

51

JUL | AGO | SET
2016

ANO XIII

Revista Brasileira de *Arbitragem*

 Wolters Kluwer


Comitê Brasileiro de Arbitragem

Revista Brasileira de

ISSN 1806-809X

ARBITRAGEM

ANO XIII — Nº 51 — JUL-AGO-SET 2016

DIRETOR

João Bosco Lee

REDATOR-CHEFE

Daniel de Andrade Levy

SECRETÁRIO-GERAL

Ricardo de Carvalho Aprigliano

CONSELHO DE REDAÇÃO

Ana Clara Viola Ladeira

Ana Paula Montans

Fabiane Verçosa

Flavia Foz Mange

Leonardo Furtado

Octavio Fragata Martins de Barros

CONSELHO EDITORIAL

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

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

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Alexis Mourre, Amanda Federico Lopes Fernandes, Ana Gerdau de Borja, Ana Paula Montans, Bernard Potsch, Carlos Alberto Carmona, David Weiss, Fabiano Deffenti, Fernanda Rocha Lourenço Levy, Giulio Palermo, Guilherme Setoguti, Gustavo Vidal, Harry Burