbitral decidirá qual parte é a vencedora da disputa, e essa decisão será vinculada e deverá ser cumprida como se sentença judicial fosse.

Ao levar em conta tamanha relevância que é dada à sentença, é lógico entender que um dos principais requisitos para que se submeta um litígio à análise de uma câmara arbitral é a anuência e o consentimento das partes. Para tanto, considera-se a autonomia da vontade e a manifestação expressa do consenso como princípios determinantes para a validade do procedimento.

¹ Para o professor Carlos Alberto Carmona, “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**” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.)

Esse interesse consensual é materializado pelo o que se conhece como convenção de arbitragem. A depender de quando o interesse ocorre, existe na doutrina a diferenciação entre uma cláusula compromissória – que determina uma obrigação contratual pela qual as partes se comprometem a levar futuras disputas relativas ao escopo do contrato à arbitragem –, e um compromisso arbitral – o qual delega à jurisdição arbitral um litígio já existente.²

VANTAGENS

Resolver uma disputa pelo poder judiciário tende a ser muito mais barato do que submetê-la à análise de uma câmara arbitral. Por que, então, que vale a pena, a depender do caso, arbitrar?

Essa resposta ainda é controversa na doutrina, mas existe uma opção que não há como se discutir: a celeridade. Um dos principais motivos pelo qual as partes decidem por incluir uma cláusula compromissória é a comprovada eficácia e o compromisso com a rapidez em que se alcançará um resultado, ainda mais quando contraposta à realidade extremamente morosa do poder judiciário.

A professora Selma Lemes, na pesquisa Arbitragem em Números 2021-2022, demonstra que o tempo médio de duração de um procedimento arbitral é de 19 meses.³ Essa realidade decorre, principalmente, do menor número de causas atrelado à especialização dos árbitros. Ademais, é importante salientar que o sistema recursal na arbitragem é muito mais limitado, em que as partes se comprometem ao contentamento com a sentença.

Alguns estudiosos também citam a possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes como um ponto positivo. Novamente, a autonomia concedida aos litigantes de determinarem quem guiará e solucionará a disputa faz do ambiente arbitral um lugar mais confortável e seguro, onde a imparcialidade será um pressuposto que muitas vezes não se vê no poder judiciário. O professor americano Gary Born, um dos maiores

² TAVERNARD LIMA, H. B. P. Corrupção e Arbitragem Internacional: A Prova de Atos Ilícitos e os Efeitos na Arbitragem. Projeto de monografia, Programa de Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2022.

³ Vide Pesquisa de Arbitragem em Números e Valores da Professora Selma Lemes em <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PESQUISA-2023-1010-0000.pdf> (Acesso em 01/07/2024)

nomes da arbitragem no mundo, explica que esse fator é importante principalmente em arbitragens internacionais:

Ao invés de se ter uma disputa sendo resolvida no território de uma das partes (uma disputa contra uma empresa francesa resolvida por um juiz francês, por exemplo), pode-se ter uma disputa resolvida por uma câmara arbitral imparcial de um terceiro país neutro e independente. Por isso, a arbitragem é mais imparcial, neutra e independente do que a análise de litígios nas cortes do país de uma das partes.

Essas são apenas algumas vantagens da arbitragem. Importante sempre salientar que geralmente as custas com o procedimento arbitral são elevadas, e uma análise prévia da viabilidade de se pagar a mais para ter tais benefícios.

A ARBITRAGEM NO BRASIL

O racional que gira em torno de resolver conflitos por arbitragem está presente na cultura jurídica brasileira há mais tempo do que história nos leva a crer. Os registros demonstram que a primeira constituição do nosso país, outorgada em 1824, já previa o instituto em seu artigo 160: “(...) nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas partes”. A Constituição de 1934, o CPC de 1973 e o Código Civil de 1916 também previam a utilização do instituto.

Apesar da antiguidade, o uso do instrumento arbitral não era muito comum até 1996. Isso porque, conforme demonstra o professor Joaquim Muniz, as normas brasileiras desestimulavam as partes a levarem disputas para a arbitragem, com empecilhos que davam sempre maior espaço e relevância ao poder judiciário:

Além da obrigação de celebração do compromisso arbitral por ambas as partes para se instituir a arbitragem, a jurisprudência da época entendia que não se poderia obter execução específica da cláusula arbitral. [...] Vigorava, ainda, a obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral. Isso vinculava a arbitragem ao poder judiciário [...] (MUNIZ, 2015. p.26)

Dessa maneira, a legislação brasileira necessitava de um novo regramento que colocasse o Brasil novamente no patamar internacional, dado que grande parte dos contratos estrangeiros tendem a possuir uma cláusula compromissória e a respeitar o instituto arbitral.

Por isso surge, a partir da década de 80, o movimento que proporcionou a redação e edição da nova lei arbitral brasileira, a LArb, cujo anteprojeto foi elaborado por Carlos Alberto Carmona, Pedro A. Batista Martins e Selma Ferreira Lemes.

Sancionada em setembro de 1996, a LArb recebeu o número 9.307/96, e é até hoje respeitada como fator determinante para a prática arbitral no país.

Entre as novas atribuições trazidas, algumas vieram para dar mais força e confiança ao procedimento, visto que agora não se faz mais necessária a validação da sentença por um juiz togado, equiparando uma decisão proferida na arbitragem às decisões do poder judiciário, assegurado pelo art. 18.

Além disso, importante mencionar que, como descrito no art. 7º *caput*, da LArb, pode ser instruída a arbitragem mesmo se houver resistência de uma das partes, caso o juiz reconheça que a cláusula compromissória cumpra com todos os requisitos legais, por meio da instauração do compromisso arbitral.

Nesse sentido, fica claro que esse marco tão importante para o cenário jurídico brasileiro trouxe para a arbitragem um panorama muito mais seguro e confiável para as partes, ressaltando seus princípios e abrindo ainda mais o leque da justiça para a população, respeitando sua autonomia e seu poder de escolha. Resultado disso é o crescimento exponencial do número de arbitragens no Brasil ano a ano. Em sua pesquisa, a Professora Selma constatou que o número de casos entrantes no ano de 2010 foi de 46 arbitragens. Em 2022, 12 anos mais tarde, o número fechou em 336 casos, envolvendo um montante de R\$ 39,57 bilhões.

A tendência é que esse número só aumente e que o instituto evolua cada vez mais, fomentando a resolução adequada de litígios em diversos setores do país, criando um ambiente juridicamente seguro e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer International. 2009. p. 2608

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.

LEMES, Selma. **Arbitragem em números 2021/2022.**

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. **Manual de Arbitragem para Advogados**, p. 48-63. Disponível em: <<http://oabam.org.br/downloads/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2023.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

TAVERNARD LIMA, H. B. P. **Corrupção e Arbitragem Internacional: A Prova de Atos Ilícitos e os Efeitos na Arbitragem.** Projeto de monografia, Programa de Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2022.

O PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA (KOMPETENZ-KOMPETENZ) EM ARBITRAGEM. UMA INTRODUÇÃO QUANTO A SUA PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

Caio Figueiredo Diniz

O princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*) estabelece, em síntese, que o juízo arbitral tem a competência (jurisdição) para decidir sobre sua competência. Ou seja, uma vez que surja alegação a respeito de eventual inexistência, finalidade, ou ineficácia da convenção de arbitragem, esse conflito deve ser submetido, em primeiro lugar, ao tribunal arbitral.

Tem-se, assim, uma questão de ordem, em que é incumbida ao tribunal arbitral a primeira palavra sobre eventual alegação de incompetência do juízo, por mais que, em muitos modelos, ainda caiba a palavra final ao poder judiciário, em eventual alegação em sede de ação anulatória.¹

O Princípio é recepcionado no direito brasileiro pelo art. 8º, parágrafo único, da LArb (Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996²), sendo reforçado, ademais, pela previsão do art. 485, VII, do Código de Processo Civil³. Sua aplicação é reconhecida e pode ser visualizada com frequência pelo judiciário brasileiro. Nas palavras da excelentíssima Ministra Nancy Andriighi, o princípio “*atribui ao árbitro ou tribunal arbitral – e somente a eles – a prerrogativa para decidir acerca de sua própria competência. Considerando a aplicação de tal princípio, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após, realizar o adequado controle pela via judicial.*”⁴

Nessa linha, caso seja arguido eventual vício de cláusula arbitral perante o poder judiciário, este deve se atentar pela presença anterior de manifestação do juízo arbitral. Caso não a verifique, aquele deve reconhecer sua incompetência para julgar a questão, até que o tribunal arbitral se pronuncie sobre aquela matéria.

¹ Monteiro, André Luis. *Princípios que Governam a Arbitragem*, in *Tratado de Arbitragem* / coordenado por Sílvio Venosa, Rafael Gagliardi, Caio Tabet. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2024. P. 122.

² BRASIL. Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996. Art. 8º : “(...) *Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*”

³ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Art. 485: “*O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;*” REsp 1.614.070-SP, rel. min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 26/6/2018, DJe 29/6/2018.

⁴ REsp 1.614.070-SP, rel. min. Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. 26/6/2018, DJe 29/6/2018.

O Princípio da competência-competência possui aspectos positivo e negativo, que não se confundem com os aspectos da convenção de arbitragem, uma vez que estes dizem respeito a elucidar a quem cabe o julgamento de mérito da causa, enquanto aqueles buscam responder quem deve responder sobre a jurisdição dos árbitros.⁵

O aspecto positivo diz respeito à competência do árbitro para decidir sobre sua jurisdição. Ou seja, aqui se está sob análise do princípio no aspecto de que, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, confere “competência ao árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram”.⁶

Para além de sua adoção doutrinária, pode-se apontar como fundamento legislativo o já mencionado parágrafo único do art. 8º da LArb, em conjunto com o art. 20 da mesma lei.⁷ Ainda, constata-se, a aplicação desse aspecto é pacífica, inclusive, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁸

O aspecto negativo, por sua vez, dispõe sobre a impossibilidade de análise quanto à jurisdição arbitral pelo judiciário em momento anterior à disposição arbitral sobre o tema. Esse aspecto implica dizer que, nas palavras de Pedro A. Batista Martins, “é o árbitro o primeiro juiz a dizer sobre sua jurisdição”. Nessa linha, o efeito negativo “afasta, de plano, qualquer intervenção judicial que se pretenda para dirimir as questões acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que estiver contemplada”.⁹

Cabe dizer que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse aspecto ganhou previsão expressa na lei. Isso pois a referida norma, em seu art. 485, VI, elenca

⁵ Monteiro, André Luis. *Princípios que Governam a Arbitragem*, in *Tratado de Arbitragem* / coordenado por Sílvio Venosa, Rafael Gagliardi, Caio Tabet. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2024. P.123

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

⁷ BRASIL. Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Art. 20. “*A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.*”

⁸ AgInt no REsp n. 1.239.319/SC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe de 27/3/2017.: “*5. Constata-se que o Tribunal a quo decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a constatação de previsão de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes.*”

⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apostamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137

entre as causas de extinção do processo sem resolução de mérito o acolhimento de alegação de convenção de arbitragem, deferindo ao juízo arbitral o reconhecimento de sua competência.¹⁰ Não obstante seu caráter basilar na arbitragem internacional, o princípio da competência-competência comporta relativização em casos específicos, especificamente com relação a seu aspecto negativo. Em primeiro lugar, extrai-se da Convenção de Nova York que “*O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.*”¹¹

Nessa linha, cabe lembrar que a convenção de Nova York veio a ser recepcionada pela legislação brasileira a partir do Decreto nº 4.311, de 6 de julho de 2002.¹² A carta modelo da UNCITRAL também guardou disposição no mesmo sentido, mais especificamente seu art. 8(1), prevendo que as cortes estatais devem submeter ao tribunal questão alegadamente sujeita a arbitragem, exceto quando perceber que a convenção é nula, inválida, inoperante e incapaz de ser performada. Confira-se, na íntegra:

Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court

*(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*¹³

Nesse sentido, é importante ressaltar que sua aplicação possui distinções a depender do sistema adotado em cada jurisdição. Enquanto, por um lado, os sistemas de *Civil Law*, via de regra, conferem amplos poderes ao árbitro para dispor sobre sua competência, os países do *Common law*, por outro lado, abrem espaço para que a decisão

¹⁰ Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;”

¹¹ Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Nova York, 1958.

¹² BRASIL. Decreto nº 4.311, de 6 de julho de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 jul. 2002; Seção 1: 1-3

¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. 1985.

do árbitro seja levada em conta, apesar de que essa pode ser anulada pelo juiz togado.¹⁴

Mais exemplificadamente, na legislação holandesa, assim como na belga, as partes podem submeter a questão ao judiciário antes mesmo da submissão ao direito arbitral. O Sistema francês, por outro lado, declarou a incapacidade absoluta do poder judiciário para analisar eventual questão sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem, abrindo espaço, apenas, para a análise quanto à manifesta nulidade da convenção arbitral.¹⁵

No Brasil, conforme já mencionado, o princípio da competência-competência foi consagrado na lei de arbitragem de 1996, em conjunto ao princípio da autonomia da cláusula arbitral, em seu art. 8º, sendo ambos pilares da autonomia do juízo arbitral. O Art. 8º da referida norma,¹⁶ ao tratar sobre a independência da cláusula arbitral em relação ao contrato principal, dispôs, em seu parágrafo único, sobre a competência do árbitro para decidir sobre questões acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. Ademais, o já mencionado art. 485 do CPC consagrou o referido princípio, ao listar o reconhecimento de cláusula arbitral como causa de extinção sem resolução de mérito do processo.¹⁷

O sistema brasileiro, não obstante produza raciocínio semelhante ao francês, no sentido de reconhecer a jurisdição do árbitro para definir sobre sua própria competência, estabelece caráter relativo a este princípio.

Ou seja, em regra, observada a existência de convenção de arbitragem, o processo será remetido ao juízo arbitral. Entretanto, há situações em que a análise se dará, *prima facie*, pelo judiciário.

Inicialmente, observa-se a competência do poder judiciário para proferir decisão quanto a eventual vício da convenção de arbitragem. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona: “(.) *poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um*

¹⁴ Guerrero, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4 Ed. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 159-160.

¹⁵ Guerrero, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4 Ed. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 164

¹⁶ BRASIL. Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996. Art. 8º : “(...) *Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*”

¹⁷ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Art. 485: “*O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;*”

*compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito à questão de direito indisponível.*¹⁸”

Nessa toada, a doutrina reconhece a capacidade do poder judiciário de se manifestar sobre convenção arbitral patentemente nula, em uma espécie de cooperação entre poder judiciário e o tribunal arbitral. Nas palavras de Máira de Melo Vieira:

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise *perfunctória* (“*prima facie*”), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto.¹⁹

Todavia, há de se ressaltar que a relativização do princípio da competência-competência possui caráter excepcional, uma vez que se trata, em conjunto com a autonomia da cláusula arbitral, de uma das pedras de toque da autonomia do juízo arbitral em todo mundo.

ainda, relevante ressaltar a particularidade brasileira quanto aos contratos de adesão, aos quais a lei de arbitragem faz ressalva explícita (parágrafo segundo), ao tratar da convenção de arbitragem, em seu art. 4º:

Art. 4º A cláusula compromissória é 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.

(...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Nesses casos, a jurisprudência pátria tem aceitado a análise de plano, pelo poder

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009

¹⁹ Máira de Melo Vieira. *Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT*. In Arnaldo Wald (Coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374.

judiciário, sem a prévia análise da questão por tribunal arbitral constituído. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido.²⁰

Nesse contexto, pode-se ver que o princípio da competência-competência possui aplicações em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, sendo uma das pedras de toque da arbitragem internacional, observadas diferenças pontuais a partir do sistema jurídico adotado.

Nessa linha, verifica-se ainda sua recepção pelo direito brasileiro, a partir de dispositivos da Lei de Arbitragem, como também do Código de Processo Civil, tanto em seu efeito positivo, de modo a reconhecer a competência do árbitro para decidir sua jurisdição, quanto em seu efeito negativo, afastando a análise do poder judiciário antes da análise pelo tribunal arbitral, ressalvadas pontuais exceções.

²⁰ REsp n. 1.602.076/SP, relatora Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 30/9/2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO

Lyandra Souza de Luccas

RESUMO:

O procedimento arbitral, em contraposição à jurisdição estatal, possui a importante característica de ser guiado primordialmente pela autonomia da vontade das partes. Todavia, a despeito da relação das partes com o árbitro ser uma relação meramente contratual e incidirem, portanto, os princípios do direito privado, a responsabilidade desses profissionais também é guiada por instrumentos de responsabilização típicos dos juízes estatais, o que lhes dá um caráter dúplice.

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade inegavelmente traz à tona o surgimento de diversos conflitos, visto que faz parte da natureza humana a competição pela satisfação de suas próprias necessidades em detrimento das necessidades alheias. Tais conflitos, antes do surgimento do Estado em sua forma impositiva, podiam ser resolvidos através do que se convencionou chamar de autotutela, que consiste “na solução do litígio pela imposição da vontade de um dos interessados sobre a vontade do outro”¹. Nesse momento, prevalecia a lei do mais forte, que impunha seus interesses aos mais fracos.

Com o desenvolvimento das civilizações, a autotutela deu lugar aos métodos pacíficos de solução de conflitos, que se dividem em a) autocompositivos, quando as partes, através de processos dialógicos, tentam chegar a um consenso e, nesse sentido, atingem a pacificação social e b) heterocompositivos, segundo o qual as partes, a partir de um conflito de interesses, levam suas demandas a um terceiro, para que esse decida e, assim, resolva a demanda.

Nesse sentido, nas Palavras de Humberto Theodoro Junior:

“seria heterocomposição toda aquela em que um terceiro (agente público **ou privado**) tivesse interferido no procedimento desenvolvido para resolver o conflito, pouco importando se com força, ou não, de ditar a solução pacificadora. Na perspectiva subjetiva, portanto, são formas de composição

¹ DONIZETTI, 2024, p. 99.

heterogênea, equivalentes à jurisdição estatal, **a arbitragem**, a conciliação e a mediação.”²

Desse modo, entende-se que a arbitragem, assim como o processo judicial, são espécies de métodos heterocompositivos, segundo o qual as partes levem o litígio ao juiz togado, nesse caso, ou a um juiz arbitral, naquele outro caso. Todavia, diferente da justiça estatal, a arbitragem constitui um método de resolução de controvérsias “totalmente distinto daquele em que se encontra inserido o Estado-juiz, revestida de pura e plena jurisdição privada, fundada na autonomia absoluta da vontade das partes”³.

A despeito da aparência inovadora, interessante destacar que a arbitragem existe a muito mais tempo do que se imagina:

“A história do Direito registra a existência da prática da arbitragem desde a organização das mais remotas civilizações, o que engloba as sociedades sumerianas, hebraicas, gregas e romanas. [...]. Isso porque o Código Hammurabi, editado pelo Rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), previa o uso da justiça privada entre os seus cidadãos. [...].

Em termos legais, vale destacar a expressa previsão da arbitragem no *Corpus Iuris Civilis*, do Imperador Justiniano. [...]. O instituto do juízo arbitral se encontrava expresso no Digesto, prevendo que as partes podiam celebrar compromissos da mesma forma como o faziam anteriormente, perante a justiça comum, para que um terceiro, o árbitro, julgasse o conflito, resultando na *sententia*, conferindo a *actio in factum*. A partir dessa perspectiva histórica, pode-se dizer, acompanhando o ensinamento de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que ‘a arbitragem [...] antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada’⁴.

Em âmbito nacional, a arbitragem foi citada pela primeira vez na constituição imperial de 1824⁵, que definia, em seu art. 160, que “nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros”. Após, repetiu-se em dispositivos de outras normas, como o Código Comercial de 1850, na Constituição de 1891, no Código Civil de 1916, no Código de Processo Civil de 1939, entre diversas outras leis brasileiras.

Todavia, só em 1996 que a arbitragem foi regulamentada por lei que dela tratasse exclusivamente, a Lei Ordinária n.º 9.307/1996. A promulgação da Lei de Arbitragem se deu a partir do Projeto de Lei n.º 4018/1993, de iniciativa do senador Federal Marco Maciel, cujo parecer dispõe que: “a proposição foi concebida e formulada ‘em resposta aos anseios mais expressivos de lideranças [...], cada vez mais convencidos das grandes

² JUNIOR, 2024, p. 133, grifos acrescentados.

³ JUNIOR, 2024, p. 47.

⁴ FICHTNER, 2018, pp. 19-21.

⁵ FICHTNER, 2018, p. 23.

limitações' do nosso direito no tocante à arbitragem, centrada basicamente nos institutos do compromisso [...] e do juízo arbitral”⁶.

A partir desse momento, possibilitou-se às partes a faculdade de dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis perante os juízes arbitrais que, nas palavras da própria Lei de Arbitragem, são juízes de fato e de direito, cujas decisões não ficam sujeitas a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Tal avença poderá se dar através do instituto da convenção de arbitragem, que é gênero da qual se dividem duas espécies: a) a cláusula compromissória, quando incluída no próprio contrato firmado entre as partes e anterior ao surgimento do litígio ou b) compromisso arbitral, quando o impasse já se encontra em voga e as partes, por vontade própria, decidem levar o caso à justiça privada para que o árbitro dela decida⁷.

Dentre as características do procedimento arbitral que podem ser decididas pelas partes já na convenção de arbitragem, destaca-se o procedimento de escolha do próprio árbitro. Nesse sentido, a Lei de Arbitragem exige apenas dois requisitos para a escolha dos julgadores: que sejam pessoa capazes e que detenham a confiança das partes.

Por isso, verdadeira é a afirmativa de que o poder conferido aos árbitros vem acompanhado também de uma série de deveres que devem ser cumpridos para que o procedimento arbitral seja válido e digno da confiança das partes. Ou seja, “o direito positivo não confere apenas poderes aos árbitros. Ao contrário, estabelece certos deveres que devem ser por eles cumpridos para evitar que sejam responsabilizados pelo descumprimento”⁸. É por isso que devem cumprir o seu papel da forma mais leal às partes, agindo sempre de forma imparcial. Do contrário, estarão sujeitos a responsabilização. É o que se passará a analisar.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ÁRBITRO

Inegável que a arbitragem emergiu como um mecanismo eficaz de resolução de conflitos, conferindo ao árbitro um poder jurisdicional que, até então, era prerrogativa do juiz estatal. “Salienta-se que a sentença exarada pelo árbitro preenche os mesmos

⁶ BRASIL, 1996.

⁷ JUNIOR, 2019

⁸ MESSA; ROVAI, 2021, p. 148

requisitos da proferida por juiz de direito e possui os mesmos atributos, sendo passível de cumprimento forçado em processo judicial próprio quando for condenatória”⁹. Por esse motivo, ao árbitro são impostos os deveres de agir com “imparcialidade, isenção, competência, independência, diligência”, bem como “o dever de revelação de possíveis causas de impedimento ou suspeição”, além de “zelar pela exequibilidade da decisão que vier a proferir.”¹⁰

Por isso, é imperativo que o árbitro, mesmo que seja indicado por uma das partes, de ambas adote uma posição equidistante:

“importante destacar que as partes tenham ciência da posição que o árbitro ocupa no procedimento arbitral, não podendo confundir a simples indicação de um árbitro com a necessidade de que esse se posicione, durante a solução do conflito, do seu lado e para defender os seus direitos, como uma *longa manus* de seu próprio advogado constituído na arbitragem. Imaginar essa realidade significa que não se pode exigir do árbitro uma atuação imparcial e independente, o que não condiz com a finalidade da arbitragem ou, ainda, com a função jurisdicional desempenhada. [...]. O árbitro hoje é indicado pelas partes em razão de cumprir os requisitos objetivos e subjetivos necessários para ocupar essa posição, não estando ali para defender ou prejudicar qualquer das partes”.¹¹

Feridos os deveres de confiança depositados nos juízes arbitrais, além de se conduzir às partes a contestação da decisão em âmbito judicial, pode-se também falar sobre a responsabilização desses profissionais frente às condutas que violem direitos das partes envolvidas no procedimento arbitral.

Mas antes de falar propriamente da responsabilização dos árbitros pelos danos que causarem às partes, é importante destacar, em breves linhas, a natureza jurídica da arbitragem. Segundo ensina a melhor doutrina, a “atividade do árbitro seria de natureza híbrida, por ser contratual em sua origem, mas jurisdicional quanto ao seu resultado.”¹² Isso porque, de início, trata-se de uma relação meramente contratual entre as partes e o árbitro. Todavia, em sequência, incidem regras próprias dos processos que tramitam perante a justiça estatal, sendo o árbitro um terceiro que deve decidir o caso com imparcialidade e demais deveres inerentes à atividade jurisdicional.

Diante dessa natureza dúplice, surge um intenso debate sobre a responsabilidade civil do árbitro. Aqueles que dizem se tratar de uma relação estritamente contratual

⁹ LUCAS, 2018, p. 36.

¹⁰ CORREIA, 2013, p. 10.

¹¹ LUCAS, 2018, p. 34.

¹² CORREIA, 2013, p. 9.

destacam que a atividade dos árbitros deverá ser pautada a partir de uma “cláusula geral de boa-fé na atividade do árbitro, cláusula essa tão importante e presente em nosso direito privado”¹³.

Por outro lado, existem aqueles que defendem que os árbitros exercem atividades tipicamente jurisdicionais, sendo-lhe aplicadas as mesmas regras referentes à responsabilização dos magistrados estatais. Tanto é que o art. 17 da lei de arbitragem diz que “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Entretanto, como observa Correia, a responsabilidade civil do árbitro não está delimitada pela legislação:

“Embora o artigo seguinte coloque o árbitro no mesmo patamar em que está o juiz, ao denominá-lo de “juiz de fato e de direito”, a questão da responsabilidade civil do árbitro não foi objeto de previsão específica, de modo que os limites dessa responsabilidade podem ser objeto de dúvida em determinadas situações. [...]. Em sendo um instituto tradicionalmente utilizado como meio de resolução de instância única, a responsabilidade dos árbitros na condução de causas dessa importância é proporcional à relevância dos temas e valores nelas envolvidos.”

A corrente que defende que o árbitro deverá ser responsabilizado segundo as regras próprias dos juízes pelos danos que causarem às partes diz que incidirá, naquelas relações, as regras contidas no art. 143 do Código de Processo Civil, segundo a qual:

“Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.”

Desse modo, pode-se concluir que, no procedimento arbitral, “a atividade julgadora envolve dois grandes pilares: o contrato e a jurisdição. E isso produz um modelo de responsabilização civil híbrido dos árbitros”¹⁴. Isto é: dado o caráter *sui generis* das atividades desempenhadas pelos árbitros, não é possível lhes atribuir tão somente os tratamentos típicos da responsabilidade decorrente de danos em relações contratuais, sem considerar “o peso dos deveres que decorrem do exercício da jurisdição”¹⁵. Por isso, nesses casos, há a incidência direta das cláusulas gerais aplicáveis aos contratos em geral,

¹³ CORREIA, 2013, p. 19.

¹⁴ SANCHES, 2021, p. 78

¹⁵ CORREIA, 2013, p. 17

em especial a boa-fé, bem como as obrigações que decorrem da própria característica jurisdicional que reserve o procedimento arbitral¹⁶.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 4018/1993**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=218042>.

Acesso em: 20 de junho de 2024.

CORREIA, Marcelo dos Santos Barradas. **A Responsabilidade Civil do Árbitro**. S.L: Revista Brasileira de Arbitragem, s.d. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/10.39/RBA2013046>. Acesso em: 01 de junho de 2024.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil** - Vol. Único. São Paulo: Grupo GEN, 2024.

FICHTNER, José A. et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

JUNIOR, Joel Dias F. **Arbitragem**. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

JÚNIOR, Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil**. v.I. São Paulo: Grupo GEN, 2024.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. **Responsabilidade civil do árbitro**. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/20833>. Acesso em: 28 de junho de 2024.

MESSA, Ana F.; ROVAI, Armando L. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

SANCHES, Matheus Soubhia. **Responsabilidade civil do árbitro no direito brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/24022>

¹⁶ CORREIA, 2013, p. 10.

SANTOS, Mariana Valois Galvão. **Responsabilidade civil do árbitro**. Portugal: Universidade de Lisboa, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/62308>>. Acesso em: 22 de maio de 2024.

DO DEVER DE REVELAR AO ÔNUS DE CONHECER: AS DUAS FACES DA CONFIANÇA DEPOSITADA NOS ÁRBITROS

Vinicius de Lara Ribas

INTRODUÇÃO

A arbitragem enquanto método de resolução de disputas alternativo ao Poder Judiciário e heterocompositivo está presente no Direito Brasileiro desde a Constituição de 1824, que em seu art. 160 determinava que em disputas cíveis e penais civilmente intentadas, as partes poderiam convencionar a resolução destas por Juízes Árbitros. Entretanto, antes da Lei de Arbitragem de 1996, existiam obstáculos a sua institucionalização, destacados por Carmona¹ (2023: 4), principalmente nos Códigos Civil e de Processo Civil, que exigia a homologação judicial do laudo arbitral. Tal procedimento transformava a arbitragem em verdadeiro “atraso” na lide, uma vez que toda esta passaria pelo escrutínio do juiz togado. Diferentes tentativas de alteração na lei material e processual não vingaram até o Projeto de Lei que resultou na Lei n. 9.307/1996, a atual Lei de Arbitragem (LArb)².

Natália Lamas³ observa que a arbitragem se popularizou a partir da Lei n. 9.307/1996 e da declaração de sua constitucionalidade pelo STF em 2001, e tem sido usada cada vez mais. Nesse diapasão, há que se reconhecer que as características dos árbitros são centrais para o sucesso do procedimento, uma vez que estes são a “pedra angular” da arbitragem independente e imparcial, que tem como pilar a transparência e eficiência das decisões dos mesmos⁴.

O objetivo deste trabalho é analisar o efeito do § 1º, art. 14 da Lei da Arbitragem, que determina aos indicados como árbitros “o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”, na judicialização da sentença arbitral. Tal dever é objeto de extensa discussão na literatura e tem sido alvo de disputas judiciais recentes, bem como projetos

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 4. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 4.

² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Último acesso em 29/06/2024.

³ LAMAS, Natália M. “Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem”. In: LEVY, D.; SETOGUTI, G. (coord.). *Curso de Arbitragem*: São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25.

⁴ GAMA JR., Lauro. “O futuro da Arbitragem”. In: NANNI, G. E.; RICCIO, K.; DINIZ, L. M (coord.). *Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil: obra comemorativa ao 20º aniversário do CBAr*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 364.

que visam alterar a Lei de Arbitragem para definir a extensão e parâmetros ao dever de revelar.

Entretanto, as posições aqui analisadas – o Caso Abengoa vs. Ometto⁵ e a recente decisão ao Recurso Especial nº 2101901/SP no Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶ – é de que a obrigação de revelar dos árbitros não elimina, *per se*, a obrigação de conhecer das partes. Estas devem ter conhecimento dos fatos públicos da carreira profissional dos árbitros escolhidos e, nos casos em que há justificada dúvida levantada a partir dos mesmos, recusar a nomeação.

O argumento debatido é da dupla função do dever de revelar: para o árbitro, aquela bem definida, e para as partes como um ato processual arbitral de diligência sobre quem elas contratam como árbitro. Há que se considerar que tal dever do árbitro constitui direito das partes de uma decisão bem-informada sobre aquele que terá a confiança das mesmas. Para tal, além das características que aqui serão detalhadas, aos árbitros emana a avaliação sobre sua vida profissional e pessoal pública.

OS ÁRBITROS: DEVER DE REVELAR

O art. 18 da Lei n. 9.307/1996 determina que o árbitro “é o juiz de fato e de direito frente ao litígio, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Em razão dessa jurisdição concedida por acordo de vontade entre as partes, o § 6º do art. 13 da LArb determina que “o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” ao desempenhar suas funções, preservando, dessa forma, a sentença arbitral. Gilberto Giusti⁷ defende o que se comumente entende por “características”, mas na verdade é um dever dos árbitros a ser rigorosamente seguido.

Para tal, Gilberto Giusti (2024) ensina que o dever de revelar é o instrumento de trazer essa confiança, imbuída das características acima descritas, ao árbitro. O dever de revelar reveste-se, portanto, de requisito indispensável para a comprovação da

⁵ STJ. *Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/US*. Relator: Min. Felix Fischer, 2017.

⁶ STJ. *Recurso Especial nº 2101901/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2024.

⁷ GIUSTI, Gilberto. “Os Árbitros I: quem pode ser árbitro, deveres, formação do tribunal arbitral, exercício da jurisdição, prestação de serviços, responsabilidades”. In: VENOSA, S.; GAGLIARDI, R.; TEBET, C. *Tratado de Arbitragem*. São Paulo: Ed. Foco, 2024, p. 349.

imparcialidade do árbitro. É deste a obrigação de revelar condutas profissionais e informações que podem comprometer seu julgamento na causa. Ademais, segundo o autor:

[o árbitro deve] “ir além e diligentemente refletir se, dadas as características das partes e/ ou do objeto da disputa no caso concreto, podem, além daqueles de seu conhecimento e lembrança imediatos, existir outros fatos ou circunstâncias - dada, por exemplo, sua atuação profissional pretérita - que valha serem levantados para compor o conjunto de informações que será disponibilizado às partes” (Giusti, 2024:358).

Os parâmetros e a extensão do dever de revelar, legalmente previsto na LArb, são temas de controvérsias doutrinárias, jurídicas e políticas, pois a violação deste dever compromete todo o procedimento arbitral.

A atual legislação fala em “dúvida justificada”, enquanto aqueles que querem modificá-la falam em “dúvida mínima”. No âmbito político, há tramitação de proposta de alteração da LArb (PL 3293/2021) na Câmara dos Deputados⁸, visando limitar a atuação do árbitro e obrigar a revelação, a qualquer tempo “de fato que denote dúvida mínima” da imparcialidade do mesmo. Com a mesma intenção, tramita no STF a ADPF 1050⁹, que requer que a uma interpretação restritiva a atuação do árbitro, uma vez que a não-revelação de qualquer fato sobre o qual poderia emanar dúvida mínima e geraria a nulidade do procedimento arbitral.

Stefen Elias¹⁰ defende que o dever de revelar não pertence apenas a fase de seleção dos árbitros, mas sim a todo o processo arbitral. Para o autor, o árbitro constituído deve “continuar a perquirir e informar sobre quaisquer eventos – mesmo os ocorridos após a assunção do encargo – que possam gerar dúvidas razoáveis ou justificadas quanto à sua imparcialidade”. Essa obrigação torna-se “contínua e dinâmica”, nas palavras de Alberto Trigo¹¹, e está presente tanto no direito nacional quanto internacional como requisito indispensável às arbitragens.

⁸ Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2300144&fichaAmigavel=n_ao. Último acesso em 29/06/2024.

⁹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601249>. Último acesso em 29/06/2024.

¹⁰ STEFEN ELIAS, Carlos Eduardo. *Imparcialidade dos Árbitros*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2014, p. 198.

¹¹ TRIGO, Alberto. “O Dever de Revelação à Luz do Julgamento do Caso Halliburton v. Chubb: Obrigação Contínua e Dinâmica”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 74, n. 19, 2022.

Na tentativa de estabelecer uma abordagem doutrinária do que deve e o que não deve ser revelado, Dalmaso¹² busca critérios que respondam de forma objetiva às questões que dizem respeito à facilidade e publicidade da informação, a relevância da mesma para gerar dúvidas quanto ao árbitro, o consentimento do tratamento das informações, a complexidade do caso concreto (e sua possível falta de transparência) e, por fim, se a informação está protegida por algum tipo de sigilo ou confidencialidade que coloca em risco a confiança depositada no árbitro. A tentativa de Dalmaso é racionalizar o dever do árbitro e, com isso, “fechar o flanco para impugnações descabidas” (Dalmaso, 2017: 214).

Isso porque a suposta violação do dever de revelar é constantemente o argumento principal para a busca da anulação de sentença arbitral nos tribunais. Há que se recordar o Caso Abengoa vs. Ometto (Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/US, no STJ), que teve sua sentença arbitral estrangeira não-homologada pelo STJ uma vez que houve violação da imparcialidade do árbitro-presidente, sócio de escritório de advocacia de uma das partes, e que o fato foi omitido à época da revelação dos árbitros.

Tal caso é ilustrativo de que a violação do dever de revelar pode esconder parcialidades e gerar justificadas dúvidas sobre o bom andamento do procedimento arbitral. Entretanto, a literatura tende a concordar que a violação do dever de revelar não se constitui, por si só, fato capaz de anular a sentença arbitral.

Aguardar a sentença arbitral para só então destacar “dúvidas” quanto à parcialidade do árbitro em razão de falhas no dever de revelar não prospera nos tribunais que reconhecem a arbitragem como método eficaz de promoção da justiça. Stefen Elias (2014: 199) analisa farta jurisprudência francesa, inglesa e norte-americana que reconhece que “a violação do dever de revelação [é] apenas mais um elemento de apreciação, entre outros, que pode levar à aparência de parcialidade, não devendo configurar como causa direta de anulação de sentença arbitral”.

Acórdão do Recurso Especial 2.101.901/SP no STJ, recentemente julgado, demonstra que a violação do dever de revelar não se confunde com uma suposta imparcialidade, o que ensejaria a anulação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32 e

¹² DALMASO M., Ricardo Tadeu. *O Dever de Revelação do Árbitro: extensão e consequências de sua violação*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, 2014.

33 da LArb. A dúvida justificada que surge após a revelação deve ser arguida na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar, mesmo após a instituição da arbitragem, como determina o art. 20 do diploma legal.

Nessa toada, o voto-vencedor no REsp 2.101.901/SP conclui que o fato revelado intempestivamente não deverá apenas “abalar a confiança da parte”, mas sim demonstrar a quebra de independência e parcialidade do árbitro. O exame de impugnação no tribunal será circunstancial, considerando o fato objetivo – a sentença arbitral – e suas características. Para a anulação, as provas acostadas devem demonstrar mais do que apenas desconhecimento de algum fato pretérito sobre os árbitros.

AS PARTES: O ÔNUS DE CONHECER

Há que se recordar lição de Selma Lemes¹³ de que o dever de revelação “não se presta para agasalhar alegações inconsistentes, ilegais e se transformar numa armadilha para a arbitragem, bem como numa muleta para a parte vencida” para macular a sentença arbitral legalmente proferida. Nesse sentido, se não há na LArb uma obrigação das partes em revelar fatos dos árbitros, há um ônus destes em conhecer fatos públicos.

Martins-Costa *et. al.*¹⁴ (2014: 231, *apud* Giusti, 2024: 359) defendem que o dever do árbitro não dispensa “o ônus jurídico das partes de também agirem para esclarecer dúvidas suscitadas por investigação própria ou oriundas de certa revelação feita pelo árbitro. Inércia não é desculpa. As partes devem questionar as informações recebidas e diligenciar por informações adicionais”. Certa obrigação decorre da boa-fé dos contratos de arbitragem, uma vez que as partes devem diligenciar para a melhor resolução da mesma, a fim de produzir um resultado seguro juridicamente.

¹³ LEMES, Selma M. Ferreira. “O Dever de Revelação do Árbitro, o Conceito de Dúvida Justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1.º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996)”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, p. 231, janeiro de 2013, p. 7.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana; XAVIER, Rafael Branco; WEBBER, Pietro. “Deveres e Responsabilidade dos Árbitros: Entre o Status e o Contrato de Investidura”. In: MACHADO FILHO, J. A.; *et. al.* *Arbitragem e Processo: Homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmona* (volume 1). São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 231, *apud* Giusti, *op. cit.* 2024, p. 359.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, ao analisar o Caso Abengoa vs. Ometto (Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/US) e o acórdão do Resp 2.101.901/SP, entende-se a importância do dever de revelação do árbitro para a eficácia da decisão proferida. Essa só pode ser proferida por árbitro competente para tal, que atua como juiz de fato e de direito da lide (arts. 18 e 32, II, da LArb). Dessa forma, ocultar informação que trará dúvida justificada ou, até mais grave, inviabilizará ao indivíduo sua atuação como árbitro, é motivo para que tribunais anulem a sentença arbitral que nunca deveria ter existido.

Entretanto, a violação do dever de revelação, por si só, não é motivo para anulação da sentença. Isso porque o próprio instituto da arbitragem apresenta dois antídotos consistentes nesses casos: o primeiro decorre da boa-fé inerente às relações contratuais: às partes cabe conhecer informações públicas dos possíveis árbitros, questioná-los e depositar confiança após reconhecê-los como detentores das características previstas na LArb. Aos possíveis árbitros, cabe a obrigação “de revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência” (§ 1º, art. 14 da LArb). Isso significa que estes devem ser diligentes em prestar as informações.

O segundo antídoto é a tempestividade de levantar dúvidas justificadas: assim como o dever de revelar, ela está presente em todo o processo arbitral. Entretanto, uma vez conhecida fato que levante questão relativa à suspeição ou impedimento do árbitro, determina o Art. 20 da LArb que é na primeira oportunidade manifesta que essa deve ser levantada. “Guardar” para si fato público não-revelado à espera da decisão que convém na sentença – e quando esta não vem, buscar sua impugnação – não prospera em um Estado que reconhece a arbitragem como meio de acesso à Justiça, afinal, às partes cabe o ônus de conhecer em quem se deposita confiança.

PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM

Livia Henriques Vasconcelos de Paiva

1. INTRODUÇÃO

A produção de provas é uma importante etapa em qualquer tipo de resolução de litígios, posto que a verdade dos fatos será definida por meio da apresentação das provas, assim como a sentença será arbitrada de acordo com a exposição destas. Assim, o presente artigo tem o intuito de ressaltar a importância da produção de prova no processo arbitral, assim como demonstrar os tipos de provas possíveis nesse tipo de procedimento, exemplificando com litígios reais. No tópico 2, será feita uma breve apresentação do que é a arbitragem jurídica, no tópico 3 será ressaltada a importância das provas no processo arbitral. No tópico 4 serão expostas algumas dificuldades de produção de prova no processo arbitral. Já no ponto 5, serão expostas algumas possibilidades de produção de provas, com exemplificações de casos reais. Por fim, o tópico 6 vai ressaltar as declarações e as posturas que as câmaras arbitrais possuem diante da produção de provas.

2. O QUE É A ARBITRAGEM

Arbitragem é um método de resoluções de conflito extrajudicial e privado, onde a vontade/acordo das partes é primordial. O comprometimento com a arbitragem é feito através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, e a decisão arbitral equivale a uma decisão judicial-estatal. Além disso, é possível escolher qual o direito vai ser aplicado para o mérito da questão, qual o direito será aplicado as questões processuais, além de determinar quem será o árbitro, dentre outras.

Entre as vantagens da arbitragem destacam-se o sigilo, que protege a reputação e informações das empresas; a especialização dos árbitros, podendo escolher especialistas na área do litígio; a autonomia para definir as regras do processo conforme interesses das partes; e a flexibilidade para adotar soluções criativas na resolução de conflitos.

3. IMPORTÂNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVAS

Historicamente, o ser humano busca a verdade constantemente, concentrando seus esforços em distinguir o verdadeiro e o falso, pois, a verdade dos fatos impacta fortemente no julgamento e nas impressões humanas. Assim, acaba sendo natural que a dúvida sobre a veracidade de algo, seja verificada.

O doutrinador Marinoni tem que a verdade é inatingível, dentro e fora do processo. Entretanto, partir do pressuposto que a exposição da verdade é a finalidade da prova é imprescindível para que o objetivo do processo seja suprido e para que a justiça seja dada ao caso concreto¹.

Como em toda averiguação de um fato antigo, seja de forma judicial ou não, as provas desempenham um papel fundamental, posto que são elas que vão proporcionar a impressão presente de um fato ocorrido no passado e, conseqüentemente, vão possibilitar a valoração da situação, assim como, judicialmente, possibilitarão a decisão mais justa, em vista da concretude das circunstâncias apresentadas.

Tendo isso em vista, nota-se que a prova é essencial para o sucesso e o bom desenvolvimento de um processo arbitral, pois é por meio dela que as partes demonstram seus fatos e fundamentos jurídicos, visando a uma decisão mais justa.

Nesse sentido, a admissibilidade de provas desempenha um papel crucial na resolução do litígio, assim, o tribunal arbitral costuma oferecer maior flexibilidade tanto nos tipos de provas a serem produzidos quanto na sua apresentação, no item 6 veremos algumas elaborações dos tribunais arbitrais sobre a admissibilidade de provas.

4. DIFICULDADES NA PRODUÇÃO DE PROVAS

A arbitragem enfrenta desafios devido à falta de um sistema formal e uniforme de regras, o que confere ao árbitro uma grande margem de discricionariedade na admissão

¹ "A impositação da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto com o que se deseja do processo". Tirado de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 324.

de provas, potencialmente gerando imprevisibilidade. Para mitigar esse problema e manter a confiança no processo, é crucial que os árbitros esclareçam claramente os critérios para aceitar provas. Apesar de ser um método de resolução não convencional, os árbitros geralmente aceitam uma ampla gama de provas, desde que não comprometam a economia processual nem causem atrasos, assegurando assim a ampla defesa das partes.

Além disso, o princípio fundamental da arbitragem é a convenção e o acordo entre as partes. É recomendável que os litigantes definam previamente os tipos de provas que podem ser apresentados ao longo do processo, estabelecendo um consenso para evitar conflitos e a sensação de injustiça. Algumas arbitragens adotam o procedimento de discovery, amplamente utilizado nos Estados Unidos, onde ambas as partes expõem suas provas desde o início, promovendo um processo equitativo que pode facilitar a negociação de um acordo antes do julgamento.

Por fim, é essencial destacar que a confiança e a cooperação são fundamentais para o sucesso da arbitragem e a produção eficiente de provas. Dado que os árbitros não têm poder coercitivo como os juízes judiciais, a colaboração das partes é crucial para evitar complicações na obtenção de provas, podendo ser necessário recorrer ao judiciário para certos tipos de provas, como documentos ou testemunhos.

5. TIPOS DE PROVAS

Pela flexibilidade e multiculturalidade características da arbitragem, inúmeros tipos de provas são aceitos,

a. Prova documental

As provas documentais são frequentemente utilizadas, principalmente em disputas comerciais, e possuem uma grande abrangência, se referem não só a documentos tradicionais em papel, mas, também, a emails, registros eletrônicos, dados em nuvem, mensagens eletrônicas, dentre outros.

Por exemplo, no caso *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*², Documentos contratuais foram cruciais para estabelecer a base das reclamações de

² INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 626.

expropriação. Já no caso, *Methanex Corporation v. United States of America*³, e-mails e memorandos internos foram utilizados para demonstrar a intenção e o conhecimento das partes envolvidas.

Já no caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*⁴, fotografias e vídeos de locais de extração de petróleo foram usados para demonstrar o impacto ambiental causado pelas práticas degradantes da empresa Texaco.

b. Prova testemunhal

Na prova testemunhal, uma pessoa com conhecimento direto dos fatos relata o litígio, em sua perspectiva própria, ou pode fornecer informações sobre as partes litigantes, que possam modificar o caso, por meio do esclarecimento do evento ou esclarecimento de intenções. Esse tipo de prova é amplamente aceito e comum os diversos ordenamentos jurídicos.

Na arbitragem, é comum que as testemunhas façam um depoimento escrito⁵, com auxílio de advogados ou consultores legais, garantindo a clareza e os requisitos legais, além disso, os depoimentos são assinados pelas testemunhas. Assim, o tribunal possui uma noção do que as testemunhas pretendem falar antes de serem entrevistadas no tribunal arbitral, o que possibilita conferir a relevância da testemunha para o caso, garantir melhor preparo das partes na elaboração de questionamentos e a redução de custos⁶.

c. Prova pericial

A prova pericial desempenha um papel fundamental na maioria das arbitragens, posto que muitas arbitragens se desenvolvem em setores muito específicos e com grande complexidade técnica, como no setor de engenharia, no setor portuário, no setor de minas e energia, no setor marítimo, dentre outros. Assim, para que os reais desafios sejam expostos e compreendidos pelos tribunais arbitrais, os peritos técnicos desempenham um papel fundamental e decisivo, posto que fornecem uma base objetiva as decisões dos árbitros.

³ INVESTMENT TREATY NEWS. *Methanex v. United States*.

⁴ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 257

⁵ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014.

⁶ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER. *The Use of Witness Statements in Arbitration*. 2021.

Mas, esse tipo de prova enfrenta algumas críticas, como o seu alto custo e a (im)parcialidade dos peritos. A contratação de peritos, especialmente em áreas altamente específicas pode ser muito caro, devido a mão de obra altamente especializada. Assim, é comum que o tribunal arbitral nomeie apenas um perito para realizar um laudo pericial, mas, também, existe a possibilidade de cada parte contratar um perito.

Nessa última possibilidade, existe a crítica da parcialidade do perito, posto que são pessoas contratadas, em alto valor, por uma das partes, para embasar os argumentos de uma das partes. Assim, é difícil garantir a imparcialidade do perito, porque existe a possibilidade dele utilizar seus conhecimentos técnicos para defender uma parte em específico. Além disso, a dificuldade de identificar essa parcialidade, ou rebater um relatório produzido por um perito é extremamente difícil, posto que o tribunal não compreende o assunto em termos técnicos profundos.

Para tentar solucionar esse problema, ainda mais quando cada parte apresenta um laudo pericial favorável a si, é comum que seja marcada uma reunião arbitral no qual os peritos são colocados frente a frente para discutir sobre o caso e defender seu ponto de vista e maneira técnica. Assim, caso eles não entrem em acordo de uma verdade comum, os árbitros conseguem ver qual deles tem o embasamento mais bem fundamentado e científico. Também, existe a possibilidade de contratar um perito do tribunal para ajudar a resolver essas divergências, rebater os laudos e pacificar algumas dúvidas quanto aos laudos.

Logo, percebe-se que disputas complexas e específicas podem exigir procedimentos específicos ou especializados, que, muitas vezes, não são consensuais. Portanto, cabe ao tribunal arbitral equilibrar a necessidade jurídica com a eficiência processual.

O caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*⁷⁷ exemplifica como a prova pericial pode desempenhar um papel crítico em arbitragens complexas, ajudando os árbitros a entenderem questões técnicas e especializadas que são essenciais para a resolução justa e informada das disputas.

⁷⁷ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 257

Nesse caso, especialistas ambientais realizaram avaliações detalhadas dos danos ambientais alegadamente causados pelas operações de petróleo, incluindo análise de solo e água.

d. Prova opinativa

Nesse tipo de prova um especialista fornece informações cruciais sobre práticas, funcionamento, resoluções e conceitos específicos em um determinado contexto. Seu relatório se baseia nas provas apresentadas e em presunções, já que não tem contato direto com o objeto da disputa. Além disso, as Testemunhas Especialistas são peritos técnicos que oferecem opiniões sobre questões complexas, como avaliações financeiras, práticas industriais ou danos econômicos.

Um exemplo de caso que utilizou esse tipo de prova foi o *Yukos Universal Limited Vs. Russian Federation*⁸⁸, no qual testemunhas especialistas foram chamadas para discutir a avaliação de ativos e as práticas de mercado, posto que a morena Yukos buscava a compensação pela alegada expropriação ilegal dos seus ativos pela Rússia.

e. Prova emprestada

A prova emprestada permite que uma prova produzida e utilizada em um caso seja reaproveitada em outro, sem que esta perca sua eficácia. Isso pode ser muito eficiente, posto que evita a produção de provas repetidas, tendo uma economia processual e temporal.

No caso *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation vs. The Republic of Ecuador*, a Chevron utilizou provas emprestadas de procedimentos judiciais realizados no Equador para apoiar suas alegações de que o Equador falhou em fornecer tratamento justo e equitativo conforme o exigido pelo Tratado Bilateral de Investimentos EUA-Ecuador. Essas provas incluíam documentos e testemunhos apresentados em litígios locais, que foram fundamentais para construir o caso da Chevron no tribunal arbitral.

6. Regulamentação de algumas câmaras arbitrais sobre a produção de provas

⁸⁸ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. Case No. 61.

Diversas instituições arbitrais, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a Associação Americana de Arbitragem (AAA) e o Centro Internacional para a Resolução de Disputas (ICDR), possuem diretrizes sobre a produção de provas que refletem um equilíbrio entre os sistemas de common law e civil law, mas, sempre dando prevalência a convenção entre as partes.

Por exemplo, as Regras da CCI incentivam a transparência e a troca de informações, baseando-se em princípios de justiça e imparcialidade. Possibilitando que as partes tenham oportunidades razoáveis para apresentar suas perspectivas, como é inferido no artigo 22 das Regras de Arbitragem da CCI. A produção de provas é regulada principalmente pelas partes e pelo tribunal arbitral, que elaboram sobre sua admissibilidade, relevância e materialidade⁹.

Já a câmara ICDR (International Centre for Dispute Resolution) permitem uma produção de documentos mais estruturada, com base nas regras recomendadas pela IBA (International Bar Association), onde as partes devem justificar a relevância e a materialidade das provas solicitadas.¹⁰

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACERIS LAW LLC. Document production in international arbitration. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/document-production-in-international-arbitration/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

ACERIS LAW LLC. Procedural timetable and late submission of evidence in ICC arbitration. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/procedural-timetable-and-late-submission-of-evidence-in-icc-arbitration/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

ACERIS LAW LLC. Document production in international arbitration. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/document-production-in-international-arbitration/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

⁹ ACERIS LAW LLC, “Document production in international arbitration” e “Procedural timetable and late submission of evidence in ICC arbitration”

¹⁰ ACERIS LAW LLC, “Document production in international arbitration”.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. Case No. 61. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/cases/61/> .Acesso em: 1 jul. 2024.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 257. Disponível em: <https://italaw.com/cases/257>. Acesso em: 1 jul. 2024.

BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2014.
FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER. The Use of Witness Statements in Arbitration. 2021.

INVESTMENT TREATY NEWS. Methanex v. United States. 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/methanex-v-united-states/>. Acesso em: 1 jul. 2024.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 626. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/626>. Acesso em: 1 jul. 2024.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. Case No. 257. Disponível em: <https://italaw.com/cases/257>. Acesso em: 1 jul. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 324.

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A AUTONOMIA JURÍDICA DAS TRANSNACIONAIS: PROCESSO ARBITRAL COMO BASE DA AUTONOMIA JURÍDICA DA COMUNIDADE MERCANTIL

João Victor Caribé da Costa Carvalho

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, vive-se um momento de intensa globalização, o que tornou o fluxo de informações e mercadorias extremamente rápido e flexível. Diante disso, relações entre Estados e entre empresas mostram-se cada vez mais complexas, porém não podem atrapalhar a transferência de dados e capital, portanto devem ser tratadas com absoluta celeridade, especialmente no que tange à solução de potenciais conflitos. Além disso, em um mundo interconectado, as consequências das decisões dos governos adquirem uma gravidade cada vez maior, podendo afetar o mercado a nível global (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

Nesse contexto, as empresas transnacionais buscam um modelo de resolução de conflitos que seja não só célere, mas também adaptável aos interesses dos agentes econômicos. A Justiça estatal, lenta e excessivamente burocrática, apesar de oferecer segurança e ser funcional, pode tornar-se empecilho para a fluidez das relações comerciais e produtivas, especialmente quando uma só empresa faz-se presente em múltiplos Estados, cada um com sua respectiva política e legislação econômicas. Por conseguinte, por ser um método desatrelado da tutela jurisdicional e baseado completamente na autonomia da vontade das partes, o instituto da arbitragem é o que mais tem agradado as multinacionais (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

A arbitragem faz-se útil a partir do momento em que as normas legais e doutrina jurisprudencial não conseguem acompanhar mais os institutos e regras comerciais. Deste modo, a arbitragem, como um meio de solução de conflitos arquitetado inteiramente pelas partes litigantes, justamente por não estar atrelada a ordens jurídicas defasadas, acaba sendo, na perspectiva do mercado, o modelo ideal de resolução de lides no meio internacional (FERNANDES; BORGES, 2018). Consequentemente, a evolução da arbitragem no meio internacional permitiu a criação de regras e doutrinas jurídicas inteiramente privadas, criadas pelas empresas e para elas, de forma que, pelo menos para as partes do processo arbitral transnacional, o acordado na convenção de arbitragem serve

de lei suprema, superior até mesmo à dos Estados em que se situam (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

2 ARBITRAGEM NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Primeiramente, é necessário conceituar a arbitragem e entendê-la em seus sentidos mais básicos, antes de aplicá-los no contexto internacional. Ela pode ser descrita como um método extrajudicial de solução de controvérsias, no qual, sem a intervenção do Estado, dá-se a alguém o poder de decidir um litígio, nos termos decididos pelas partes, que o fazem por via da convenção arbitral, um instrumento privado acordado que determina todo o processo da arbitragem (CARMONA, 2003 *apud* FERNANDES; BORGES, 2018).

Desta forma, a arbitragem é um modo inteiramente privado de resolução de disputas, sendo construída com base na autonomia individual das partes e em seu consentimento. Em síntese, a arbitragem é um instrumento de resolução de lides inteiramente contratual, não podendo, contudo, ser aplicada em situações nas quais estejam envolvidos direitos indisponíveis (CAMPOS, 2012 *apud* FERNANDES; BORGES, 2018).

No Brasil, a arbitragem é regida pela Lei 9.307/96, também conhecida como Lei da Arbitragem, a qual delimita a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva) e litígio versando sobre direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva) como requisitos básicos para o estabelecimento de convenção arbitral (BRASIL, 1996). A arbitragem possui várias classificações, porém, para os fins deste artigo, somente será trabalhada uma: a arbitragem internacional, que ocorre quando os elementos formadores da arbitragem estão localizados em Estados diferentes, isto é, mais de um país (FERNANDES; BORGES, 2018).

Conforme o Parágrafo único do art. 34 da Lei de Arbitragem, “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.” (BRASIL, 1996). Posto isso, segundo a mesma lei, o procedimento de homologação deve tramitar no STJ, que verificará a validade apenas de questões formais da arbitragem, como a capacidade das partes, a legitimidade da convenção e a adequação do processo e sentença arbitrais à convenção de arbitragem, jamais adentrando no mérito do litígio.

Ademais, de acordo com o art. 39 da mesma norma, sentenças arbitrais podem ser denegadas por ofensa à ordem pública, ou falta de arbitrabilidade objetiva (BRASIL, 1996).

3 VANTAGENS DA ARBITRAGEM

Explicadas as noções básicas sobre a arbitragem internacional, pode-se partir à análise de como esta afeta o cenário jurídico e socioeconômico transnacional. Nesse contexto, a arbitragem levou algumas décadas para ser plenamente reconhecida no Brasil, de modo que a aceitação de certos aspectos desta deu-se com atraso considerável, como se pode ver em:

“É possível verificar, portanto, que existe uma lacuna de tempo entre o planejamento, a aceitação e a prática desta e de outras convenções e tratados internacionais, principalmente no tocante ao comércio, provocando, em muitas situações, a promulgação de acordos ou normas internacionais já defasadas para o cenário atual.” (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020, p. 356)

Este atraso no reconhecimento da arbitragem não impediu, entretanto, sua popularização no meio comercial, já que apresenta uma série de características que a tornam mais conveniente, segura e satisfatória do que a Justiça Comum no que tange à resolução de disputas. No contexto arbitral, uma controvérsia não se prende ao ordenamento de um Estado, nem precisa sequer se fundamentar nas leis de algum país, podendo abandoná-las em favor da aplicação de regras costumeiras do direito comercial ou de quaisquer construções jurídicas que as partes acordarem entre si (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

Entre as vantagens da arbitragem sobre a Justiça Comum as quais se podem citar, para além da completa autonomia das partes, incluem-se a possibilidade de escolher árbitros altamente especializados no objeto da lide e a maior celeridade processual no geral. Deste modo, é possível escapar dos problemas que tipicamente assolam o Judiciário, como a lentidão e burocracia excessivas, em favor de um método que permita aos litigantes atingir mais rapidamente uma solução satisfatória e perfeitamente conformada aos seus interesses. Tudo isso pode ser notado em:

“Existem várias outras razões pelas quais se acaba recorrendo à arbitragem; dentre elas, por exemplo, evitar Judiciários estatais morosos, possibilidade de realização da arbitragem em um país neutro, optar por quem vai decidir a causa podendo inclusive ser um

especialista da área, entre outros” (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020, p. 358).

Na realidade, pelo menos no contexto do comércio internacional, o Judiciário encontra-se em estado de crise, de forma que a arbitragem deixa de uma mera opção para resolução de conflitos e transforma-se em requisito implícito das relações mercantis, o que pode ser notado pelo fato de a grande maioria dos contratos internacionais serem acompanhados de cláusula compromissória arbitral (FERNANDES; BORGES, 2018).

Por fim, deve-se ressaltar também que a arbitragem, como instituto privado de resolução de conflitos, permite às partes escapar da pluralidade contraditória de ordenamentos ao redor do mundo. Diante do contexto atual de globalização, contratos comerciais têm adquirido um aspecto cada vez mais transnacional, afetando vários Estados simultaneamente. Deste modo, conflitos relativos a essas relações contratuais envolveriam várias legislações de países diferentes as quais podem discordar umas das outras, tumultuando e atrasando a resolução da controvérsia. Prolongar desta forma um litígio comercial pode resultar em consequências problemáticas para a economia e sociedade de várias nações, portanto a arbitragem, como meio privado de alcançar a Justiça, pode ajudar a evitar todas essas tribulações (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

4 ARBITRAGEM E A NOVA *LEX MERCATORIA*

Delimitadas as vantagens e noções básicas da arbitragem internacional, é necessário explicar mais aprofundadamente de que maneira ela ajudaria a construir a autonomia jurídica dos entes comerciais e seria explorada por eles. Isso se dá principalmente pelo fato de os contratos comerciais internacionais desenvolverem-se, pelo próprio princípio da autonomia da vontade das partes, no sentido de fugir das normas estatais, recorrendo arbitragem como método de resolução de controvérsias (LEITE, 2015).

A arbitragem pode ser vista como instrumento de autovalidação de contratos comerciais internacionais, na medida que reforça sua aplicabilidade e exequibilidade. Esses acordos seriam de natureza apátrida e tenderiam a não se submeter a ordenamentos estatais, de forma que sua legitimidade jurídica seria advinda dos costumes construídos cronicamente pela comunidade comercial internacional. Essas práticas e procedimentos

do comércio internacional compõem a Nova *Lex mercatoria* e, por lhes faltar vinculação a um Estado, permanecem na periferia da aplicação do Direito (LEITE, 2015).

É nesse contexto de marginalização jurídica das práticas comerciais que a arbitragem adquire sua importância, pois permite não só a aplicação prática de tais regras e costumes em um contexto juridicamente válido, mas também o desenvolvimento de uma doutrina e jurisprudência próprias da comunidade comercial. Deste modo, a Nova *Lex mercatoria* adquire maior profundidade e transforma-se em um verdadeiro ordenamento jurídico, o que se pode perceber pelo surgimento de instituições internacionais que a resguardam e pela criação de compêndios normativos que sistematizam. Tudo isso pode ser extraído de:

“À luz desse entendimento e da compreensão de Teubner, a arbitragem deveria ser considerada o centro da periferia no que diz respeito ao núcleo decisional dos contratos de comércio internacional. Ocorreria, então, um processo de re-entry, ou seja, de reimersão no próprio sistema jurídico, o que possibilitaria operar na periferia do sistema os códigos e programas integrantes do seu núcleo.” (LEITE, 2015, p. 84).

As multinacionais, que realizam negócios a nível mundial, exploram essa aprofundada Nova *Lex mercatoria*, de modo que suas práticas comerciais naturalmente ultrapassam os limites e determinações estabelecidos por ordenamentos estatais. Nesse sentido, dá-se à arbitragem internacional, como meio de solução de conflitos alternativo à Justiça Comum, cada vez mais atenção, pois, como já foi dito, ela permite a concretização jurídica das regras que a comunidade comercial criou para si própria (LEITE, 2015).

Em síntese, essas regras compõem o Direito Comercial Internacional, um ordenamento sem base estatal, feito pelas empresas e para elas. Os responsáveis por sua criação são os sujeitos típicos do comércio internacional, os quais, relacionando-se uns com os outros em um ambiente de igualdade e liberdade, constroem um sistema jurídico cuja fonte é a autonomia da vontade das partes. Neste caso, ainda que não possua *Ius Imperium*, já que não está vinculado a nenhum Estado, essa Nova *Lex Mercatoria* impacta significativamente a economia global, ditando a elaboração dos contratos comerciais que a regem (DE SOUSA, 2013).

5 CONCLUSÃO

Diante do cenário de globalização, as relações não só entre Estados, mas principalmente entre os sujeitos privados do comércio internacional adquiriram uma complexidade crescente. Isso resultou no surgimento de novos desafios jurídicos, pois a legislação nacional nem sempre consegue acompanhar o desenvolvimento do mercado e o surgimento de novas práticas comerciais, ficando defasada, insegura, ineficiente, quase insustentável e inconveniente (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020).

A crise do sistema Judiciário, moroso e ineficiente, abriu caminho para que a arbitragem, mais célere e especializada, acabasse por se tornar o meio típico de solução de controvérsias no ambiente mercantil. Tal método adquire caráter internacional quando seus elementos estão em países diferentes, porém, por sua natureza privada, que permite às partes determinar todo o procedimento arbitral, inclusive a lei aplicável, a arbitragem pode esquivar-se de possíveis tribulações causadas pelo conflito entre as legislações de ambos Estados e entre estas e os interesses dos litigantes (FERNANDES; BORGES, 2018).

Utilizada autonomamente pelos sujeitos das relações mercantis, a arbitragem auxiliou na formação e aplicação da Nova *Lex Mercatoria*, uma espécie completamente autônoma e privada de direito, construída e sistematizada pelos próprios agentes do comércio internacional, sem fundamento estatal. Se não fosse pelo instituto arbitral, tal ordenamento permaneceria na periferia do mundo jurídico, sem qualquer legitimidade ou aplicabilidade prática (LEITE, 2015).

Por conseguinte, a arbitragem, no contexto atual de globalização, permitiu aos grandes agentes do comércio internacional, isto é, as grandes empresas multinacionais adquirir maior autonomia jurídica em relação à Justiça Estatal. Por via da arbitragem internacional, pela livre escolha da legislação aplicável, é possível construir conceitos jurídicos próprios, os quais, entre as partes, servem de lei suprema, independente de qualquer Estado (DE OLIVEIRA FORNASIER; SOARES, 2020). Em conclusão, surge uma ordem jurídica inteiramente privada, composta pelas empresas e para elas. Esse novo ordenamento, que só pode vir à tona por conta de sua aplicação no processo arbitral, é a máxima expressão da autonomia da vontade não só das partes dos litígios comerciais, como também de toda a comunidade mercantil transnacional (LEITE, 2015)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 de set. 1996.

DE OLIVEIRA FORNASIER, Mateus; SOARES, Fabricio Zambra. GLOBALIZAÇÃO E MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: Da importância da arbitragem para as empresas transnacionais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 1, 2020.

DE SOUSA, Iñaki Carrera Paiva. **O Direito Comercial Internacional, a Arbitragem e a Lex Mercatoria**. 2013. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa (Portugal).

FERNANDES, Almir Garcia; BORGES, Florença Drummond. A arbitragem internacional privada como método de resolução de disputas comerciais. **Revista Jurídica**, v. 21, n. 20, 2018.

LEITE, Guilherme Cardoso. Lex mercatoria, arbitragem internacional e democracia: reflexões acerca da utilização dos usos do comércio transnacional enquanto fundamento válido e democrático para a resolução de conflitos por meio da arbitragem internacional. **Universitas Jus**, v. 26, n. 2, 2015.

O CONSENTIMENTO NA ARBITRAGEM ENTRE INVESTIDORES E ESTADOS: UMA ANÁLISE DO CASO PYRAMIDS OASIS PROJECT.

Roney Olímpio Barbosa Junior

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A arbitragem no plano internacional possui um histórico longo de adoção e sua origem é identificada pela doutrina desde o século XIX. Uma inspiração para a adoção da arbitragem no âmbito internacional teria sido as comissões internacionais de indenizações (*international claims commissions*), em que povos afetados por conflitos internacionais postulavam – com o apoio de seus Estados – indenizações perante os Estados responsáveis pelos conflitos. Um dos exemplos destacados pela doutrina é a *Alabama Claims Arbitration*, estabelecida em 1872 para lidar com alegações em desfavor da Grã-Bretanha no contexto da Guerra Civil dos Estados Unidos.¹

Contudo, um tipo específico de arbitragem também pode ser rastreada ao século XIX: a arbitragem entre investidores e Estados. Em 1864, foi estabelecido um procedimento arbitral entre o Egito, o diplomata francês Ferdinand de Lesseps e a *Compagnie de Suez* quando da escavação do Canal de Suez. À época, o governo egípcio determinou que fossem encerradas as atividades com trabalho forçado, o que colocou em xeque – segundo a alegação do requerente da arbitragem – do equilíbrio financeiro e até mesmo do eventual sucesso do projeto.²

Esses dois exemplos colocam a arbitragem como um método para resolução de conflitos no âmbito internacional, que, na maioria das vezes, significam disputas altamente complexas com uma gama de direitos e ramos jurídicos envolvidos. No entanto, o último caso coloca algo ainda mais inovador em perspectiva: a possibilidade de que um particular postule diretamente seus direitos perante um Estado, sem depender da

¹ BRAY, Heather. *Understanding change: Evolution from international claims commissions to investment treaty arbitration*. In: International Investment Law and History. TAMS, Christian; HOFMANN, Rainer; e SCHILL, Stephan (Org.). Edward Elgar: Northampton, 2018.

² YACKEE, Jason. The first investor-state arbitration? The Suez Canal dispute of 1864 and some reflections on the historiography of international investment law. In: International Investment Law and History. TAMS, Christian; HOFMANN, Rainer; e SCHILL, Stephan (Org.). Edward Elgar: Northampton, 2018.

intervenção de outro Estado, estabelecendo diretamente uma arbitragem entre investidor e Estado.³

Quase cem anos após o caso do Canal de Suez, a arbitragem entre investidores e Estados é posta no âmbito internacional, quando então é constituído o Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimentos (“CIRDI”), por meio da celebração da Convenção de Washington de 1965. O CIRDI funciona de uma forma semelhante às câmaras de arbitragem, propiciando um espaço para que tribunais arbitrais sejam constituídos. No entanto, somente arbitragens entre que (i) versem sobre investimentos e (ii) sejam entre investidores e Estados é que podem tramitar no âmbito do CIRDI.

Para as arbitragens, a manifestação de consentimento é um elemento fundamental. Afinal, segundo a doutrina, escolher a arbitragem como método para resolver disputas implica submeter os conflitos de interesse a um terceiro imparcial e neutro, que emitirá uma sentença final e vinculativa para resolver, modificar ou criar direitos. Com essa escolha, as partes ali vinculadas abdicarão de um juízo estatal – ou, no plano internacional, de um órgão judicial – como entidade competente para solução das controvérsias.⁴ No entanto, uma questão que se pode colocar em perspectiva é: como fica o consentimento dos Estados para submeter suas disputas de investimentos à arbitragem, é preciso que haja uma manifestação para cada disputa?

2. PANORAMA DO CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM E PARTICULARIDADES DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

Uma vez estabelecida a arbitragem como método de resolução de disputas, as partes devem, no caso de arbitragens institucionais⁵, escolher (i) a câmara de arbitragem

³ CUTLER, Claire. *Transformations in Statehood, the Investor-State Regime, and the New Constitutionalism*. Indiana Journal of Global Legal Studies, 2016, vol. 23, n. 1. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1605&context=ijgls>>. Acesso em 30 jun. 2024.

⁴ MESSA, Ana Flávia; e ROVAI, Armando. *Manual de arbitragem*, 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

⁵ Como explicam Ana Flávia Messa e Armando Rovai, as arbitragens podem ser de dois tipos: *ad hoc* ou institucional. As arbitragens institucionais – que representam grande maioria dos procedimentos – são aquelas administradas por uma câmara arbitral, que cuidará da organização de todo o procedimento, já

onde irão litigar e (ii) o “terceiro neutro e imparcial” que decidirá a controvérsia. A câmara de arbitragem não se iguala a um tribunal – nem à ideia estatal de tribunal, nem ao tribunal arbitral em si – dado que suas funções são administrativas e se limitam a apoiar a condução da arbitragem pelos árbitros. Logo, a câmara não é a responsável pela solução da controvérsia.⁶

De modo geral, a arbitragem é escolhida como método de resolução de disputas quando duas ou mais partes estão vinculadas por um negócio jurídico, como um contrato, e decidem que quaisquer conflitos, disputas ou demandas decorrentes desse negócio serão resolvidos por meio da arbitragem. Para isso, essas partes celebram um acordo paralelo ao negócio jurídico: a convenção de arbitragem.⁷

A convenção de arbitragem é, então, uma manifestação expressa da vontade das partes de submeter seus litígios à jurisdição do tribunal arbitral. Tal convenção é um negócio jurídico que possui duas espécies: (i) a de cláusula compromissória, quando se trata de uma cláusula prevista no acordo jurídico celebrado entre as partes; e (ii) a de compromisso arbitral, quando, diante de um litígio já existente, as partes celebram um novo negócio jurídico para determinar que seu conflito será solucionado pela arbitragem.⁸

Contudo, no caso das arbitragens entre investidores e Estados, as controvérsias não surgem necessariamente de negócios jurídicos entabulados entre os investidores e os Estados, já que qualquer interferência estatal na regulação dos investimentos pode suscitar disputas e demandas dos investidores. Há, ainda, ações estatais que, apesar de não nacionalizarem o investimento estrangeiro, levam o investidor a perder o controle efetivo sobre o uso e disponibilização da propriedade investida.⁹ Desse modo, em que pese seja possível que os investidores e Estados celebrem contratos que prevejam a cláusula compromissória, ou fixem um compromisso arbitral para solucionar disputas já existentes, não é o que ocorre com mais frequência.

aquela *ad hoc* é a arbitragem cuja administração fica a cargo dos próprios participantes do conflito, sem o suporte de uma instituição especializada, *vide* MESSA; e ROVAI, *op cit.*

⁶ MESSA e ROVAI, *op cit.*

⁷ GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2022.

⁸ *Ibid.*

⁹ HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property By The State: Recent Developments in International Law*, 1ª ed. Haia: M. Nijhoff, 1983.

Em todo caso, a manifestação expressa do consentimento em submeter-se à arbitragem, principalmente pelo Estado, permanece sendo absolutamente essencial, visto que a ausência de consentimento pode colocar em xeque a legitimidade de todo o procedimento arbitral.¹⁰ Nesse sentido, é importante notar que a adesão dos Estados Contratantes à Convenção de Washington não é suficiente para tornar o CIRDI competente para processar todas as demandas referentes a investimentos estrangeiros em seu território. Isso ocorre porque não existem tribunais internacionais com "jurisdição universal e obrigatória"¹¹.

Desde 1964, os Estados têm celebrado Tratados Bilaterais de Investimento (*Bilateral Investment Treaties*, "BIT") e, em 1968, o BIT entre a Indonésia e os Países Baixos, foi o primeiro a estabelecer que deveria ser "submetido ao Centro estabelecido pela Convenção de Washington, de 18 de março de 1965, qualquer disputa que possa surgir referente a investimento"¹². Logo, os BITs têm sido o principal meio pelos quais os Estados têm manifestado seu consentimento em submeter disputas de investimento à jurisdição do CIRDI.

Alguns contratos multilaterais de investimentos também passaram a contemplar o CIRDI como uma – ou a única – jurisdição disponível para a solução de controvérsias entre os investidores dos Estados contratantes e os próprios Estados.¹³ A partir daí estariam englobados na jurisdição do CIRDI tanto as disputas cujo acordo de vontades entre o Estado e o investidor estabelecesse essa jurisdição, quanto as disputas advindas de tratados bilaterais e multilaterais de investimentos.

¹⁰ PHINSOLLE, Philippe. *Jurisdiction Review of ICSID Awards*. British Institute of International and Comparative Law. Disponível em: <https://www.biicl.org/files/941_philippe_pinsolle_presentation.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

¹¹ No original, "general compulsory jurisdiction", vide WAIBEL, Michael. *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, Paper No. 9/2014*. University of Cambridge, 2014. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0215.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

¹² *AGREEMENT on the Economic Cooperation Between The Government of the Kingdom of The Netherlands and the Government of the Republic of Indonesia*, 1968. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3329/download>>. Acesso em 30 jun. 2024. Nesse sentido, também veja-se WANG, Anqi. *The Interpretation of the Most-Favored-Nation Clause in Investment Arbitration*, 1ª ed. Leiden: Koninklijke Brill, 2020.

¹³ MEHREN, Geogre; SALOMON, Claudia; e PAROUTSAS, Aspasia. *Navigating Through Investor-State Arbitrations: an Overview of Bilateral Investment Treaty Claims*. *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, nº 1, 2004. Disponível em: <<https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2004/04/navigating-through-investorstate-arbitrations/files/tbls29publicationsfileupload56898951bitpdf/fileattachment/bit.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2024.

No entanto, a manifestação por meio de BITs não é a única forma de expressar consentimento e os tribunais arbitrais constituídos no âmbito do CIRDI tem cada vez mais adentrado nessas outras hipóteses para reconhecer sua jurisdição como tribunal competente para análise das controvérsias. Um dos principais precedentes nesse sentido é o caso ARB/84/3 (*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*), julgado em 1992 no âmbito do CIRDI. Nele, o tribunal arbitral entendeu que possuía jurisdição para analisar a controvérsia não a partir de uma previsão de tratado internacional, mas a partir de um artigo da legislação nacional egípcia.¹⁴

3. ANÁLISE DO CASO PYRAMIDS OASIS PROJECT

Em 1974, o Egito celebrou uma série de contratos junto à *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* (“SSP”) e à subsidiária estatal *Egyptian General Organization for Tourism and Hotel* (“EGOTH”).¹⁵ A SSP era uma companhia com sede em Hong Kong, dedicada à construção de resorts turísticos, enquanto a EGOTH era uma subsidiária do governo do Egito. O objetivo principal dos contratos celebrados entre o Egito, a SSP e a EGOTH era estabelecer a *Egyptian Tourist Development Company* (ETDC), uma joint venture criada para a construção de dois grandes complexos turísticos:

¹⁴ ICSID Case No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. Sentença do Tribunal (*Award of the Tribunal*). Presidente: Eduardo Jiménez de Arechaga. 20 de maio de 1992. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C135/DC671_En.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

¹⁵ Ao todo, foram celebrados três contratos referentes ao *Pyramids Oasis Project*. Em setembro de 1974, foi celebrado o *Heads of Agreement* entre o Egito, a EGOTH e a SPP, que previa os compromissos gerais contraídos pelo Egito e pela EGOTH: garantir que fossem transferidos, para a ETDC, o direito de propriedade e de posse dos terrenos necessários ao desenvolvimento dos projetos, além do apoio à obtenção das aprovações regulatórias necessárias; e pela SPP: obter o financiamento necessário para a execução dos projetos, além de garantir sua elaboração, construção, gestão e exploração comercial. Já em dezembro de 1974, foi celebrado o *Agreement for the Development of Two International Tourist Projects in Egypt*, entre a EGOTH e a SPP, o qual, além de constituir a joint venture ETDC e estabelecer sua organização societária, visava executar os compromissos contraídos pelas partes quando celebraram o *Heads of Agreement*. Além desses, a EGOTH e a SPP assinaram um pronunciamento afirmando que as obrigações da EGOTH dependeriam da aprovação das respectivas autoridades governamentais, que analisariam o estudo de viabilidade referente à rentabilidade dos projetos. Já em novembro de 1975, a EGOTH e a SPP firmaram o *Preliminary Agreement of Incorporation*, visando a incorporar a ETDC. Vide ICSID Case No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. Sentença do Tribunal (*Award of the Tribunal*). Presidente: Eduardo Jiménez de Arechaga. 20 de maio de 1992. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C135/DC671_En.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

um localizado na área das pirâmides, próxima ao Cairo, e o outro em Ras El Hekma, na costa mediterrânea (o “Pyramids Oasis Project”).¹⁶

Entre 1975 e 1977, as autoridades regulatórias do Egito aprovaram o Pyramids Oasis Project, incluindo sendo proferidos decretos pelo Presidente e pelo Ministro do Turismo. A construção do resort começou em julho de 1977, com a criação de estradas, redes de água e esgoto, lagos artificiais e um campo de golfe. No entanto, a construção enfrentou oposição política de parlamentares que alegaram que o projeto ameaçava antiguidades não descobertas, resultando em um inquérito parlamentar.¹⁷

Em 1978, o Ministério da Informação e Cultura do Egito declarou a área ao redor das pirâmides como patrimônio público, resultando na revogação das autorizações para o Pyramids Oasis Project. Isso impossibilitou a construção do complexo naquela região, levando o Egito a sugerir à SSP que o projeto turístico fosse transferido da área das pirâmides para a cidade de 6º de Outubro.¹⁸

Irresignada, a SPP submeteu um Requerimento de Arbitragem ao CIRDI em agosto de 1984, alegando que o Egito violou seus compromissos nos acordos com a EGOTH, o que resultou na expropriação de seu investimento no país. A SSP exigiu indenização pela perda do investimento e por custos adicionais incorridos.¹⁹

De forma preliminar, o Egito argumentou que o CIRDI não possuiria jurisdição para dirimir tal controvérsia, já que não havia manifestação expressa do Egito para submeter as disputas oriundas dos contratos entre SSP e EGOTH à arbitragem no âmbito do CIRDI. Contudo, para a SSP, a jurisdição do CIRDI emanava do art. 8º da Lei Egípcia nº 43/1974, que previa a possibilidade de solucionar disputas de investimento conforme as regras da Convenção de Washington.²⁰

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ ICSID Case No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. Sentença do Tribunal (*Award of the Tribunal*). Presidente: Eduardo Jiménez de Arechaga. 20 de maio de 1992. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C135/DC671_En.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

²⁰ *Ibid.*

O Tribunal Arbitral, ao examinar sua competência para resolver a disputa, concluiu que a inclusão na legislação egípcia da possibilidade de resolver disputas de investimento conforme a Convenção de Washington indicava o consentimento do Egito em submeter qualquer disputa de investimento à jurisdição do CIRDI, incluindo aquelas oriundas do Pyramid Oasis Project. No entendimento do Tribunal, exigir uma manifestação de consentimento específica e em separado para a submissão de demandas concernentes ao Pyramid Oasis Project iria esvaziar o propósito e a lógica interna do art. 8º. Logo, tal artigo seria uma espécie de “consentimento por escrito” nos casos em que não há outro tratado bilateral aplicável, ou outro método de solução de disputas acordado entre o Egito e o investidor²¹.

Assim, em de 20 de maio de 1992, o Tribunal Arbitral condenou o Egito ao pagamento de U\$ 27.661.000 – cerca de 0,06% do PIB do Egito à época²² – em favor da SSP.²³

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso Pyramids Oasis Project, representa os principais elementos das arbitragens entre investidores e Estados: (i) uma controvérsia legal; (ii) diretamente relacionada a um investimento; (iii) entre um Estado contratante da Convenção de Washington e um investidor nacional de outro Estado contratante; em que (iv) ambas as partes concordaram em submeter tal controvérsia a um Tribunal Arbitral no âmbito do CIRDI.²⁴

Nesse contexto, o caso Pyramid Oasis Project estabelece um precedente fundamental para o desenvolvimento da jurisprudência do CIRDI quanto à sua jurisdição,

²¹ *Ibid.*

²² Conforme dados do Banco Mundial, disponíveis em: <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=EG>>. Acesso em 05 jun. 2024

²³ ICSID Case No. ARB/84/3, *op cit.*

²⁴ FERNANDES, Érika. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição Latino-Americana frente ao ICSID*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, Franca, 2015. Disponível em: <<https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/erika-capella-fernandes.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2024.

principalmente em matéria de consentimento dos Estados para submeter-se à arbitragem. Isso porque esse é um dos primeiros casos em que a jurisdição do CIRDI não é emanada de tratados bilaterais ou multilaterais que demonstram a exata intenção do Estado em submeter tais disputas à arbitragem.

No caso, não havia uma cláusula específica nos acordos entre a SPP e o Egito que previassem a competência do CIRDI para instaurar tribunais arbitrais aptos a solucionar as disputas ou controvérsias sobre tais contratos. Contudo, a partir de uma interpretação da racionalidade e funcionalidade do art. 8º da Lei nº 43/1974 – lei egípcia responsável por regular investimentos – entendeu-se ser possível prever, genericamente, na legislação nacional, o consentimento expresso para que as disputas de investimento estejam inseridas na jurisdição do CIRDI.²⁵ Nesse contexto, é notória a expansão das demandas que podem ser submetidas ao CIRDI, afastando-as da necessidade umbilical de celebrar tratados internacionais de investimento, o que aumenta significativamente a importância deste órgão para resolver disputas no plano internacional.²⁶

REFERÊNCIAS

AGREEMENT on the Economic Cooperation Between the Government of the Kingdom of The Netherlands and the Government of the Republic of Indonesia, 1968. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3329/download>>. Acesso em 30 jun. 2024.

BRAY, Heather. *Understanding change: Evolution from international claims commissions to investment treaty arbitration*. In: *International Investment Law and History*. TAMS, Christian; HOFMANN, Rainer; e SCHILL, Stephan (Org.). Edward Elgar: Northampton, 2018.

CUTLER, Claire. *Transformations in Statehood, the Investor-State Regime, and the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2016, vol. 23, n. 1. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1605&context=ijgls>>. Acesso em 30 jun. 2024.

²⁵ ICSID Case No. ARB/84/3, *op cit*.

²⁶ HARB, Asser. *The Wrongful Acts of Independent State Entities and Attribution to States in International Arbitration*, 2008. Disponível em: <https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser_Harb_Attribution_To_States.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

FERNANDES, Érika. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição Latino-Americana frente ao ICSID*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, Franca, 2015. Disponível em: <<https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/erika-capella-fernandes.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2024.

GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2022.

HARB, Asser. *The Wrongful Acts of Independent State Entities and Attribution to States in International Arbitration*, 2008. Disponível em: <https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser_Harb_Attribution_To_States.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

HIGGINS, Rosalyn. *The Taking of Property By The State: Recent Developments in International Law*, 1ª ed. Haia: M. Nijhoff, 1983.

ICSID Case No. ARB/84/3. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*. Sentença do Tribunal (*Award of the Tribunal*). Presidente: Eduardo Jiménez de Arechaga. 20 de maio de 1992. Disponível em: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C135/DC671_En.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

MEHREN, Geogre; SALOMON, Claudia; e PAROUTSAS, Aspasia. *Navigating Through Investor-State Arbitrations: an Overview of Bilateral Investment Treaty Claims*. *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, nº 1, 2004. Disponível em: <<https://www.squirepattonboggs.com/~media/files/insights/publications/2004/04/navigating-through-investorstate-arbitrations/files/tbls29publicationsfileupload56898951bitpdf/fileattachment/bit.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2024.

MESSA, Ana Flávia; e ROVAI, Armando. *Manual de arbitragem*, 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

PHINSOLLE, Philippe. *Jurisdiction Review of ICSID Awards*. *British Institute of International and Comparative Law*. Disponível em: <https://www.biicl.org/files/941_philippe_pinsolle_presentation.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

WAIBEL, Michael. *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, Paper No. 9/2014*. University of Cambridge, 2014. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%207%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0215.pdf>. Acesso em 30 jun. 2024.

WANG, Anqi. *The Interpretation of the Most-Favored-Nation Clause in Investment Arbitration*, 1ª ed. Leiden: Koninklijke Brill, 2020.

YACKEE, Jason. The first investor-state arbitration? The Suez Canal dispute of 1864 and some reflections on the historiography of international investment law. *In: International*

Investment Law and History. TAMS, Christian; HOFMANN, Rainer; e SCHILL, Stephan (Org.). Edward Elgar: Northampton, 2018.

(II) Arbitragem

temática

ARBITRAGEM NO TCU: CONTROLE EXTERNO, EVOLUÇÃO E ADESÃO.

Suelen de Lima Rocha

RESUMO

Arbitragem é uma abordagem prática para resolver conflitos no Brasil (Lei nº 9.307/96), se expandindo para a administração pública com a Lei nº 13.129/15. O Tribunal de Contas da União, TCU, tendo inicialmente ressalvas, agora utiliza a arbitragem dentro dos limites legais específicos. O TCU reconhece a sua utilidade em conflitos particulares, mas mantém limitações para questões econômico-financeiras que envolvam interesses públicos disponíveis. A transformação jurídica é um compromisso entre a resolução eficaz de litígios e a defesa dos interesses públicos fundamentais.

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A arbitragem surgiu à necessidade de se resolver conflitos de maneira eficiente e especializada, esse instituto privado é caracterizado como método heterocompositivo de resolução de conflitos alternativo a esfera do poder judiciário, uma vez que árbitro (ou tribunal arbitral) neutro e imparcial escolhido em comum acordo entre as partes exerce a jurisdição para resolução da contenda do caso concreto dentro dos limites da convenção arbitral de forma autônoma e definitiva (Carmona, 2009, p. 15), desde que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis que as partes possam dispor legalmente.

A sentença arbitral, uma vez proferida, produz os mesmos efeitos de um julgado do poder judiciário ainda que um juiz arbitral não possua poder de polícia para estabelecer o cumprimento da decisão, apenas a jurisdição cognitiva de estabelecer a quem o direito pertence, uma sentença arbitral não é passível de homologação ou recursos no Poder Judiciário.

A arbitragem nos moldes atuais está presente no Brasil desde a promulgação da Lei de Arbitragem nº 9.307/96, entre os arbitralistas conhecida como Larb, inovou ao reconhecer a eficácia da cláusula compromissória e dispensa de homologação estatal as sentenças arbitrais para efetivação de título executivo, a sentença arbitral possui efeitos vinculantes e imediatos para as partes e pode ser executada por qualquer tribunal nacional, sem necessidade de ser submetida a processo judicial adicional.

Inicialmente integrada nas discussões do setor privado, a arbitragem conquistou seu espaço na administração pública através alteração da Larb pela Lei n.º 13.129/15, que trouxe ao agente público a autorização legal específica para admissibilidade da arbitragem nas disputas da administração pública direta (união, estados e municípios) e indireta (autarquias, fundações, empresas estatais). A Lei n.º 14.133/21 fortaleceu e incentivou a adoção de métodos alternativos para a resolução de conflitos na administração pública.

A arbitragem junto à administração pública exige o cumprimento de alguns pré-requisitos que, em regra, se diferenciam do procedimento adotado no setor privado. É necessário para que se firme arbitragem a previsão expressa anteriormente firmada em contrato administrativo ou que ambas as partes envolvidas expressem conformidade na adoção do procedimento na resolução de possíveis conflitos (Marolla, 2016, p. 5). A legislação estabelece que a arbitragem só pode ocorrer se as partes envolvidas forem capazes de dispor livremente sobre o objeto de litígio. Também é necessário haver autorização expressa em lei ou regulamento específico que permita o uso de arbitragem na disputa.

O tribunal arbitral escolhido para a disputa deve ser competente para julgar o caso concreto, levando em consideração a complexidade e a natureza técnica da matéria em disputa, para a escolha do árbitro ou tribunal arbitral se deve levar em consideração sua especialização e experiência na atuação do objeto do litígio.

Ainda que um dos pontos de interesse na escolha da arbitragem seja a possibilidade de manter a disputa em sigilo, na atuação na administração pública é preciso garantir que a utilização do instituto não fira os princípios da publicidade e da transparência na gestão pública. As sentenças arbitrais devem ser documentadas e disponibilizadas ao público nos meios de comunicação oficial.

Em resumo, a resolução de disputas com órgãos públicos no Brasil requer uma base jurídica sólida, inclusão clara no contrato administrativo ou acordo após o litígio, e respeito aos princípios de objeto disponível e competência do tribunal arbitral. Trata-se de uma ferramenta útil para lidar com conflitos de maneira eficaz e especializada, contanto que sejam rigorosamente seguidos todos os requisitos legais e procedimentais.

ARBITRAGEM NO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas da União (TCU) atua como órgão responsável pelo controle externo da gestão pública federal, fiscalizando as contas públicas, avaliando a legalidade e a eficiência dos atos administrativos, além de promover a transparência e integridade na administração dos recursos públicos. A utilização da arbitragem pelo TCU reflete a necessidade de encontrar métodos alternativos e eficazes para resolver disputas envolvendo o poder público e o setor privado, e também revela inovação na maneira como a administração pública brasileira lida com conflitos e controvérsias envolvendo recursos públicos e contratos administrativos.

Em 1992, O TCU emitiu parecer sobre o anteprojeto da lei de licitações, incluindo 22 sugestões, sem se opor à utilização da arbitragem em contratações internacionais, mantendo o art. 48, § 4º no anteprojeto. Com a vigência da lei, o Ministro de Minas e Energia consultou o TCU sobre o uso de arbitragem nos contratos da Chesf para a construção da Usina Hidrelétrica do Xingó. O TCU, inicialmente, considerou os contratos administrativos e opinou pela impossibilidade de arbitragem por falta de autorização legal.

Em 1994, durante a concessão da ponte Rio-Niterói, O TCU anulou a licitação por irregularidades, incluindo a previsão de arbitragem, mas a Lei 8987/95 mudou o cenário. O DNER solicitou reexame da decisão anterior, destacando a nova lei de concessões. A equipe técnica se opôs ao reexame, argumentando que a arbitragem não era amigável, violava o princípio da legalidade e era um instituto do direito civil. No entanto, o Ministério Público junto ao TCU argumentou que a arbitragem, interpretada teleologicamente, era compatível com o direito administrativo e poderia trazer vantagens para a administração pública.

O relator do caso reconheceu que a arbitragem se aplicava a direitos disponíveis e a Lei 8987/95 forneceu a base legal para seu uso. O revisor destacou que a lei inovou a matéria, sendo essencial considerar as circunstâncias do programa de privatização ao decidir sobre o juízo arbitral. A decisão unânime do plenário determinou ao DNER ajustar as cláusulas de arbitragem ao princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, mantendo a cláusula arbitral no contrato.

Com a alteração da Lei de arbitragem (lei 13.129/15), embora expressa o incentivo para sua adoção no cenário público, ainda persistia certa resistência do TCU quanto ao

tema, e em 2020, após análise da concessão de trechos rodoviários federais (BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO) o relator declarou que o contrato em questão previa direitos patrimoniais além do previsto no Decreto 10.025/2019, e no mesmo ano o tribunal determinou a exclusão da definição dos direitos patrimoniais disponíveis sujeitos aos mecanismos de solução contida na minuta contratual da concessão dos trechos rodoviários.

Em processos posteriores, o TCU analisou a possibilidade de sobreposição de instâncias entre o próprio TCU e o juízo arbitral, chegando à conclusão de que seria mais eficiente que certas questões fossem resolvidas no procedimento arbitral devido ao seu escopo mais amplo. Também determinou que a Anatel justificasse economicamente o uso de arbitragem em processos sobre equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, observa-se uma evolução no entendimento do TCU sobre a arbitragem pela administração pública. Inicialmente, sob a CF/88, entendia que não poderia admitir a utilização da arbitragem pela administração pública porque não havia autorização legal. Depois, porque ia contra o princípio da indisponibilidade do interesse público e, em seguida, porque nem tudo versava sobre direito patrimonial disponível. Após, alguns itens que seriam ou pareciam ser direito patrimonial disponível, na verdade, não poderiam ser incluídos nos contratos como suscetíveis ao juízo arbitral.

Em 2001, a lei que instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) determinou que contratos de concessão e permissão deveriam prever "regras para solução de controvérsias, incluindo conciliação e arbitragem". Com isso, a ANTT ficou capacitada para incluir arbitragem em seus contratos de concessão.

Com a Lei 11.079/04, que regula as parcerias público-privadas (PPP), o TCU aprovou a Acórdão n.º 1.330/07 e a Instrução Normativa TCU n.º 52/04, estipulando que as entidades parceiras deveriam manter documentos sobre a adoção de métodos privados de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem.

Em 2009, o TCU impediu a Petrobras de utilizar arbitragem em contratos de construção de plataformas, alegando incompatibilidade com os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. O TCU considerou a construção de plataformas uma atividade-meio, aplicando a arbitragem apenas à questão de área-fim. Esse entendimento se baseou em julgados anteriores do próprio tribunal e foi contrário à decisão do STJ sobre contratos de compra e venda de energia elétrica.

Em 2011, o TCU determinou a exclusão de previsão de arbitragem no contrato de concessão de transporte ferroviário de alta velocidade entre Rio de Janeiro e São Paulo, alegando que questões econômico-financeiras não poderiam ser resolvidas por arbitragem, por se tratar de interesse público indisponível. A corte manteve esse entendimento em outros casos, como a concessão da BR-101/ES/BA, reiterando que questões econômico-financeiras em contratos de concessão são de interesse público e intransponíveis ao juízo arbitral.

Apesar dessas decisões, o Brasil participa de acordos internacionais e no âmbito do Mercosul, que utilizam a arbitragem como meio de resolução de litígios, o que sugere uma incoerência na aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem se expandiu, apesar dos desafios e resistências ao longo do tempo. O Tribunal de Contas da União demonstrou uma evolução no entendimento desse método alternativo de resolução de conflitos, reconhecendo sua utilidade em alguns casos, mas mantendo o interesse público como prioridade. A evolução da arbitragem no Tribunal de Contas da União demonstra a complexidade e a relevância de se ter cuidado com o equilíbrio entre a eficiência na resolução de conflitos e a proteção dos interesses públicos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. **Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 27 maio 2015.

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

FADIGAS, Thiago Pimenta. **Arbitragem e TCU: UMA ANÁLISE DA SEGURANÇA JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**. TCU, 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/arbitragem-e-o->

tcu-uma-analise-da-seguranca-juridica-sob-a-perspectiva-da-analise-economica-do-direito.htm. Acesso em: 24 jun. 2024.

MAROLLA, Eugênia. **A arbitragem e os contratos da administração pública**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

O PROBLEMA DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL: A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Rafaela Krauspenhar

INTRODUÇÃO

No contexto societário, a arbitragem vem ganhando força, seja na resolução de litígios entre empresas, seja na resolução de litígios entre os sócios de uma empresa. Nesse sentido, a Lei nº 6.404/1976 (Lei das SA) permite, desde 2001, a inserção de cláusula compromissória no estatuto social da sociedade. Ao antecipar a aceitação da arbitragem como método para dirimir controvérsias, acionistas, diretores e demais partes interessadas buscam não apenas a celeridade processual e a especialização dos árbitros, mas também a preservação da confidencialidade e a flexibilidade procedimental.

No entanto, apesar das vantagens inerentes à escolha da arbitragem, há que se considerar fato fundamental para que a cláusula tenha validade: o consentimento das partes. É nesse contexto que surge a dúvida acerca da vinculação dos acionistas à cláusula estatutária inserida no estatuto social, tendo em vista que a alteração estatutária pode ser realizada sem a unanimidade dos acionistas.

Diante disso, a seguir serão apresentados conceitos essenciais para que se entenda a controvérsia, bem como a solução apresentada pela legislação e o entendimento da doutrina sobre o assunto.

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

A arbitragem, como um método heterocompositivo de resolução de conflitos, ocorre quando as partes, em consenso e voluntariamente, atribuem a um terceiro o poder de decisão sobre determinado litígio¹. Por isso, o consentimento das partes é essencial para que se tenha um procedimento arbitral, já que a existência de convenção arbitral gera

¹ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In. Curso de Arbitragem. Coord. Daniel Levy. Guilherme Setogutti J. Pereira. 2a Ed., São Paulo: **Thomson Reuters**, 2021, p. 23 – 55.

a exclusão da jurisdição estatal, vinculando as partes à submissão da questão ao juízo arbitral².

Nesse sentido, a cláusula compromissória pode ser definida como um dispositivo contratual utilizado para regular possíveis disputas entre as partes envolvidas em um contrato por meio da arbitragem, representando a vontade das partes e o consenso quanto ao método escolhido³. Cabe destacar, no entanto, que a cláusula pode estar inserida no contrato ou fora dele, tendo a Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) estabelecido força vinculante à cláusula – não se trata mais de um pré-contrato, como ocorria antes.

Além disso, por afastar a jurisdição estatal, a cláusula compromissória, para ser válida, exige o consentimento das partes, que pode ser expresso ou tácito. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão, entendeu que “o consentimento formal exigido na arbitragem, que tem por propósito justamente preservar a autonomia dos contratantes (essência do instituto), não pode ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada”⁴, de forma que, em caso de não consentimento expresso, pode-se analisar a existência de consentimento tácito.

Assim, levando em conta os pontos destacados, a cláusula compromissória estatutária, que pode ser inserida no estatuto social de uma sociedade, permite que os acionistas, diretores e demais partes interessadas concordem antecipadamente com a arbitragem como método de resolução de disputas. Isso pode oferecer diversas vantagens inerentes aos procedimentos arbitrais, como a confidencialidade, a especialização dos árbitros e a flexibilidade nos procedimentos processuais, que acabam sendo mais ágeis do que os processos judiciais⁵.

² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem** [livro eletrônico], mediação, conciliação, Tribunal Multiportas. São Paulo: Thomson Reuters, 6ª ed., 2018.

³ GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. In. **Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos**. A prática no CAM-CCBC. Coord. Maristela Basso, Fabrício Bertini Pasquot Polido. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁴ STJ, REsp n. 1.698.730/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 21/5/2018.

⁵ CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª edição. Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 9788522470617. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/>. Acesso em: 2 jun. 2024.

No âmbito da sociedade anônima, por se tratar de tipo societário mais adequado aos grandes empreendimentos⁶, busca-se o acúmulo de capital. Nesse sentido, nem sempre os acionistas participam da administração da sociedade, de forma que não é incomum que o sócio esteja vinculado apenas pela participação societária que possui⁷.

Dessa forma, cabe discorrer brevemente sobre as três categorias de ações. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2015), podem ser classificadas da seguinte forma: (i) ações ordinárias, nas quais o acionista (ordinalista) possui direito de voto em assembleia, de forma que supera a condição de mero investidor, participando da decisão de assuntos de natureza geral da sociedade; (ii) ações preferenciais, nas quais o acionista (preferencialista) possui vantagem sobre os demais (de ordem econômica ou política), embora possam ter como restrição a ausência do direito de voto; (iii) ações de fruição, nas quais houve amortização total das ações ordinárias ou preferenciais do acionista, de modo que as ações de fruição substituem as ações amortizadas, podendo trazer restrições ao acionista.

Nesse sentido, quando a cláusula compromissória estatutária é inserida durante a elaboração do estatuto social, não existem dúvidas de que os acionistas fundares estarão vinculados a ela. A dúvida quanto à vinculação surge em duas situações: (i) quando o acionista adquire ações após a fundação e já existe a cláusula compromissória; e (ii) quando a cláusula compromissória estatutária é inserida por alteração do estatuto, uma vez que nem todo acionista possui direito de voto.

No primeiro caso, entende-se que, ao comprar as ações da empresa, o acionista estava ciente da cláusula compromissória estatutária, concordando tacitamente com o disposto pela cláusula⁸. No segundo caso, embora ainda exista divergência doutrinária, a Lei nº 13.129/2015, que trouxe alterações à Lei de Arbitragem e à Lei das SA, traz a solução normativa para a questão: o art. 136-A, inserido na Lei das SA, determina que a

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷ APRIGLIANO, Ricardo. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no Direito Societário. São Paulo: **Revista do Advogado**, AASP, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/94782341/Extens%C3%A3o_da_cl%C3%A1usula_compromiss%C3%B3ria_a_partes_n%C3%A3o_signat%C3%A1rias_no_Direito_Societ%C3%A1rio. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁸ ÁVILA, Henrique; NASCIMENTO, Sérgio Germano. Aspectos da Arbitragem Societária no Brasil In. **Arbitragem e Poder Judiciário**: estudos sobre a interação entre jurisdições arbitral e estatal. Coord. Gilberto Giusti, Eliana Baraldi, Eduardo Vieira de Almeida, Gustavo Favero Vaughn. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, pp. 882 – 900.

inserção da cláusula compromissória no estatuto social, caso aprovada pelo quórum de maioria do art. 136, obriga a todos os acionistas, permitindo o exercício do direito de retirada aos dissidentes.

DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A VINCULAÇÃO DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS

Antes mesmo da mudança realizada pela mencionada lei, a doutrina já enfrentava divergências em relação à vinculação dos sócios que não aceitaram expressamente a inclusão da cláusula compromissória.

Em primeiro lugar, Carmona (2012) defende que seria necessária unanimidade para que a cláusula compromissória fosse inserida no estatuto social, já que, para que se tenha cláusula arbitral, é imprescindível que seja a vontade inequívoca das partes. A necessidade de consentimento é essencial porque a cláusula renuncia à competência do juiz togado.

No mesmo sentido, Carvalhosa⁹ defende que o livre acesso à jurisdição, fundamentado no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, é violado quando a arbitragem é imposta aos acionistas que não concordaram expressamente com sua inserção no estatuto social. O autor acredita que a renúncia à jurisdição estatal não pode ser realizada de forma tácita, pois violaria a autonomia da vontade das partes.

Por outro lado, a doutrina majoritária, mesmo antes da inserção do art. 136-A, sustenta a posição de que a cláusula compromissória estatutária se estende a todos os acionistas, independentemente da discordância ou omissão, em razão do princípio majoritário, que rege as relações societárias¹⁰. Diante do referido princípio, todos os acionistas ficam vinculados às decisões tomadas em assembleias gerais, de forma que não seria diferente com a inclusão da cláusula compromissória estatutária.

⁹ CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Comentários À Lei das Sociedades Anônimas**. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Nesse sentido, Vilela¹¹ destaca que a assembleia geral espelha a vontade da empresa, a qual prevalece sobre a vontade de cada acionista. Diante disso, a vontade social, representada pela maioria, vincula a minoria dissidente ou ausente à cláusula compromissória estatutária, sendo facultado o direito de retirada. Como se viu, o art. 136-A da Lei das SA veio nesse sentido, em conformidade com a doutrina majoritária.

Após a mudança realizada pelo mencionado artigo, Ávila e Nascimento destacam que não se tem mais dúvidas sobre a vinculação dos acionistas à convenção arbitral, uma vez que o dispositivo trata expressamente do assunto, trazendo segurança jurídica às empresas, aos acionistas, ao mercado e ao direito societário.

CONCLUSÃO

Em suma, a inserção da cláusula compromissória estatutária no contexto das sociedades anônimas representa um avanço significativo na regulamentação dos conflitos empresariais, oferecendo uma alternativa eficaz à morosidade e à publicidade dos processos judiciais tradicionais.

Ainda que persistam as divergências doutrinárias sobre a obrigatoriedade da cláusula para todos os acionistas, especialmente os minoritários, a introdução do artigo 136-A pela Lei nº 13.129/2015 trouxe clareza normativa ao estabelecer que a decisão majoritária em assembleia geral pode impor tal cláusula a todos os sócios, viabilizando inclusive o direito de retirada aos dissidentes. Esse cenário não apenas mitigou incertezas quanto à vinculação arbitral, mas também conferiu segurança jurídica às empresas, seus investidores e ao mercado como um todo.

¹¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

Ana Livia Nazário da Silva

1. INTRODUÇÃO: DEBATES ACERCA DA CONFIDENCIALIDADE NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A arbitragem apresenta-se como um meio alternativo de resolução de conflitos, uma maneira de contornar os inúmeros problemas do judiciário, como a mora processual e a falta de especialização dos juizes. Para os conflitos societários, que tendem a possuir alto nível de complexidade e necessidade de agilidade para solucionar demandas, o procedimento arbitral torna-se uma interessante possibilidade.

Dentre as vantagens da arbitragem, tais como celeridade, previsão de estimativa de custos e de despesas, está a possibilidade de as partes estabelecerem sigilo na convenção arbitral. No entanto, mesmo quando não há uma cláusula expressa neste sentido, a confidencialidade é um instituto tão comumente aplicado e deveras respeitado que pode ser entendido como vontade implícita das partes.

Dados de pesquisa realizada pela *Queen Mary's School of International Arbitration*, da Universidade de Londres, mostraram que 62% daqueles que optam pela arbitragem para a solução dos conflitos consideram que a confidencialidade é algo muito importante, tanto que 50% desses mesmos entrevistados afirmam que a confidencialidade é algo inerente a esse procedimento, independentemente de existir cláusula expressa a respeito, tanto na convenção de arbitragem quanto no regulamento do juízo arbitral (FRIEDLAND; MISTELIS, 2010).

Entretanto, há um forte debate sobre as implicações dessa tendência, principalmente quando se considera o impacto na esfera jurídica de terceiros e na própria dinâmica de mercado. Isso porque, sem a publicidade dos resultados dos procedimentos arbitrais, não há como construir uma jurisprudência forte, especialmente nas arbitragens societárias. Nas palavras de Calixto Salomão Filho:

A ausência de transparência é frequentemente citada em estudos acadêmicos como um dos maiores responsáveis pelos altos custos sociais da arbitragem. Com efeito, falta de transparência pode ser sinônimo de denegação de justiça. A impossibilidade de ter acesso a uma jurisprudência arbitral consistente muitas vezes é responsável pelo benefício aos agentes com maior poder econômico. (SALOMÃO FILHO, 2017)

Cabe lembrar que os árbitros são agentes garantidores da justiça, ainda que privada. Afinal, tem-se que a jurisdição não é exclusiva do Estado, sendo exercida, inclusive, com previsão em lei pelas câmaras arbitrais (Lei n 9.307/96). Dessa forma, não que se falar em dispensabilidade jurisprudencial, pois os precedentes garantem tratamento mais isonômico aos agentes econômicos e exercem influência no mercado de capitais.

2. A ARBITRAGEM SOCIETÁRIA NO BRASIL

A Lei das Sociedades Anônimas¹ tornou expressa a possibilidade das companhias resolverem divergências por meio da Arbitragem, estabelecendo em seus estatutos essa previsão e suas especificações. Em 2004, a B3, bolsa de valores brasileira na época denominada BOVESPA, exigiu que as companhias que aderissem ao novo mercado e ao nível 2, segmento de governança mais elevado, adotassem a cláusula compromissória.

Portanto, a adesão às câmaras arbitrais é obrigatória para as companhias que fazem parte do Novo Mercado, do Nível 2 das Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa, Bovespa Mais e Bovespa Mais Nível 2. Salienta-se que, com a inserção da cláusula compromissória (ou cláusula de arbitragem) no estatuto social da companhia, todos os acionistas encontram-se vinculados à arbitragem.

A discussão sobre a arbitragem no âmbito societário no Brasil ganhou fôlego nos últimos anos em razão de vários fatores: (i) o desenvolvimento e a consolidação da arbitragem em geral; (ii) a crise do Estado como solucionador de litígios, sentida com mais ênfase nos litígios societários, que demandam aprofundamento e especialidade incompatíveis com as funções do juiz estatal; (iii) o desenvolvimento do mercado acionário, especialmente com os níveis específicos de governança corporativa na BM&FBovespa, que exigem a utilização da arbitragem; (iv) o aprofundamento do estudo do tema em trabalhos acadêmicos e obras publicadas; (v) reforma da Lei de Arbitragem, com a inclusão do art. 136-A na Lei das S/A.²

Dados coletados pela jurista Selma Lemes entre 2021 e 2022 comprovaram o salto da arbitragem no país, sendo que a arbitragem entre conflitos societários é um dos setores

¹ Art. 109 § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar. [\(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001\)](#)

² <https://cbar.org.br/site/o-estado-da-arte-da-arbitragem-no-brasil-e-o-direito-societario/>

tradicionais que segue em crescimento. Para ela, a arbitragem na área societária é tão grande que o Judiciário passa a ser muito pouco acionado para esse tipo de conflito.

Em 2022, foram registradas 1.116 arbitragens em andamento e 336 entrantes, sendo que 44,3 e 73% das matérias submetidas foram na área de societário na CAM-CCBC e na Câmara do Mercado, respectivamente³.

Apesar de ser muito utilizada, a arbitragem não escapa às críticas. Segundo uma pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR)⁴ em 2021, 33% dos entrevistados, incluindo árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais, demonstraram estar satisfeitos com a arbitragem.

A questão dos precedentes, por exemplo, é um ponto relevante, uma vez que não se pode falar em “jurisprudência arbitral” que possa promover maior segurança jurídica e pautar a condução dos agentes. Para 79% Dos entrevistados, há desvantagens na arbitragem em comparação aos processos judiciais, sendo que para 62 pessoas ouvidas a ausência de publicidade das decisões é uma delas, e para 13 é a principal.

3. ISONOMIA ENTRE OS AGENTES ECONÔMICOS E A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES NO MERCADO DE CAPITAIS.

O art. 157, § 4º, da Lei 6.404/1976 e a Instrução CVM nº 358/2002 destaca o dever de divulgar fato relevante, preservando a transparência, funcionamento e regulação do mercado de capitais. Essas disposições refletem a postura do Brasil perante administradores de companhias abertas e investidores, visando a viabilização dos mecanismos de responsabilização e proteção destes.

O regime brasileiro no que tange o mercado de capitais é pautado no chamado “disclosure”, isto é, a garantia de divulgação de informações para o mercado, investidores e (auto)reguladores (IRION, 2020). Em razão disso, muito se questiona se a confidencialidade adotada na arbitragem pode conflitar com essa divulgação esperada, afinal, até mesmo a simples propositura de uma ação judicial pode afetar a cotação das

³ LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2021 /2022. Canal Arbitragem. São Paulo, 2023.

⁴ <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>

ações da empresa na Bolsa e, durante todo o período no qual corre o processo, podem ocorrer repercussões negativas no balanço da companhia (WALD, 2007).

Nesse sentido, tanto a Lei das Sociedades Anônimas quanto a Instrução CVM tem sido apontadas como insuficientes para garantir a publicidade de informações efetivamente essenciais. Logo, convém destacar que certas informações exercem potencialmente grande influência entre os agentes econômicos, podendo embasar decisões que repercutem em todo o mercado.

De acordo com José Marcelo Martins de Proença:

Retomando a questão da importância da informação no mercado de capitais, ressalte-se que aí, talvez, o trânsito das informações atinja a sua dinâmica máxima, não só pela velocidade com que ocorre, mas, principalmente, em função da possibilidade de direcionar ou redirecionar grandes quantidades de recursos em poucos segundos. **Um negócio fechado a partir de uma informação errada ou da falta dela, pode causar prejuízos irreparáveis, e desta vez não só às partes envolvidas, mas a todo o interesse público, dada a amplitude do envolvimento do mercado de capitais em toda a sociedade,** como discutimos anteriormente. Daí a preocupação das ciências jurídicas em regular de forma exaustiva a matéria (PROENÇA, 2005).

Entende-se que essa mencionada influência se opera no plano em que o investidor, refletindo as informações disponíveis a respeito do emissor, conseguiria avaliar corretamente, do ponto de vista econômico, o preço dos valores mobiliários. Assim, alcançar-se-ia a chamada eficiência informacional do mercado⁵. Portanto, o seu desconhecimento pode produzir resultados que induzam investidores a erros que poderiam ser evitados se fossem expostas, e que afetam toda a sociedade. O autor prossegue em seu raciocínio:

Mas não se pretenda que a legislação sob comento deve afiançar bons retornos aos investimentos, a estes cumprindo-lhe, tão somente, respaldar com informações acuradas e sempre disponíveis. **O investidor pode fazer um mau negócio em função do seu julgamento e livre arbítrio, desde que nunca levado a tal por informações irreais ou mesmo pela falta delas, sob pena**

⁵ PITTA, André Grünspun. As funções da informação no mercado de valores mobiliários: uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras. 2013. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 72.

de flagrante e absoluto desrespeito à isonomia e equidade. (PROENÇA, 2005)

O autor André Pitta defende ainda que “se acreditarem plenamente que os retornos dependerão apenas do sucesso do empreendimento no qual investiram, bem como que os responsáveis pela sua consecução não o utilizarão em benefício próprio”⁶. Já Ecio Perin Júnior afirma que se os investidores não tiverem convicção de que correm apenas os riscos econômico-financeiros, inerentes à atividade de investimento, “a perda de liquidez do mercado será inevitável, com evidente prejuízo socioeconômico para todos”⁷.

Ademais, ao obrigar a divulgação de grande quantidade de informações atinentes aos negócios das companhias, desestimula a prática de atos escusos (como o Insider Trading ou a manipulação do mercado), reduzindo os custos de monitoramento dos agentes e gastos com conflitos de agência decorrentes de desvios, promovendo uma concorrência justa e preservando a isonomia entre os agentes econômicos (IRION, 2020).

4. CONCLUSÃO

Há de concluir, portanto, que o procedimento arbitral, embora muito vantajoso, apresenta um elemento passível a interessantes debates. Tendo em vista que a confidencialidade não é algo inerente a arbitragem, é justo buscar limitar a sua aplicação tendo em vista o interesse público, pois quando é regra, dificulta às sociedades empresariais e aos seus *stakeholders* o acesso às informações que os afetem direta ou indiretamente.

Essa limitação torna-se ainda mais imperiosa quando a arbitragem é mais do que um caminho de resolução de conflitos alternativa, é uma obrigação legal (no caso das companhias que fazem parte do Novo Mercado, do Nível 2 das Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa, Bovespa Mais e Bovespa Mais Nível 2). De toda maneira, mesmo sem a sua obrigatoriedade, já foi visto que as sociedades optam majoritariamente por esta via, dada as falhas do judiciário, priorizando a celeridade do processo e a especialidade dos árbitros. Por isso, pode-se dizer que a falta de transparência implica em um esvaziamento do direito societário, na medida em que se desconhece o que vem sem decidido nessa seara e há um consequente prejuízo para o mercado.

⁶ PITTA, 2013.

⁷ PERIN JÚNIOR, 2015.

Para cada novo conflito societário que deva ou espera-se ser resolvido pela justiça privada, haverá uma carência de precedentes que conduzam de forma isonômica as companhias, que serão submetidas a tratamento e decisões imprevisíveis, que possam divergir completamente de casos semelhantes já julgados ou em andamento.

Além disso, o grande número de arbitragens societárias indica que está havendo disputas entre agentes econômicos em massa e que podem estar envolvendo assuntos que digam respeito a interesses diversos. Logo, um leque de decisões que orientam o comportamento de boa parte das empresas brasileiras está sendo desconhecido, desafiando o que se chama de *disclosure*. Dessa forma, há que se refletir em como mitigar a assimetria informacional, tendo em vista que o processo de tomada de decisões dos grandes agentes econômicos tem o potencial para desestabilizar, manter ou impulsionar o desenvolvimento econômico do país.

Por fim, há de ressaltar a necessidade de se produzir uma jurisprudência forte na arbitragem societária brasileira para que, reproduzindo os ensinamentos da professora e advogada especialista em Direito Econômico Ana Frazão, os custos sociais da arbitragem não ultrapassem as vantagens privadas desse tipo de procedimento (FRAZÃO, 2017).

REFERÊNCIAS

DANA, Leticia Pereira. Os desafios da arbitragem societária no Brasil: uma análise frente a companhias abertas. 2021. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência, 2017.

IRION, Lukas da Costa. Dever de informar e mercado de capitais: considerações sobre a confidencialidade na arbitragem e a insuficiência do regime de divulgação de fato relevante. 2020.

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

PERIN JUNIOR, Ecio. A proteção do acionista minoritário. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). Tratado de direito comercial, v. 4: relações societárias e mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

PITTA, André Grünspun. As funções da informação no mercado de valores mobiliários: uma reflexão sobre o regime de divulgação de informações imposto às companhias abertas brasileiras. 2013. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 77.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider Trading – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 140

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. Revista de arbitragem e mediação. v. 14, n. 52, pp. 63-69, jan./mar; 2017.

VILELA, Amanda Cristina Siqueira da Costa. A confidencialidade da arbitragem em companhias abertas no Brasil. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 4, n. 12, jan./mar.2007, p. 25.

DIREITO NO AGRONEGÓCIO E SUAS LIGAÇÕES COM A ARBITRAGEM

André Eduardo Rocha de Oliveira

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem tem emergido como uma poderosa ferramenta para a resolução extrajudicial de conflitos. Este método destaca-se por sua celeridade, economia e tecnicidade, características que a tornam cada vez mais atraente para empresas e indivíduos em todo o Brasil, bem como no restante do cenário mundial.

Este estudo, em seu desenvolvimento, pretende demonstrar esta ascensão em especial no agronegócio. Para isso, pretende, de início, apresentar a aqueles que nunca ouviram falar, a arbitragem, e aprofundar para aqueles que detêm um conhecimento maior, as suas peculiaridades.

Posteriormente, pretende definir o termo agronegócio, demonstrando suas características e demandas que o fazem crescer cada dia mais no cenário econômico e empresarial brasileiro.

Por fim, como intuito principal deste simplório estudo, pretende demonstrar, baseado no alto crescimento agroindustrial, o que acarreta maiores litígios contratuais, a importância do uso da arbitragem para melhor resolvê-los, garantindo uma forma mais célere e específica para cada caso e tema, garantido maior segurança e economia, pensando no todo.

2. ARBITRAGEM

A arbitragem tem se consolidado como um modelo extrajudicial eficaz para resolver conflitos que envolvem direitos patrimoniais e disponíveis, tanto no Brasil quanto no cenário global. Isso se deve ao seu elevado grau de celeridade, economia, tecnicidade, neutralidade, flexibilidade, entre outras inúmeras vantagens que tornam a arbitragem uma escolha atraente para empresas e indivíduos na solução de disputas.

Não é um conceito novo, pois a arbitragem existia antes mesmo da criação do judiciário estatal, representado pela figura do juiz. Isso nos faz reconsiderar a ideia de que a Justiça Estatal sempre foi o único meio de resolver conflitos na sociedade, mostrando que existem outras formas eficazes de exercer essa função.

O crescimento da arbitragem na sociedade está principalmente ligado às dificuldades enfrentadas pelo judiciário na resolução de conflitos. Em particular, no setor do agronegócio, a lentidão das demandas judiciais impede o financiamento e o desenvolvimento do setor. Embora o objetivo seja garantir o acesso à justiça para todos, a eficácia do sistema judiciário tem sido insuficiente. Apesar da preocupação com a eficiência na resolução de conflitos, muitos Tribunais de Justiça não designam ou criam varas especializadas para matérias específicas, como o agronegócio.

Além disso, a morosidade entre o início do processo e a sentença é um problema significativo, conforme destacado pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que afirma: "A justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhes deve". Essa lentidão é especialmente problemática para casos que exigem rapidez, como os do agronegócio.

A arbitragem, com suas características únicas, surge como uma solução para esses problemas. O "Caso Soja Verde" é um exemplo relevante no contexto do agronegócio brasileiro, destacando as implicações legais do uso da arbitragem para resolver conflitos. O caso envolveu um contrato de arrendamento rural para plantio de soja, com uma cláusula arbitral para resolver disputas. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) reconheceu a incompetência da Justiça Estadual para julgar o conflito, reforçando a autonomia das partes na escolha da arbitragem.

A decisão do TJGO é um marco importante, validando o uso da arbitragem em contratos de agronegócio e promovendo uma solução mais rápida e eficiente do que o processo judicial tradicional. Isso é crucial para a competitividade e sustentabilidade econômica das operações rurais.

No entanto, durante o processo, a morosidade e a falta de conhecimento técnico do judiciário se tornaram obstáculos significativos. Decisões divergentes foram tomadas, incluindo pelo Superior Tribunal de Justiça, que unificou seu entendimento somente após danos significativos já terem ocorrido, gerando insegurança jurídica e instabilidade contratual no setor. A falta de conhecimento técnico, a lentidão processual e a falta de comprometimento afetam não apenas as partes envolvidas, mas toda a cadeia e setor relacionados.

A arbitragem, portanto, se apresenta como uma válvula de escape para esses problemas, caracterizada pela celeridade, tecnicidade dos árbitros, flexibilidade do procedimento, possibilidade de escolha do julgador, instância única e cumprimento espontâneo das decisões. Essas características tornam a arbitragem um meio eficaz de resolução de conflitos, especialmente no contexto do agronegócio.

3. AGRONEGÓCIO

O termo agribusiness, cunhado pelos professores de Harvard John Davis e Ray Goldberg, refere-se a todas as atividades produtivas vinculadas ao meio rural. Para esses estudiosos, o agribusiness abrange um complexo sistema industrial que envolve uma série de arranjos comerciais e jurídicos. (MARTINS; FERREIRA, 2019)

De acordo com o Projeto de Lei do Novo Código Comercial (PL nº 487-2013), em seu art. 681, o conceito de agronegócio consiste em:

rede de negócios que integra as atividades econômicas organizadas de fabricação e fornecimento de insumos, produção, processamento, beneficiamento e transformação, comercialização, armazenamento, logística e distribuição de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico.

Ou seja, se resume como uma cadeia de atividades que se coligam em busca de maior produtividade, além de objetivar que os respectivos produtos possam ser devidamente destinados a locais específicos, resultando em alto valor a todos na cadeia, seja produtores, trabalhadores, exportadores, Estado, entre tantos outros.

Ato contínuo, Renato Buranello complementa o conceito de agronegócio, levando sempre em consideração aos estudos primordiais para o advento desta ciência, da seguinte forma:

O conceito atual de agronegócio apoia-se nessa matriz que integra diversos processos produtivos, industriais e de serviços, que o define como a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles. Ainda, chegamos à conclusão de que o termo mostra uma acepção da qual participam também os agentes que produzem e coordenam o fluxo dos produtos, como os mercados, as entidades comerciais e as instituições financeiras.

O setor do agronegócio tem crescido significativamente no cenário global, especialmente no Brasil, que ocupa posições de destaque nos rankings internacionais do setor. O agronegócio brasileiro tem um grande impacto no Produto Interno Bruto (PIB),

com produtos como açúcar, café, laranja, soja e seus derivados, carne, e milho entre os principais itens comercializados.

Dado esse alto crescimento, os contratos no agronegócio são ferramentas jurídicas importantes para o desenvolvimento seguro e autônomo do negócio. Eles desempenham um papel crucial na estruturação e operação deste setor vital da economia, estabelecendo as bases para as relações comerciais e definindo obrigações e direitos entre as partes envolvidas, sejam produtores, fornecedores ou compradores. Um elemento importante nos contratos do agronegócio é a inclusão de cláusulas arbitrais, que permitem a resolução de disputas fora do sistema judicial tradicional. Isso é especialmente relevante em um setor onde a celeridade e a especialização são fundamentais para garantir a continuidade e a eficiência das operações. A arbitragem proporciona uma solução rápida e eficaz para conflitos, contribuindo para a estabilidade e a segurança jurídica no agronegócio. Assim, contratos bem elaborados e a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos são essenciais para o desenvolvimento sustentável e competitivo do setor.

4. AGRONEGÓCIO E ARBITRAGEM

Com o novo Código de Processo Civil, foi reafirmada a aceitação de métodos não estatais bem regulamentados para a resolução de conflitos, como a arbitragem. Embora a arbitragem não seja uma prática recente, somente agora vem ganhando mais força para esse fim.

No agronegócio, a situação não é diferente. Com o crescimento contínuo do setor, aumentam também os conflitos, que exigem soluções rápidas e com conhecimento específico, algo que a arbitragem pode proporcionar. Por isso, a ligação entre arbitragem e agronegócio está se fortalecendo cada vez mais.

É cada vez mais comum que empresários recorram à arbitragem para resolver suas pendências. O cenário arbitral brasileiro está em constante atualização e crescimento para atender à crescente demanda pelo instituto. Diversas câmaras privadas de arbitragem, exclusivas para tratar do agronegócio, foram estabelecidas, como a de Rio Verde - GO, que opera há aproximadamente 20 anos em parceria com o sindicato rural para resolver litígios comerciais dessa natureza.

No agronegócio, diversas cadeias de produção interagem, exigindo do empreendedor rural um conhecimento profundo e a capacidade de lidar com riscos elevados, além da busca por lucros razoáveis. Para isso, é essencial que os empresários reduzam os custos de formação, manutenção e execução de contratos, incluindo os custos associados a eventuais inadimplementos.

A arbitragem se destaca por sua importância nesse contexto, oferecendo uma solução eficaz para a demanda do agronegócio. A arbitragem proporciona maior segurança jurídica, baseada em princípios fundamentais para a atividade empresarial, como especialização e confidencialidade.

A inclusão de cláusulas arbitrais em contratos rurais, como os de arrendamento, confere mais segurança jurídica a esses negócios. Enquanto as decisões judiciais tendem a ser genéricas, devido à falta de comarcas, varas e tribunais com conhecimento específico no agronegócio, a arbitragem se destaca pela celeridade e especialização no julgamento.

Além da legislação, diversos doutrinadores defendem o uso mais frequente da arbitragem no setor agroempresarial brasileiro. Um exemplo é o agrarista José Fernando Lutz Coelho, que defende essa prática como uma forma eficaz de resolver conflitos no agronegócio.

Embora não seja utilizado na prática, como deveria, é perfeitamente concebível que nos contratos agrários nominados e inominados, em questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, bem inerente ao patrimônio ou interesse dos contratantes, sem vulnerar as normas de ordem pública emanadas no Estatuto da Terra e seu regulamento, que utilizem do meio de composição da lide, pela arbitragem, nos moldes proporcionados pela Lei 9.307, de 23.09.1996. (FERREIRA; MARTINS apud COELHO, 2016)

Dado o exposto, o objetivo da arbitragem não é retirar a autonomia da vontade das partes e afastá-las compulsoriamente da jurisdição estatal, pelo contrário, pretende apenas facilitar de forma a deixar mais célere e específico, além de garantir segurança e autonomia privada para escolherem os árbitros e câmaras arbitrais que entenderem mais qualificadas para constituir a demanda.

5. CONCLUSÃO

A arbitragem, com sua celeridade, especialização e flexibilidade, apresenta-se como uma solução eficaz para os desafios enfrentados pelo judiciário tradicional, especialmente no setor do agronegócio. Ao oferecer uma alternativa rápida e técnica para a resolução de conflitos, ela promove maior segurança jurídica e eficiência nas operações

rurais. Casos emblemáticos, como o "Caso Soja Verde", exemplificam sua crescente adoção e relevância. Assim, a arbitragem fortalece-se como um pilar essencial para o desenvolvimento sustentável e competitivo do agronegócio brasileiro, beneficiando toda a cadeia produtiva e garantindo um ambiente de negócios mais seguro e dinâmico.

REFERÊNCIAS

BURANELLO, Renato. Agronegócio: conceito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhôa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/208/edicao-1/agronegocio:-conceito> – acesso em 19 de junho de 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Legislação Informatizada: Emenda Constitucional no 45, de 2004 – Exposição de Motivos. Altera dispositivos dos arts. 5o, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 26 de março de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html> - acesso em: 19 de junho de 2024.

COÊLHO, Diego Henrique Damasceno; CORRÊA, Camila Braga; HANSEN, Gilvan Luiz. Mediação e arbitragem na resolução de conflitos sobre preços dos contratos de parcerias empresariais no agronegócio. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 3, p. e53110313356-e53110313356, 2021.

IPLINSKY, Lorena Tonin. O uso da arbitragem na resolução de conflitos do agronegócio. 2022.

MARTINS, Paulo Antonio Rodrigues; FERREIRA, Rildo Mourão. As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro. **Cadernos de Direito Actual**, n. 12, p. 304-326, 2019.

ROCHA, VITOR HASSAN LIMA; POZZETTI, VALMIR CESAR. A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO AGRONEGÓCIO. **Percursos**, v. 1, n. 46, p. 544-574, 2023.

ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO AGRONEGÓCIO

André Peyneau Curcio

O agronegócio é responsável por grande parte das exportações brasileiras. De acordo com informações do Ministério da Agricultura e Pecuária¹, o agronegócio correspondeu a 49% da pauta exportadora do Brasil em 2023, chegando a um valor de US\$166,55 bilhões. Para se ter uma ideia da dimensão da internacionalização do agronegócio brasileiro, de acordo com o Ministério da Agricultura e Pecuária², em 2023 60,3% da safra de grãos de 2022/2023 foi exportada.

Diante desses dados, é fácil perceber que a comercialização internacional de commodities agrícolas é algo bastante presente na indústria agrícola. Ou seja, é bastante comum a celebração de contratos internacionais envolvendo contrapartes de diferentes países para a compra e venda de commodities.

Quando falamos em agronegócio, logo vem à mente alguns problemas dificilmente transponíveis neste mercado, como a questão da perecibilidade dos produtos agrícolas e a suscetibilidade a danos decorrentes de eventos naturais como chuvas (excesso ou falta), enchentes, secas, granizo, ventanias, incêndios, entre outros acontecimentos naturais.

Diante dessas peculiaridades, o tempo é muitas vezes um fator crucial para o agronegócio, seja em relação ao momento de plantio e de colheita de determinada cultura, o momento certo de colocar e tirar o gado de uma pastagem, o tempo de transporte dos produtos que saíram das fazendas, o momento correto de aplicar determinado defensivo agrícola ou fertilizante, entre outros. Ou seja, o tempo muitas vezes é capaz de influenciar profundamente a quantidade de lucros e prejuízos que determinada atividade pode ter.

Outro ponto importante envolvendo a indústria do agronegócio são os contratos de arrendamento das propriedades rurais. O arrendamento nada mais é que a locação de propriedades rurais para a produção de determinada cultura ou criação de animais, Nesse

¹ Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/exportacoes-do-agronegocio-fecham-2023-com-us-166-55-bilhoes-em-vendas>. Acesso em 26/06/2024.

² Idem.

sentido, é comum a celebração de contratos de arrendamento envolvendo proprietários de terra e produtores, sejam grandes ou sejam pequenos.

Apesar de figurar entre uma das principais indústrias nacionais, não é comum observarmos nos debates dos círculos sociais da arbitragem a menção ao agronegócio como sendo um dos temas centrais da arbitragem brasileira. Obviamente, é certo que muitas das grandes disputas societárias e arbitragens envolvendo o setor de construção, aos quais são reputados a maioria dos casos de arbitragem, certamente há o envolvimento da indústria do agronegócio. Contudo, talvez em razão da confidencialidade, não é comum observarmos questões peculiares do agronegócio como sendo objeto de arbitragens, como por exemplo, os contratos de commodities, os arrendamentos, entre outros.

Ao olharmos para as características dessa indústria, entendemos que existem grandes vantagens da utilização das arbitragens para o agronegócio. Por exemplo, podemos citar a questão da escolha de árbitros técnicos para o julgamento da causa, já que muitas vezes, as demandas provenientes do agronegócio necessitam de provas técnicas e conhecimento técnico específico.

Uma questão, contudo, controvertida que pode envolver a arbitragem e o agronegócio é em relação às peculiaridades presentes no setor do agronegócio que envolvem a suscetibilidade a danos decorrentes de eventos naturais e a perecibilidade dos produtos. A controvérsia surge da necessidade, muitas vezes, de medidas de urgência para evitar que o produto objeto da demanda se perca. Assim, muitas vezes a espera até que a arbitragem seja instalada e sejam escolhidos os árbitros pode resultar em danos irreversíveis.

Contudo, o legislador já previu no artigo 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) a possibilidade de aplicação de tutela de urgência pelo Poder Judiciário antes que seja iniciada a arbitragem, de forma que, sendo instalado o tribunal, este deverá avaliar a tutela concedida pelo Poder Judiciário. Assim, as principais preocupações em relação à demora inicial de uma arbitragem foram dirimidas por essa previsão legal. Já no caso de uma medida de urgência vir a ser necessária após a instalação da arbitragem, entendemos que não haveria tal problema, uma vez que na arbitragem prevalece o acordo entre as partes, que podem estabelecer a possibilidade de medidas mais rápidas.

Outro ponto favorável à utilização da arbitragem no agronegócio é a forte internacionalização que permeia essa indústria, como comentado anteriormente. Um dos pontos fortes da arbitragem envolve a possibilidade de escolha de foros neutros e árbitros neutros quando o contrato envolve contrapartes de países distintos. Assim, a arbitragem surge como uma forma de reduzir a desconfiança das partes de que determinado juiz ou tribunal favorecerá uma das partes em razão de ser proveniente do mesmo país da parte favorecida.

Nesse sentido, há câmaras internacionais de arbitragem específicas para o agronegócio, como o GAFTA - Grain and Feed Trade Association, a FOSFA - Federation of Oils, Seeds and Fats Associations, a RSA - Refined Sugar Association, a ICO - International Coffee Organization e a ICA - International Cotton Association. Essas associações possuem, cada uma, atuação voltada para um determinado produto proveniente do agronegócio.

Um ponto muito interessante dessas associações é que algumas delas são voltadas para a regulamentação e harmonização do comércio internacional de cada um desses produtos e a arbitragem de eventuais disputas é um dos serviços prestados pelas associações, pelo menos na maioria dessas associações. Isso é interessante, pois, inclusive, tais associações oferecem contratos modelos para a comercialização internacional de commodities, de forma a serem verdadeiros guias para o comércio internacional.

A GAFTA por exemplo, afirma em seu site³ que estima que 80% do comércio de grãos embarcados do mundo é regido pelos modelos de contrato da GAFTA. Nesse sentido, a GAFTA fornece mais de 200 modelos de contratos que são destinados a diversos tipos de produtos originários das mais diversas localidades, todos, obviamente, com cláusulas de arbitragem prevendo a GAFTA como câmara arbitral.

Atualmente, as arbitragens da GAFTA são regidas pelo Arbitration Rules No. 125 da GAFTA, que conforme explicado pelo professor Thiago Marinho⁴ possui regras bem específicas sobre procedimento, como: (i) prazos curtos para a instauração da arbitragem (até um ano); (ii) aplicabilidade da lei inglesa e sede em Londres; (iii) árbitros devem

³ Disponível em: <https://www.gafta.com/>. Acesso em 27/06/2024.

⁴ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/394094/arbitragem-internacional-de-commodities-agricolas>. Acesso em 27/06/2024.

estar vinculados à GAFTA; (iv) desincentivo ao uso de advogados; (v) duplo grau de análise; entre outros.

A FOSFA por sua vez, também fornece modelos de contratos para o comércio internacional de óleos, sementes oleaginosas e gorduras. De acordo com seu site⁵, existem 1.200 membros de 90 países que utilizam os modelos de contratos para embarcarem e transportarem suas commodities. Assim como no GAFTA, os modelos de contrato da FOSFA também possuem cláusulas arbitrais que estabelecem a FOSFA como o tribunal arbitral, independente das partes serem federadas ou não. Nesse sentido, cabe apontar que a FOSFA estabelece que o procedimento arbitral possui, em regra, duas camadas de julgamento, ou seja, é cabível a apelação da decisão. Contudo, a FOSFA também indica que é possível estabelecer um tribunal de apenas uma camada, na qual somente haverá um árbitro e não cabe apelação da decisão, em geral, relacionado a causas menores.

Um último exemplo dessas organizações é a ICA que possui um processo arbitral bem definido, com prazos específicos para cada fase, conforme detalhado em seu site.⁶ Nesse sentido, é possível que a própria ICA indique quem será o árbitro, caso uma das partes não responda às notificações iniciais e também é possível apelar das decisões. Um ponto bastante interessante da ICA é que ela possui uma lista de empresas que não pagaram os valores determinados pelas decisões arbitrais, a qual pode ser consultada em seu site. De acordo com a empresa, esse é um recurso para ajudar a promover um ambiente mais seguro de comércio.

Diante disso, podemos perceber que essas câmaras setoriais possuem forte atuação no comércio internacional de commodities agrícolas, bem como na regulação desse setor. Nesse sentido, as câmaras setoriais exercem um importante papel de padronizar o funcionamento do mercado e estabelecerem boas práticas e estabilidade.

Nesse sentido, vemos que a arbitragem é uma ferramenta importantíssima para a concretização de objetivos setoriais, principalmente em um mercado pautado pela comercialização internacional de produtos e a característica técnica desses produtos, quais sejam suas peculiaridades de suscetibilidade a eventos naturais e perecibilidade.

⁵ Disponível em: <https://www.fosfa.org/>. Acesso em 27/06/2024

⁶ Disponível em: <https://ica-ltd.org/arbitration/arbitration-process/>. Acesso em 27/06/2024

Diante disso, nos vem à mente o questionamento sobre a não existência de câmaras setoriais do agronegócio no Brasil, que é justamente um expoente desta indústria. Os motivos não cabem ser aqui determinados, mas é um questionamento que devemos levantar para refletir que o país considerado por muitos como o “celeiro do mundo” não possui uma prática de arbitragem voltada para o agronegócio de forma intensa, o que pode ser um reflexo de uma falta de compreensão das vantagens e benefícios da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos que surgem das relações envolvendo o agronegócio.

Assim, é importante observar que seria interessante que a indústria do agronegócio observe que a arbitragem pode trazer benefícios ao setor e à comercialização de seus produtos. E aqui os benefícios não se restringem às questões envolvendo a internacionalização que já foram mencionados acima, como a questão do foro neutro e a possibilidade de procedimentos específicos quando utilizados os serviços de arbitragem das câmaras mencionadas acima. Além desses benefícios podemos mencionar também a confidencialidade dos processos, a maior agilidade e possibilidade de que as partes estabeleçam como será o procedimento arbitral, a possibilidade de escolha dos árbitros (inclusive com a possibilidade de escolha de árbitros técnicos), entre outros aspectos que permitem que a arbitragem seja uma possibilidade de resolução de conflitos envolvendo o agronegócio.

ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

Luís Eduardo Barreto Fonseca Tostes Ribeiro

1. DO ARTIGO 407-A DA CLT

A arbitragem é uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos na qual, de modo similar à jurisdição estatal, as partes voluntariamente outorgam a um terceiro o poder de decidir um litígio. A arbitragem se funda na **autonomia da vontade** das partes e na sua **capacidade de consentir** em atribuir poderes a um terceiro para decidir uma controvérsia (LAMAS, 2021).

A aplicação da arbitragem na esfera trabalhista já se encontrava prevista no artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (BRASIL, 1988).

O fato de a Constituição prever expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem para as relações coletivas gerou a interpretação de que a arbitragem **apenas** poderia ser admitida nos dissídios coletivos do trabalho (GEMIGNANI, 2024). Entretanto, com a reforma trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017, foi inserido o artigo 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispõe que:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1943).

Portanto, com a reforma trabalhista, passou a ser admitido o uso da arbitragem para a solução de conflitos individuais de trabalho nos casos em que cumulativamente: **(1)** seja de iniciativa do empregado ou possua sua expressa concordância; **(2)** o salário seja superior a duas vezes o limite máximo para os benefícios do RGPS; e **(3)** a arbitragem seja pactuada via cláusula compromissória.

Cláusula compromissória é uma espécie de convenção de arbitragem, ou seja, é um acordo de vontades por meio do qual as partes vinculam a solução de um litígio ao

juízo arbitral, renunciando a possibilidade de solução via jurisdição estatal. A cláusula compromissória é celebrada **antes da existência de litígio**, prevendo questões que serão solucionadas por meio da arbitragem (GUERRERO, 2022). Como o artigo 507-A da CLT determina que, para utilizar do instituto da arbitragem, o empregado deve pactuar cláusula compromissória, isso significa que, **antes de qualquer conflito**, possivelmente no **momento de sua contratação**, o empregado deve abrir mão da jurisdição estatal como solução para futuros conflitos trabalhistas.

2. CRÍTICAS AO ARTIGO 507-A DA CLT

2.1. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE

Os direitos individuais trabalhistas são **indisponíveis e irrenunciáveis**, ou seja, não podem ser dispostos pelo empregado ou por ele renunciados. Isso é o que se extrai da leitura do artigo 7º da Constituição Federal, o qual define os direitos trabalhistas, em conjunto com o *caput* do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (MELEIRO. et al, 2018):

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes (BRASIL, 1943).

Esse é um mecanismo do Direito do Trabalho que visa retomar o equilíbrio na relação entre o empregador e o empregado, pois há desigualdade na relação advinda da própria subordinação, a qual não desaparece com o aumento da remuneração do empregado. Deste modo, muitos argumentam que o artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho é inconstitucional, pois autoriza a renúncia de direitos trabalhistas apesar de o caráter de desequilíbrio na relação trabalhista se manter (MELEIRO. et al, 2018).

2.2. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 1º DA LEI DE ARBITRAGEM

Outra crítica feita a esse artigo é que ele viola o previsto no artigo 1º da Lei de Arbitragem: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 1996).

Como anteriormente destacado (ver o item 2.1.), os direitos trabalhistas individuais são **indisponíveis**, estando, assim, o artigo 507-A da CLT em contradição com a base da Lei de Arbitragem.

2.3. INEXISTÊNCIA DE AUTONOMIA DA VONTADE PLENA

Ao escolher o valor do salário como requisito para possibilitar a arbitragem em dissídios individuais trabalhistas, a norma presume que o empregado com salário superior a duas vezes o limite máximo para os benefícios do RGPS se encontra livre de pressões econômicas e, desse modo, pode exercer completa autonomia de vontade no momento de formação de seu contrato de emprego. Porém, essa presunção de autonomia de vontade não se sustenta (AMORIM, 2018).

A Constituição Federal adota o conceito de relação de emprego universalizado pelo direito do trabalho (artigo 7º, inciso I). Essa relação se configura sempre que presente trabalho (1) subordinado, (2) pessoal e (3) assalariado, o que se encontra expresso nos artigos 1º e 2º da CLT. Isso é o reconhecimento da desigualdade material entre as partes contratantes na relação de emprego, da hipossuficiência do empregado, para, assim, conferir o mínimo de segurança em seu contrato de emprego (AMORIM, 2018).

Existe amplo reconhecimento na doutrina de que no momento da celebração do contrato de emprego certa pressão é exercida na vontade do trabalhador, não sendo essa uma situação de equilíbrio de vontades (DELGADO, 2016). O aumento do valor salarial não altera o estado de subordinação inerente à procura pelo emprego e à necessidade de sua manutenção, pois esse é a única ou principal fonte de subsistência do empregado. Isso mitiga a autonomia da vontade na estipulação de cláusulas no momento de firmar o contrato empregatício, o que, indubitavelmente, atinge eventual cláusula compromissória (FERNANDES, 2018). Assim, como o trabalhador não tem autonomia da vontade plena no momento da contratação, e também durante a sua manutenção, não se pode afirmar que houve a sua iniciativa ou concordância à cláusula compromissória.

2.4. AFRONTA AO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Outra crítica feita ao artigo 507-A da CLT é de que não possui base constitucional, ao contrário, ele contraria o disposto no artigo 114 da Constituição Federal. Como anteriormente mencionado (ver o item 1.), a Constituição prevê o uso do instituto da arbitragem na seara trabalhista em seu artigo 114, §§ 1º e 2º, porém, o dispositivo é expresso no sentido de que a arbitragem é possível para dissídios trabalhistas **coletivos**.

A Constituição, ao destacar a possibilidade da aplicação do instituto aos conflitos trabalhistas coletivos, intencionalmente omitiu a menção aos conflitos trabalhistas individuais. Assim, permitiu o uso da arbitragem apenas para a solução de conflitos trabalhistas coletivos e proibiu, por exclusão ou implicitamente, o uso da arbitragem para a solução de conflitos trabalhistas individuais (RODRIGUES, 2021).

3. DEFESAS À CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 507-A DA CLT

3.1. EXISTÊNCIA DE AUTONOMIA DA VONTADE PLENA

Martins e Ferreira (2019) destacam que, conforme o entendimento do próprio Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem, deve se aplicar ao artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho a mesma lógica instituída pelo Código de Defesa do Consumidor para as convenções de arbitragem, ou seja, a manifestação de vontade presente na cláusula compromissória não possui validade, mas não se afasta a possibilidade de se optar pela arbitragem se o consumidor (no caso o trabalhador) entender que essa é a melhor opção para ele.

Em outras palavras, apesar de o empregado pactuar uma cláusula compromissória, no momento em que um conflito emergir, ele não está vinculado à resolução do conflito por meio da via arbitral, podendo optar pela via judicial. Nesse caso, a cláusula compromissória nada mais faz do que abrir a possibilidade de, caso assim o empregado entenda, resolver o conflito que já ocorreu utilizando do instituto da arbitragem.

Com a possibilidade de o trabalhador optar pela via arbitral após o conflito, ele, que se encontrará geralmente com seu vínculo empregatício rompido, poderá tomar tal decisão com plena autonomia de vontade.

3.2. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Apesar de muitos apontarem o artigo 507-A da CLT como inconstitucional, por aparentemente violar o artigo 114 da Constituição Federal (ver o item 2.4), outros defendem que não existe tal violação. O entendimento de que a Constituição, ao expressamente permitir o uso da arbitragem na solução de conflitos coletivos trabalhistas, veda o uso da arbitragem em dissídios individuais trabalhistas devido ao silêncio é uma violação direta ao **princípio da legalidade** (FILHO, 2019).

Previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988), o princípio da legalidade estabelece a máxima de que é permitido tudo o que a lei não veda expressamente. Por essa razão, o fato de a Constituição não dispor sobre a aplicação da arbitragem na solução de dissídios individuais trabalhistas não pode ser compreendido como uma vedação ao instituto.

4. CONCLUSÃO

Em suma, a arbitragem já possuía previsão expressa para a sua aplicação na solução de dissídios trabalhistas, porém, isso se encontrava limitado, ao menos era a interpretação, aos dissídios de natureza coletiva. Com a inserção do artigo 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da reforma trabalhista, a arbitragem como meio de solução de dissídios individuais trabalhistas se tornou uma possibilidade.

Como anteriormente apresentado, muito ainda se discute sobre a constitucionalidade e modo de aplicação do instituto da arbitragem para esses conflitos individuais. Aqueles que entendem pela incompatibilidade do instituto da arbitragem se apoiam na hipossuficiência do empregado, no vínculo de subordinação e nos princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Por outro lado, aqueles que defendem a compatibilidade do instituto expressam que não existe vedação constitucional à sua utilização e que, com a possibilidade de o empregado optar pela via arbitral após o conflito, o que geralmente ocorre após o rompimento do vínculo empregatício, sua autonomia de vontade é plena.

Por fim, além dos aspectos jurídicos, levanto nessa conclusão uma última reflexão. Certa cautela deve ser tomada ao defender a aplicação da arbitragem na solução dos dissídios individuais trabalhistas, o motivo para tal afirmação é, principalmente, lógico-econômico, pois, apesar de a arbitragem ser um meio muito mais rápido para solucionar litígios comparado ao judiciário, ela também é muito mais cara do que ele. Enquanto ela

pode ser o meio ideal para solucionar conflitos entre empresas, para as quais o tempo de solução do conflito vale muito mais do que o dinheiro gasto no processo, o mesmo possivelmente não pode ser aplicado aos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **Temas processuais na reforma trabalhista**. In: HONÓRIO, Claudia; VIEIRA, Paulo Joarês. Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista”. Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

BRASIL. 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 jun. 2024.

BRASIL. 1996. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103445/lei-de-arbitragem-lei-9307-96>>. Acesso em: 12 jun. 2024.

DELEGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 574.

FERNANDES, J. A **Arbitragem em Conflitos Individuais Trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, v. 7, n. 10, 2018. Disponível em: <

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147813/2018_fernandes_joao_arbitragem_conflitos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 jun. 2024.

FILHO, Geraldo Korpalski. **Compatibilidade do artigo 507-A da CLT com os direitos fundamentais trabalhistas: uma análise da arbitragem na relação de emprego**. 2019. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8591>>. Acesso em: 16 jun. 2024.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **A ARBITRAGEM NO DIREITO TRABALHISTA: um desafio a ser enfrentado**. Revista CEJ, v. 22, n. 75, 2018. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.01.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 4 Ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 25 – 26.

LAMAS, Natália Mizrahi. **Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem**. In. Curso de Arbitragem. Coord. Daniel Levy. Guilherme Setogutti J. Pereira. 2ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 23 – 55.

MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Avanços e perspectivas para a arbitragem em demandas trabalhistas.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/opiniaao-avancos-perspectivas-arbitragem-trabalhista/>>. Acesso em: 16 jun. 2024.

MELEIRO, Ana Beatriz et al. **A arbitragem à luz da reforma trabalhista no Brasil.** Diálogos Interdisciplinares, v. 7, n. 1, p. 32-54, 2018. Disponível em: <<https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/414/507>>. Acesso em: 12 jun. 2024.,

RODRIGUES, Stefany Fernandes et al. **(In) aplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas.** 2021. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1210>>. Acesso em: 13 jun. 2024.

ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES E ESTADO DA ARTE

Rafael Luís Müller Santos

INTRODUÇÃO

Em contexto inicial, ao se analisar a literalidade das Leis de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), pode-se pensar, em primeira avaliação, que a convergência entre os temas propostos neste breve artigo não seria lícita, tampouco possível, tendo em vista o Direito Antitruste tutelar direitos difusos¹, em especial, a defesa da concorrência, enquanto a arbitragem ser direcionada expressamente para direitos patrimoniais disponíveis².

Entretanto, para além da dimensão pública tutelada pela Lei 12.529/2011, não há a necessária exclusão da dimensão privada, nas suas diversas formas para solução de conflitos. Em meio às discussões travadas diariamente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Autarquia Federal que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, há uma série de problemáticas e lides privadas na seara econômica e até mesmo contratual de diversos mercados, que podem ser endereçados, em certa medida, pelo mecanismo da arbitragem. Logo, esse meio é um dos caminhos a serem desenvolvidos no *fortalecimento* privado da Defesa da Concorrência, que ainda precisa ser trilhado com mais ênfase no Brasil.

A Arbitragem pode ser mecanismo para dar efetividade ao sistema privado quando usada de forma bem aplicada, com objeto bem definido e com adequada delimitação de efeitos. Dessa forma, este breve trabalho visa explorar a utilização desse mecanismo no ordenamento brasileiro, as principais discussões atinentes ao tema e o cenário atual legislativo e jurisprudencial da Autoridade.

¹ Art. 1º da Lei nº 12.529/2011: Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

² Art. 1º da Lei nº 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

REFLEXÕES INICIAIS

O debate da arbitragem na seara concorrencial não é simples, tampouco permissiva de se chegar a conclusões em abstrato e fechadas. A análise do caso concreto se faz essencial para melhor compreender como será utilizado mecanismo, qual sua finalidade e se seria realmente efetivo para atender esta, além de verificar sua legalidade e constitucionalidade.

Dentre essas discussões, pode ser citada, em primeiro lugar, o alerta da OCDE sobre a inafastabilidade e/ou irredutibilidade da competência da Autoridade Concorrencial frente a arbitragem, sendo que não se poderia restringir o *enforcement* do Cade, mas apenas ser um mecanismo de forma a facilitar e complementar a sua atuação.

Essa discussão pode se dar em duas situações principais: a primeira diz respeito aos casos em que o Cade já analisou a conduta anticompetitiva ou ato de concentração econômica e seu Tribunal Administrativo já emitiu decisão. No modo descrito, utilizar-se da arbitragem para aplicar a decisão da Autoridade seria, de forma evidente, uma maneira de complementar o *enforcement* público.

Situação a ser pensada com mais cautela seria aquela em que ainda não houve *enforcement* público, o que torna a discussão mais difícil e complexa, tendo como base uma possível desarmonia entre decisões, problema este que não é específico da arbitragem e poderia ocorrer no âmbito do judiciário também, mas que devem ser endereçados na tentativa de utilizar a arbitragem com maior harmonia no ponto de vista de unidade do sistema entre as esferas pública e privada.

Mesmo diante das nuances e limites a serem estabelecidos, tem-se como baliza que a decisão arbitral não vincula o Cade, tampouco interfere na competência da Autoridade, que diz respeito a uma questão de arbitrabilidade objetiva é um ponto de partida em tal aspecto. Cabe pontuar, entretanto, que, nessa mesma linha, deve-se pensar quais questões deveriam estar, a priori, fora do âmbito da arbitragem, de forma a preservar aquilo que não pode ser afastado do caráter mandatório do *enforcement* público, além de limite de competência de árbitros e como equacionar a relação das Câmaras Arbitrais com a Autoridade.

Além disso, vale mencionar também preocupações no que tange a atuação de agentes dominantes e com alta participação de mercado, sendo que o resultado de uma

arbitragem envolvendo tais agentes podem gerar repercussões mais extensas do que apenas entre os componentes da lide, além repercussão no restante do mercado também discussões como eventual intervenção de terceiros no processo arbitral, publicidade das decisões a partir da mitigação do sigilo do processo arbitral.

E no âmbito propriamente da arbitragem, deve-se pensar como as partes poderiam afastar o direito cogente para o tribunal arbitral aplicar ou não o direito concorrencial, não alterando a competência do Cade, mas um exercício da autonomia privada na escolha das normas que iriam reger o procedimento arbitral. Reflexão esta que ainda gera dúvidas se seria lícita, ineficaz (arbitragem seguiria sem a aplicação da cláusula) ou até inválida, sendo, neste último caso, cancelada a arbitragem.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A mais recente alteração legislativa em sede do Direito da Concorrência está inserida no âmbito do *enforcement* privado e o incentivo do legislador para melhor viabilizar tal instrumento. Nessa linha, a Lei 14.470/2022 realizou a alteração de alguns dispositivos da Lei 12.529/2011 para incentivar as Ações Cíveis de Reparação de Danos Concorrenciais, possibilitando direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos decorrentes de ilícito anticoncorrencial, que seria o caso daqueles que não colaboraram em sede da política de acordo da Autarquia.

Dessa forma, em curta análise, percebe-se que a nova norma tem como intuito, além do efeito dissuasório para o cometimento de ilícitos antitruste, incentivar o *enforcement* privado e a política de acordos (Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Leniência) que são implementados pelo Cade na persecução de Cartéis e outras condutas ilícitas no âmbito concorrencial.

Diante dessa contextualização inicial da referida atualização legislativa, cabe mencionar que o projeto de lei³ referente tinha previsão da obrigatoriedade de submissão de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) ao juízo arbitral, conforme redação:

³ Projeto de Lei nº 11.275, de 2018 (Projeto de Lei nº 283, de 2016, no Senado Federal).

Art. 1º do Projeto de Lei, na parte em que altera o § 16 do art. 85 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

“§ 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição. ”

Essa imposição de previsão de cláusula arbitral foi objeto de veto presidencial⁴, com a justificativa de que tal medida contraria o interesse público, aumentando os custos para as partes. Apesar de não adequadamente fundamentado, o veto presidencial foi uma decisão acertada, na medida que não se considerou os diferentes perfis de casos (variados mercados e cenários) e perfis de Compromissários (aqueles que firmam TCCs com o Cade).

Nessa linha, a questão não deve ser impositiva de forma a onerar de pronto as partes, mas sim pensada no caso concreto. Exemplo de cartéis considerados “pequenos”, como regionais no mercado de combustíveis, ou o Cartel de Padarias do DF que envolveram empresas pequenas com caráter sobretudo familiar, e que não teriam condições de arcar com os custos de arbitragem.

Dessa forma, entende-se que, como incentivo, a arbitragem pode ser utilizada como um benefício e ser colocada ao dispor para as partes. Já como imposição, conforme previa a reforma legal, não se alcançaria os benefícios pretendidos, além de gerar eventuais prejuízos ao *enforcement* público e a política de acordos que é muito prezada pelo Cade, tendo em vista que essa permite a persecução de novos casos e a robustecer conjuntos probatórios com informações trazidas pelos colaboradores.

⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Msg/Vep/VEP-599-22.htm.

JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Há alguns exemplos de casos que mostram a evolução da utilização das cláusulas arbitrais pelo Cade na última década – Grupo ICL/Fosbrasil (2014)⁵, All/Rumo (2015)⁶, Tam/Iberia/British (2017)⁷, Bovespa/Cetip (2017)⁸, AT&T/Time Warner (2017)⁹, Petrotemex/Petrobrás (2017)¹⁰, Oi Móvel (2022)¹¹, REAM/ATEM –Petrobrás (2022)¹².

No primeiro caso em que foi adotada a solução da arbitragem, em sede de controle de estruturas, de relatoria da Conselheira Ana Frazão, havia um conflito que tinha uma dimensão privada - pontual em relação aos efeitos e objetos. Dessa forma, entendeu-se que a arbitragem poderia subsidiar com informações se o compromisso comportamental de não discriminação estaria sendo cumprido, sendo que o Cade utilizaria a arbitragem como entendesse aplicável ao caso no âmbito do *enforcement* público, podendo até discordar da decisão arbitral.

A título de exemplo, no caso REAM mencionado acima, que é uma das previsões mais recentes da cláusula arbitral, observa-se cuidadoso detalhamento nos termos do acordo de forma a endereçar algumas questões discutidas no presente artigo, como: o fato de, sem prejuízo das competências regulatórias da ANATEL e das competências do Cade, a Compromissária poder iniciar procedimento arbitral privado para buscar a solução de controvérsias decorrentes das obrigações previstas no acordo; a definição prévia de Câmara e seu respectivo regulamento; delimitações sobre a competência do tribunal arbitral e os respectivos objetos de análise e decisão deste; a obrigação de envio das decisões arbitrais ao Cade e a não vinculação deste e da ANATEL às deliberações da arbitragem.

⁵ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47.

⁶ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.

⁷ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10.

⁸ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11.

⁹ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14.

¹⁰ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32.

¹¹ Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

¹² Acordo em Controle de Concentrações (ACC) no Ato de Concentração nº 08700.006512/2021-37.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, compreende-se que estamos diante de um assunto complexo, que envolve a tentativa de equilibrar o âmbito público e privado em medidas diferentes a depender do caso concreto, não se tendo uma regra pré-estabelecida acerca das bases de celebração de acordos contendo essas cláusulas.

Nos próprios ACCs mencionados, nota-se que a redação das cláusulas tem sido feita com cada vez mais detalhe, justamente nessa tentativa de equacionar de forma clara os limites das esferas e da atuação da solução arbitral.

Nesse sentido, observa-se que é necessário cuidado para não se ultrapassar questões intransponíveis do Direito Concorrencial enquanto tutela da coletividade, mas ao mesmo tempo incentivar a possibilidade de uso do mecanismo da arbitragem, de forma optativa, aos agentes econômicos que entenderem viável tal forma resolutiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Direito Concorrencial e Arbitragem. Canal Arbitragem. Convidada Professora Ana Frazão. <https://www.youtube.com/watch?v=aaB8jI26BNk>. Acesso em junho/2024.

Signorelli, Ana Sofia Monteiro, Pereira, Cesar. Arbitragem concorrencial em perspectiva. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2023. pp. 59 – 116.

(III) Arbitragem setorial

REGIME DE DIREITO PÚBLICO MITIGADO E O CASO PETRA ENERGIA S.A. X ANP: UM ESTUDO CRÍTICO

Lucas Jobim Santi

Este presente estudo tem por objetivo analisar o caso Petra Energia S.A. X Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), referente aos blocos de São Francisco, julgado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), no Procedimento Arbitral de nº 25891¹. Dessa forma, após apresentarmos o histórico e a sentença parcial proferida pela CCI, analisaremos o caso sob o prisma do “Regime de Direito Público Mitigado”, termo o qual será aprofundado adiante, cunhado pelo Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Vitor Rhein Schirato.

1. BREVE HISTÓRICO DO CASO

Em 2007, em decorrência da 7ª Rodada de Licitações de Blocos promovida pela ANP, foram firmados diversos contratos de exploração de petróleo e gás natural entre a Petra Energia S.A. e a referida agência reguladora. Dessa forma, após a assinatura dos contratos, sem que houvessem quaisquer restrições quanto aos métodos de exploração dos poços e/ou extração de hidrocarbonetos porventura descobertos pelo concessionário, a Petra deu início à realização de estudos geológicos e geofísicos nas áreas de sua titularidade, com o cumprimento integral de todas as obrigações contratuais.

Ao final de 2009, os extensos estudos realizados pela Petra confirmaram a natureza não convencional dos reservatórios de gás natural identificados nas áreas objeto dos contratos. Assim, após a aprovação formal da ANP em 2010, a Petra iniciou uma das mais extensas campanhas de mapeamento de hidrocarbonetos já realizadas no Brasil, perfurando diversos poços por meio da técnica de *fracking* (também conhecida como “fraturamento hidráulico”, conceito o qual não nos convém aprofundar neste momento). Vale destacar que o investimento, até este ponto, consistia em aproximadamente um bilhão de reais, cumprindo explicitamente o objetivo desejado pela ANP no momento de elaboração do contrato, o qual seria atrair investimentos para regiões ainda pouco conhecidas geologicamente ou com barreiras tecnológicas a serem vencidas,

¹ <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/11PetraVANPSoFranciscoAtadeMisso.pdf>

possibilitando o surgimento de novas bacias produtoras.

No entanto, após o surgimento de manifestações e instauração de inquéritos visando a proibição da exploração não convencional de hidrocarbonetos, a ANP publicou a Resolução ANP nº 21/2014², a qual condicionava a aprovação da utilização da técnica do fraturamento

hidráulico à prévia emissão de “licença ambiental do órgão competente com autorização específica para as Operações de Fraturamento Hidráulico em Reservatório Não Convencional”. Nos termos da lei, o licenciamento ambiental das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, quando circunscritas aos limites de um único Estado, compete ao órgão ambiental estadual. Portanto, o licenciamento ambiental constituía prerrogativa da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais (SEMAD).

Porém, logo após a publicação da Resolução nº 21/2014, a SEMAD decidiu suspender toda e qualquer atividade de faturamento hidráulico no estado de MG e a emissão de novas licenças, alegando que a emissão das licenças seria retomada após a conclusão de um grupo de trabalho que definiria diretrizes técnicas para regularização ambiental da atividade. No entanto, após mais de seis anos, os trabalhos ainda não foram concluídos, inviabilizando por completo a campanha exploratória da Petra, a qual teve os contratos suspensos até que obtivesse as devidas licenças com autorização específica para as operações de fracking.

Não obstante, a ANP seguiu exigindo da Petra o cumprimento de obrigações contratuais acessórias, como o pagamento de taxas de retenção, apresentação de certidões e provas de regularidade, etc, o que alcança um valor milionário anualmente. Assim, ao final, a ANP impôs à Petra a cessão compulsória das concessões da Bacia do São Francisco, o que sequer influenciaria na execução dos serviços desejados, uma vez que a prática do fraturamento hidráulico continua vedada pela SEMAD, o que implica a impossibilidade de exploração dos blocos por qualquer empresa.

Assim, a Petra Energia S.A., utilizando-se da cláusula arbitral presente no contrato de concessão, requereu 1) o reconhecimento de expropriação regulatória; 2) o reconhecimento de rescisão unilateral e imotivada dos Contratos pela ANP, impedindo-a de aplicar quaisquer sanções ou penalidades à Petra por descumprimento de obrigações

² <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269028>

contratuais acessórias; 3) a condenação da ANP a ressarcir à Petra os investimentos realizados, inviabilizados pela publicação da Resolução nº 21/2014, reconhecendo assim, conseqüentemente, o nexo causal entre a referida resolução e a não liberação de licenças por parte da SEMAD.

Tais requisições foram abordadas no laudo arbitral parcial do caso, publicada pela CCI em abril de 2023, o qual abordaremos agora.

2. O LAUDO ARBITRAL PARCIAL E CONSIDERAÇÕES

Destarte, quanto ao pedido de reconhecimento de expropriação regulatória, a empresa alegou que a edição da Resolução nº 21/2014 promoveu alteração radical no marco regulatório aplicável aos Contratos de Concessão, inviabilizando a execução das atividades, consolidando

um esvaziamento dos direitos econômicos e de propriedade da Petra, sendo a ANP então responsável por indenizá-la pelos prejuízos sofridos. No entanto, tal pedido foi indeferido pela CCI. Segundo o laudo arbitral publicado, “por mais que a Resolução nº 21/2014 tenha imposto restrições e tornado mais dificultoso o licenciamento ambiental, a atividade de fraturamento hidráulico não foi proibida, tampouco houve restrição ao direito de propriedade da PETRA”.

No ponto em questão, havemos que discordar: por mais que a Resolução nº 21/2014 não tenha proibido expressamente o licenciamento ambiental, a emissão de novas licenças fora interrompida pela SEMAD, justamente pela publicação da referente Resolução, como reconhecido pela própria CCI quando da identificação de nexo causal entre a referida resolução e a não liberação de licenças por parte da SEMAD, ponto que adentraremos em breve. Assim, seria correta a identificação de expropriação regulatória, uma vez que, na prática, tornou-se ilícita a atividade, uma vez que esta carece de autorização formal, que até o momento se mostra impossível (logo, ilícita) no Estado de Minas Gerais.

Adiante, a Petra alega o impedimento de aplicação de sanções ou penalidades por descumprimento de obrigações contratuais acessórias, tais como i) pagamento de taxa por ocupação ou retenção de áreas; ii) execução de atividades previstas no Plano de Devolução de Área e iii) descumprimento do Conteúdo Local. Partindo destas alegações, demonstra a CCI que nos casos de pagamento de taxa por ocupação ou retenção de áreas

e descumprimento do Conteúdo Local, o referido pagamento é devido mesmo nos casos de suspensão do contrato, seja por força de lei (Lei do Petróleo) ou até mesmo do contrato firmado entre as partes. Assim, mantiveram-se as sanções e penalidade aplicadas à Petra por descumprimento de obrigações acessórias.

Por fim, a parte requerente requereu a declaração denexo causal entre a Resolução nº 21/2014 e a não liberação de licenças por parte da SEMAD, pedido que foi deferido no laudo arbitral. Segundo a CCI, a ANP impôs à SEMAD-MG, na prática, a criação de uma nova autorização específica ambiental, a qual definiu que o cumprimento da Resolução nº 21/2014 deveria ser feito por meio da edição de um novo regulamento de autorização específica do fracking, de modo que as solicitações nesse sentido ficariam suspensas até a definição regulatória. Por sua vez, a ANP não se opôs à interpretação construída pela SEMAD-MG sobre a sua própria Resolução nº 21/2014 e, uma vez presente o dever de coordenação institucional, não pode a ANP se eximir de potenciais consequências da interpretação dada. Ainda, destaca a CCI que a mudança regulatória deve se pautar no primado da razoabilidade, buscando o menor impacto possível ao setor. No entanto, demonstra que não houve a análise prévia de impacto regulatório pela ANP, tampouco a instituição de um regime de transição. Assim, restou

reconhecido onexo causal entre a Resolução nº 21/2014 e a não liberação de licenças por parte da SEMAD.

Por conseguinte, a Resolução nº 21/2014 configura Fato do Príncipe, uma vez que consiste em ato normativo superveniente à celebração dos Contratos de Concessão, com impacto direto, e impossível de se premeditar, em atividade privada. Dessa forma, como reconhecido pela CCI, se mostraria injusta a ausência de indenizações aos danos sofridos em decorrência da referida Resolução. Com isso, a CCI fixou, em seu laudo arbitral parcial, a indenização em relação aos poços perfurados, já em fase de execução, mas não em relação aos poços que não avançaram para a fase de execução, não havendo sido afetados pela ausência da licença específica exigida pela Resolução nº 21/2014.

Logo, sintetizada a resolução do caso pela CCI, sigamos para a análise do mérito sob a ótica do “Regime de Direito Público Mitigado”.

3. DO REGIME DE DIREITO PÚBLICO MITIGADO E SUAS IMPLICAÇÕES

O regime jurídico dos contratos administrativos difere do regime típico dos

contratos privados, os quais são definidos, via de regra, pela paridade entre as partes. Isso se dá pela presença das cláusulas exorbitantes, as quais quebram a paridade das partes ao definir maiores poderes à Administração Pública, como por exemplo a capacidade de 1) alterar unilateralmente os contratos administrativos; 2) rescindir unilateralmente os contratos por razões de interesse público; 3) exigir garantia dos particulares contratados; 4) impor ao particular contratado penalidades por descumprimento de obrigações contratuais; etc.

No entanto, nos contratos celebrados no setor de petróleo e gás natural, há, nas palavras do Professor Vitor Rhein Schirato (2015, p. 143), “um regime jurídico de parceria, valorizando a paridade e a igualdade entre as partes, em lugar da tradicional verticalidade”. Eis o chamado “regime de direito público mitigado”. Tal mitigação deve-se ao fato de que enormes riscos são alocados ao particular concessionário, devido aos altos custos de investimento e manutenção inerentes ao setor, sendo assim inviável e exageradamente desproporcional a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. Neste tipo de regime, ambas as partes conjugam esforços para alcançar os resultados desejados, arcando com deveres proporcionais, inclusive a Administração.

Assim, sob essa ótica, devido ao reconhecimento de nexos causais entre a Resolução proferida pela ANP e a não emissão de licenças pela SEMAD, foram determinadas indenizações sobre os investimentos da Petra diretamente afetados pela publicação da Resolução nº 21/2014, no caso, em relação aos poços perfurados, já em fase de execução. No entanto, como afirmado anteriormente, mostraria-se correto o reconhecimento da expropriação regulatória, uma vez que as atividades praticadas pela empresa foram proibidas sem autorização, e, como não há como se obter a autorização, foram proibidas no Estado de Minas Gerais de forma geral, pelo menos até o momento.

Dessa forma, havendo esvaziamento dos direitos econômicos da Petra, somado com o requerimento de cessão compulsória das concessões (cessão esta que não se justifica nem por interesse público, uma vez que a prática do fraturamento hidráulico continua vedada pela SEMAD), cuja recusa motivou a extinção unilateral dos contratos, o valor indenizatório deveria ter sido fixado não apenas com base no investimento perdido, mas também nos lucros cessantes que a Petra deixou de receber, em uma vertente similar à dos contratos privados. Assim, a indenização seria mais condizente com o regime jurídico de parceria, característico do setor, uma vez que a ANP, conforme indicado pela CCI, sequer se atentou em análise prévia de impacto, devendo ser responsabilizada pelos danos gerados a outra parte, no caso, sua

“parceira”.

Não obstante, caberia ainda debatermos a aplicação de sanções ou penalidades à Petra por descumprimento de obrigações contratuais acessórias, quando o contrato fora suspenso por responsabilidade da Administração Pública. No entanto, mesmo que em detrimento da parceria e paridade entre as partes, ainda evidencia-se uma certa verticalidade na relação jurídica referida, quando, por força de lei, tais obrigações devem ser mantidas mesmo em caso de suspensão do contrato, independentemente da motivação desta.

Desse modo, ante todo o exposto, evidencia-se que, apesar de reconhecida uma maior paridade entre as partes, característica determinante deste caminho evolutório dos contratos celebrados no setor de petróleo e gás natural – que acentua-se cada vez mais, e apresenta-se como o futuro dos contratos administrativos –, ainda é perceptível uma certa verticalidade entre a Administração Pública e o privado, seja esta mantida pela interpretação dos julgadores, ou pela própria lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília-DF. 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Procedimento Arbitral CCI nº 25891/PFF. Ata de Missão. Site: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/11PetravANPSofranciscoAtadeMisso.pdf>

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Procedimento Arbitral CCI nº 25891/PFF. Laudo Arbitral Parcial. Site: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/SentenaParcial.pdf>

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Contratações públicas no setor de petróleo.** *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n.7, p. 141-153, mai./ago. 2015.

ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO: A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA

Marcela de Marchi Dias

1 INTRODUÇÃO:

Inicialmente, vale destacar que o setor elétrico brasileiro é dividido em quatro segmentos que se complementam e se relacionam, são eles: geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia. Nesses segmentos, é muito comum a celebração de contratos entre os agentes e a Administração Pública, como os contratos de concessão, e entre os próprios agentes privados, como os contratos de compra e venda de energia.

Ao longo dos anos, esses contratos sofreram atualizações e mudanças que possibilitaram a introdução do sistema arbitral para a resolução de conflitos no setor elétrico, principalmente, nos contratos firmados no segmento de comercialização de energia.

Nesse contexto, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, responsável por registrar os contratos de compra e venda de energia, tornou-se fundamental para o crescimento do uso de arbitragem no setor elétrico. Isso porque, segundo dados da própria Câmara, atualmente, há cerca de dezesseis mil agentes associados celebrando contratos diversos e complexos relacionados ao segmento da comercialização.

2 EVOLUÇÃO CONVENÇÃO ARBITRAL NA CCEE

A partir da edição da Lei nº 9.307 (Lei de Arbitragem ou LArb), no ano de 1996, a Arbitragem ganhou destaque na sociedade brasileira como uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos. Esse método passou a ser mais utilizado na medida em que os conflitos e os assuntos se tornavam mais complexos e específicos. Isso porque a arbitragem possibilita que as controvérsias possam ser solucionadas por árbitros especialistas no assunto, e não necessariamente magistrados.

Nesse contexto, o setor elétrico brasileiro passou por mudanças significativas, entre elas, a criação do mercado de comercialização de energia elétrica, por meio da Lei nº 9.648, de 1998, que permitiu que outros agentes, além dos distribuidores, pudessem comprar e vender energia elétrica.

Isso levou à necessidade da criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, que surgiu com o objetivo de registrar os contratos de comercialização de energia, para facilitar a organização e a segurança desse segmento.

Dessa maneira, a Lei nº 10.848, de 2004, que criou a CCEE, também delimitou as regras para a resolução das controvérsias entre os agentes, uma vez que prevê a Convenção de Arbitragem, nos termos da LArb e em observância ao Estatuto Social (art. 8º, inciso VI) da Câmara. Além disso, a Resolução Normativa nº 957, de 2021, instituiu a Convenção de Comercialização, em observância à Lei de Arbitragem.

Nessa conjectura, vale destacar que a Convenção Arbitral de 2007, em sua Cláusula 1ª, e a Convenção de Comercialização, prevista no art. 44 da Resolução Normativa nº 957, de 2021, delimitaram os conflitos que deverão ser levadas à arbitragem no âmbito da CCEE, segue:

Art. 44. Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses:

I – conflito entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;

II – conflito entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instâncias administrativas acerca do objeto da questão em tela;
e

III – sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, conflito entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e Procedimentos de Comercialização e repercuta sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

Parágrafo único. A Convenção Arbitral é parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e à CCEE, conforme disposto nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 4º da Lei nº 10.848, de 2004.

Em relação a esse ponto, vale destacar que, em 14 de fevereiro de 2024, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) homologou nova Convenção Arbitral, nos termos do art. 3º da Resolução Homologatória nº 3.173, de 2023. Essa nova Convenção definiu que, em casos de conflitos bilaterais que não reflitam em direitos de terceiros e não perturbem as operações da CCEE, a submissão à arbitragem é dispensável. De forma semelhante, as solicitações de cobrança de valores inadimplidos por não agentes ou agentes, podem ser levadas diretamente ao Poder Judiciário, sem a necessidade de um procedimento arbitral. Segue previsão:

CLÁUSULA 1ª. Nos termos da legislação e regulamentação vigentes, são considerados conflitos (“CONFLITOS”) passíveis de resolução através da Arbitragem aqueles definidos na Convenção de Comercialização vigente.

Parágrafo 1º. Esta CONVENÇÃO não se aplica a conflitos entre Agentes da CCEE, decorrentes de contratos bilaterais, que não afetem direitos de terceiros estranhos ao negócio jurídico objeto do conflito e, por consequência, não repercutem nas operações da CCEE.

Parágrafo 2º. Esta CONVENÇÃO não se aplica aos eventuais conflitos entre os SIGNATÁRIOS e a ANEEL.

Parágrafo 3º. Esta CONVENÇÃO não se aplica às demandas em que a CCEE exija valores inadimplidos de agentes ou não agentes, incluindo penalidades, as quais são promovidas exclusivamente perante o Poder Judiciário.

Essas mudanças foram realizadas com o objetivo de atender aos princípios de segurança de mercado, principalmente com a expansão da comercialização livre de energia.

Ainda sobre esse entendimento, a Convenção Arbitral anterior tinha como principais características: a previsão da cláusula mediação-arbitragem; a utilização de normas brasileiras, inclusive normas de regulação; e a utilização da língua portuguesa.

Além disso, havia a previsão de (i) confidencialidade dos procedimentos arbitrais e (ii) de submissão das controvérsias à Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Entretanto, esses pontos sofreram algumas alterações com a edição da nova Convenção Arbitral.

Em relação ao ponto “i”, os procedimentos arbitrais, instaurados na vigência da Convenção de Arbitragem de 2007, eram marcados pela confidencialidade, de maneira que os demais agentes não tinham acesso aos precedentes ou a casos semelhantes e suas respectivas decisões. Diante disso, buscando uma maior segurança jurídica para os agentes, a nova Convenção Arbitral propôs a criação de um banco de jurisprudência,

ressalvados questões e dados sensíveis, para que os agentes possam ter uma maior previsibilidade nos conflitos.

Já quanto ao item “ii”, na Convenção Arbitral de 2007, a única Câmara de Arbitragem cadastrada na CCEE era a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, ou seja, havia um monopólio de resolução de conflitos dessa instituição. Contudo, com a nova Convenção de 2023, outras câmaras passaram a ser cadastradas, de forma que proporcionou a pluralidade de câmaras arbitrais e, conseqüentemente, um maior poder de escolha das partes.

3. DADOS DA ARBITRAGEM NO SETOR ELÉTRICO

Nesse ponto, é válido pontuar que a Câmara FGV foi, portanto, durante muito tempo a responsável pela resolução dos conflitos no âmbito da comercialização de energia. Dessa forma, por meio do gráfico da FGV a seguir, resta evidente que houve um grande crescimento na submissão de conflitos à arbitragem ao longo dos anos, especificamente após a criação da CCEE e a adesão dos agentes cadastrados à Convenção Arbitral.



Nesse viés, analisando o gráfico acima, nota-se que no ano de 2020 houve um grande salto nos procedimentos arbitrais. Entre os principais motivos para esse

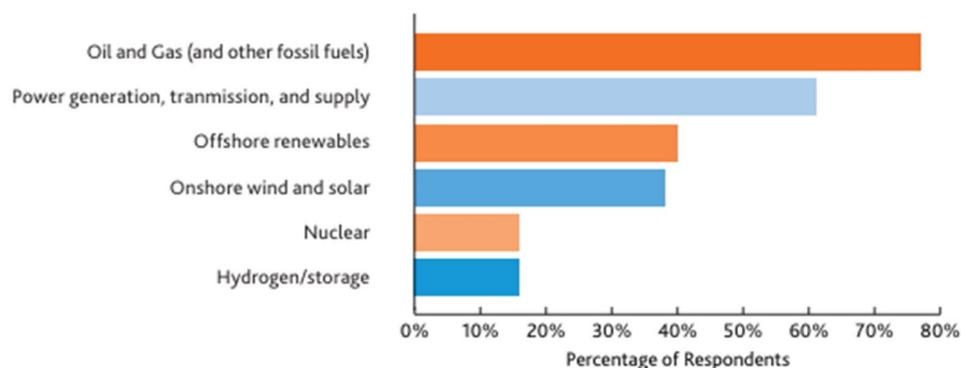
crescimento estão as vantagens aferidas pela arbitragem, que são: maior celeridade para conclusão, uma vez que são as partes que definem os prazos; julgamento por árbitros especializados no assunto; e diminuição de riscos de uma decisão alheia.

Essas vantagens podem ser aferidas pelos próprios dados apresentados pela FGV. Segundo essa Câmara, os procedimentos arbitrais na instituição possuem, em média, quatorze meses de duração, de maneira que, em comparação com os conflitos no âmbito do judiciário, é evidente que a arbitragem é consideravelmente mais rápida.

Ademais, em relação ao número de arbitragens, segundo a FGV, há 149 (cento e quarenta e nove) arbitragens no âmbito da CCEE, além de 19 arbitragens em andamento. Assim, dos 137 (cento e trinta e sete) procedimentos finalizados, nenhum foi anulado, o que demonstra que a arbitragem possui segurança jurídica às partes.

Sob esse viés, mesmo com esse crescimento, segundo pesquisa realizada pela Queen Mary University, especialistas acreditam no crescimento nas disputas, principalmente envolvendo fontes de usinas termelétricas, isto é, óleo e gás.

Question 16: In which sectors do you expect the most energy transition disputes will arise?



Dessa maneira, observa-se que, apesar do crescimento já evidente, os conflitos no âmbito do setor elétrico tendem a crescer ainda mais. Por isso, a introdução da arbitragem na resolução de conflitos torna-se mais fundamental para o equilíbrio do setor.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta evidente que a arbitragem está cada vez mais sendo utilizada para resolver controvérsias no setor elétrico, especialmente em relação aos conflitos envolvendo contratos de comercialização de energia registrados na CCEE.

A utilização desse método de resolução sofreu modificações ao longo dos anos de forma que a Convenção Arbitral aderida pelos agentes mudou. Todavia, essa nova Convenção trouxe benefícios para a segurança jurídica do setor.

Assim, a partir desses dados, é possível notar que a Arbitragem tende a crescer no setor de energia elétrica, em razão das suas vantagens trazidas, como: resolução de conflitos de forma mais célere e segura. Por isso, entende-se que uma maior atenção nos estudos sobre a arbitragem, bem como o maior conhecimento desse mecanismo serão importantes para o futuro da resolução do conflito do setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, 13 fev. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em: 22 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, 28 mai. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm. Acesso em: 23 jun. 2024.

CÂMARA FGV - Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <https://camara.fgv.br/regulamento/arbitragem>. Acesso em 24 jun. 2024.

Contratos - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Disponível em: <https://www.ccee.org.br/web/guest/dados-e-analises/dados-contratos>. Acesso em: 23 jun. 2024.

MegaWhat. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. Disponível em: <https://megawhat.energy/verbetes/269/camara-de-comercializacao-de-energia-eletrica-ccee>. Acesso em 21 jun. 2024.

PINSANT, Masons. Queen Mary University. Future of International Energy Arbitration Survey Report. Publicado em 20 de janeiro de 2023.

Resolução Normativa ANEEL nº 957, de 7 de Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021957.html>

Resolução Normativa ANEEL nº 1.087, DE 15 DE ABRIL DE 2024. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20241087.pdf>

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Arbitragem no setor de comercialização de energia elétrica**; Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba nº 107, 2016, disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE107/Diogo-Arbit.pdf>, acesso em 21/06/2024.

ARBITRAGEM E ANATEL: A APLICAÇÃO DO MÉTODO NO SETOR PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL.

Beatriz Carvalho Wolski

As telecomunicações desempenham papel crucial na era da informação e, por conseguinte, no dia a dia da sociedade. No Brasil, o setor é marcado por diversas fases de transição que acompanham as mudanças tecnológicas emergidas nos últimos anos, resultando em uma sociedade interconectada. O Estado exerceu parte fundamental nesse decurso, influenciando a regulamentação e as negociações próprias ao setor.

Foram reavaliados os conceitos e princípios de Direito Administrativo, segundo Lemes (2007), “com o objetivo de democratizar a Administração Pública, com a participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre ente público e privado na realização das atividades administrativas do Estado” (LEMES, 2007, p. 51). Tal mudança ampliou o processo de privatização e diminuiu a atuação do Estado, possibilitando uma atuação mais eficiente da Administração.

Nesse cenário surgiu a Lei nº 9.472, de 1997, nominada de Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Tal norma foi responsável pela quebra de paradigma do monopólio estatal nas Telecomunicações, liberação do mercado, e, sobretudo, a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A agência regulatória norteia como as empresas devem agir no ramo de Telecomunicações, atuando como órgão conceitualmente independente nas negociações, nos conflitos entre as operadoras de telefonia e destas com os usuários (FRANCO, 2017).

Assim, na virada do século XXI, conformou-se no Brasil a participação do setor privado no âmbito de telecomunicações e delineou-se às concessionárias os regimes de concessão, permissão e autorização. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. O controle estatal nas atividades deu-se pelo exercício do poder de polícia, característicos do Estado Gerencial (FRANCO, 2017 *apud* FIORATI, 2004).

Para contextualizar, o regime privado está sujeito a regras mais flexíveis e com menor interferência da União na sua regulação, não havendo controle de tarifas (prática-

se preço). O serviço prestado no regime privado é outorgado mediante autorização, ato administrativo vinculado que faculta a livre exploração dos serviços e por prazo indeterminado, não havendo direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Já o serviço de telecomunicações em regime público é sempre de interesse coletivo, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Em princípio, é sempre objeto de um contrato de concessão, por prazo determinado, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Sob essa perspectiva, as únicas modalidades ainda incluídas no rol de concessão de serviço são as de telefonia fixa, denominada como serviço telefônico fixo comutado (STFC), destinado ao uso do público em geral. É no Contrato de Concessão que vamos encontrar a arbitragem nos termos de que dispõe a Lei n. 9.307/96 - Lei de Arbitragem Brasileira, alterada pela Lei nº 13.129/2015, que passou a autorizar expressamente a possibilidade de utilização da Arbitragem pela Administração Pública.

A problemática na Concessão de Telefonia Fixa

Atualmente, as concessões de STFC são detidas pelas operadoras Algar Telecom S.A. (“Algar”), Claro S.A. (“Claro”), Oi S.A. (“Oi”), Sercomtel S.A. (“Sercomtel”) e Telefônica Brasil S.A. (“Telefônica/Vivo”), sob regime de contratos que tem prazo de validade até 2025.

Ocorre que, desde a assinatura dos contratos, as concessionárias vêm apresentando uma lista de eventos que teriam, em tese, desequilibrado as concessões nos últimos anos, podendo gerar saldos bilionários.

Segundo relatam, são episódios que vão desde a troca do índice de reajuste do STFC em 2003, quando saiu-se do IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna) para o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) e depois para o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações); passando por aspectos da metodologia de

cálculo do fator X; atrasos na liberação dos reajustes tarifários; até obrigações trazidas pelo Regulamento Geral do Consumidor¹.

Além disso, do ponto de vista firmado pelas operadoras, há um consenso de que os Contratos de Concessões estão se tornando economicamente insustáveis em razão do declínio do uso da telefonia fixa no Brasil. Devido a essa instabilidade, vem sendo requeridas medidas de rescisão contratual.

De fato, com a ampla variedade de modernas opções de comunicação digital atualmente disponíveis, a telefonia fixa está perdendo popularidade no Brasil, tendência que segue o ritmo global. Esse dado pode ser constatado pela seguinte tabela comparativa² (fonte: Anatel):

Telefones Fixos Abr/24

	Abr/23	Dez/23	Mar/24	Abr/24
Telefones Fixos em Serviço	26.945.488	25.447.254	24.550.599	23.910.417
Densidade*	12,5	11,8	11,3	11,0
Crescimento Mês	155.979	-168.131	-421.915	-640.182
	0,6%	-0,7%	-1,7%	-2,6%
Crescimento Ano	-161.841	-1.660.075	-904.458	-1.544.640
	-0,6%	-6,1%	-3,6%	-6,1%
Crescimento em 1 ano	-1.038.574	-1.660.075	-2.238.910	-3.035.071
	-3,7%	-6,1%	-8,4%	-11,3%

*Densidade calculada com a projeção de população do IBGE (Rev. 2013) para o mês respectivo.

Foi determinado uma previsão contratual de um instrumento de arbitragem para resolver as divergências no caso da análise do equilíbrio econômico-financeiro. A Anatel informou que esperava, antes de entrar nos cálculos, “ter um sólido entendimento jurídico sobre o tema, já que esta seria uma questão fatalmente discutida em arbitragem, já que dificilmente a agência reconhecerá algum equívoco” (Possebon, 2019).

Com o debate sobre futuro das concessões, também entra em pauta a relevante temática dos chamados “bens reversíveis”. São itens associados à execução dos serviços, tais como elementos de infraestrutura e aparelhagens, englobando torres, redes, dutos e

¹ Informações obtida em <<https://teletime.com.br/11/01/2019/desequilibrado-e-insustentavel-dizem-as-telecom-sobre-o-stfc/>> Acesso em: 1/7/2024

² Disponível em: <<https://www.teleco.com.br/ntfix.asp>> Acesso em: 1/7/2024

antenas, entre outros recursos. Esses bens possivelmente foram repassados às empresas ou por elas adquiridos ao longo do período de concessão.

Ao finalizar os contratos, há duas possibilidades quanto aos bens reversíveis. Na primeira situação, é necessário proceder com a devolução dos itens ao poder público. Já na segunda, os bens devem ser ressarcidos de acordo com as disposições contratuais correspondentes, desde que sua amortização ainda não tenha sido efetuada.

O Processo Arbitral dentro do ramo público de telecomunicações

O primeiro Termo de Compromisso Arbitral foi assinado entre a Anatel e a Telefônica/Vivo em junho de 2021. Teve como finalidade análise da sustentabilidade da concessão, o equilíbrio econômico-financeiro, eventuais indenizações relativas a bens reversíveis não amortizados e outros itens, conforme informado pela Anatel³.

Em seguida, a Claro também aderiu um processo arbitral com a Anatel envolvendo concessão de STFC e o seu desequilíbrio econômico⁴. A Oi também teve proposta de compromisso arbitral aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel⁵.

Nos processos arbitrais, os valores pleiteados em 2022 seriam de R\$ 16 bilhões no caso da Oi; R\$ 10 bilhões no caso da Telefônica/Vivo; e R\$ 6,6 bilhões no caso da Claro (SILVA e ROBERTO, 2023).

Como se observa, o método da arbitragem tem sido aplicado pela Agência Reguladora como um instrumento fundamental para assegurar uma ampla, livre e justa concorrência entre as empresas que oferecem serviços de telecomunicações.

Ao refletir sobre os motivos que encorajaram a busca pelo processo arbitral, podemos depreender que foi levado em consideração a defesa do interesse público. Consiste no alcance de uma solução amigável e eficaz, dotada de maior legitimidade, apta a ser cumprida, de pronto, pelas partes envolvidas.

³ Informações obtidas em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-e-telefonica-assinam-termo-para-resolucao-de-controversias>> Acesso em: 1 de julho 2024

⁴ Informações obtidas em: <<https://dplnews.com/claro-e-anatel-iniciam-processo-de-arbitragem-sobre-contrato-de-telefonica-fixa/>> Acesso em: 1 de julho 2024

⁵ Informações obtidas em: <<https://teletime.com.br/10/08/2021/oi-tem-proposta-de-arbitragem-da-concessao-aprovada-pela-anatel/>> Acesso em: 1 de julho 2024

A celeridade e a objetividade no processo arbitral fazem com que seu emprego seja cada vez mais apropriado em contratos da Administração Pública. Segundo Morolla (2016, p. 22), da leitura do art. 8º, inciso II do Decreto 10.025, que dispõe sobre a arbitragem na administração pública:

Não resta dúvidas a respeito da preocupação em assegurar que o processo arbitral dentro de um período de dois a quatro anos, evitando, assim, que procedimentos arbitrais se prolonguem por tempo exagerado, em prejuízo do interesse público, tampouco sendo possível ser vislumbrada alguma prerrogativa para administração.

Nesse sentido, ressalta-se que o compromisso arbitral celebrado com a administração pode limitar a capacidade das partes em optar livremente pelo sigilo nos procedimentos, em razão da sujeição ao princípio da publicidade⁶. Nesse ponto também se evidencia o princípio da transparência, ou seja, a divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitações.

As partes, além de se submeterem consensualmente ao juízo arbitral, tem a possibilidade de escolher previamente o terceiro árbitro que irá deliberar sobre o conflito. Essa medida promove maior participação no processo decisório, podendo o tribunal arbitral aceitar a submissão de manifestações de entidades públicas ou da sociedade civil organizada (desde que de forma objetiva e oportuna, por entidade com representatividade comprovada).

Também, ressalta-se que o dever de revelação rege a indicação do árbitro, devendo ser ampla a apuração sobre sua independência e imparcialidade diante dos fatos.

O cenário atual

Apesar dos esforços para se solucionar a questão da concessão de telefonia fixa através do procedimento arbitral, recentemente a empresa Vivo anunciou que iria desistir da arbitragem em curso, uma vez que teria chegado em um acordo com a Anatel perante o TCU (Tribunal de Contas da União)⁷. No caso da operadora de telefonia Oi, foi

⁶ A Constituição Federal assegura o acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros nos incs. XIV e XXXIII do art. 5º, devendo a Administração Pública ter a sua atuação norteada pela publicidade (insculpida no art. 37 da CF/1988).

⁷ Informações obtidas em: <<https://telesintese.com.br/apos-acordo-no-tcu-telefonica-vai-desistir-de-arbitragem-com-anatel/>> Acesso em: 1 de julho 2024

alcançado um acordo preliminar no âmbito do TCU, que prevê, entre outros pontos, a continuidade do processo arbitral, com o prazo estipulado de dois anos para uma sentença arbitral⁸.

Em relação a fornecedora Claro, o processo arbitral original, que corria na Câmara de Comércio Internacional (CCI), foi suspenso temporariamente, em setembro de 2023, tendo em vista um possível processo de pactuação por consenso no TCU. Contudo, em abril de 2024, foi autorizado pelo Conselho Diretor da Anatel a abertura de um novo procedimento, junto à Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Federal (CCAF), em busca de consenso com a operadora para a resolução de contendas sobre o fim da concessão de telefonia fixa⁹.

Dessa forma, a arbitragem no cenário das telecomunicações brasileiras continuará e poderá ser determinante para uma possível mudança de paradigma. A negociação de todas as questões que envolvem o serviço de telefonia fixa indica a provável migração das atuais concessões em outorgas de serviços privados, com um encontro de contas para direcionar recursos para investimentos em redes.

O futuro da arbitragem no setor de regulação das Telecomunicações

A utilização da arbitragem nos contratos administrativos com o setor privado é um fato e uma disposição que tende a crescer ainda mais. Com o fim do STFC em regime público, a questão que fica em aberto é onde mais se apresentará o método de resolução de conflitos no setor de telecomunicações.

Um dos domínios da Anatel que atualmente tem sido bastante debatido no âmbito nacional é o espectro de radiofrequência, que possibilita o estabelecimento de comunicação sem fios, caracterizado pela LGT como um bem público limitado e cuja administração compete à Agência.

⁸ Informações obtidas em: < <https://teletime.com.br/28/03/2024/oi-preve-ate-dois-anos-de-arbitragem-com-uniao-mas-espera-sentenca-parcial/>> Acesso em: 1 de julho 2024

⁹ Informações obtidas em: < <https://teletime.com.br/01/04/2024/anatel-e-claro-vaobuscar-solucao-consensual-sobre-concessao/>> Acesso em: 1 de julho 2024

Acerca das responsabilidades próprias da Anatel, está a de outorgar o uso de radiofrequência, representada por atos administrativos que concedem autorização por tempo determinado.

Nesse contexto, as soluções de arbitragem podem ser incorporadas visando à harmonização dos interesses públicos e privados em assuntos como a precificação das radiofrequências, a administração eficaz do recurso e a relação com os usuários dos serviços.

Assim, o tema é de grande relevância para o cenário das telecomunicações brasileiras e os próximos passos dessa trajetória devem ser acompanhados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 set 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 24 set 1996.

BRASIL. Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de julho de 1997.

FRANCO, C. R. **Resolução de Conflitos ANATEL: A Problemática da Interconexão de Redes**. Revista de Direito Brasileira, v. 17, p. 203-220, 2017.

FREITAS, L. C.; PRADO, T. S.; SOUZA FILHO, A. L. de; MORAES, L. E. de; MOURA FILHO, R. N. de; STANZANI, J.; LIMA, R. C.; LÓPEZ. L. G. A.; BAIGORRI, C. M. **Fundamentos para Desenho de Mecanismo de Fomento à Liquidez do Mercado Secundário de Espectro no Brasil**. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Brasília, v. 12, nº 1, p. 187-204, Maio 2020.

LEMES, S. M. F. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

MAROLLA, E. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, G. J. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

POSSEBON, S. **Desequilibrada e Insustentável, dizem as teles sobre concessão de STFC**, 2019. Disponível em: < <https://teletime.com.br/11/01/2019/desequilibrado-e-insustentavel-dizem-as-teles-sobre-o-stfc/>>. Acesso em: 1/7/2024

SANTIAGO, R. S. **Arbitragem e Regulação: Uma Análise da Aplicação do Juízo Arbitral no Setor das Telecomunicações**. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 6, p. 177-230, 2014.

SILVA, R. B. F.; ROBERTO, S. W. E. **Concessões de Telefonia Fixa e Arbitragem**. São Paulo: Azevedo Sette Advogados, Telecom Series, 2023.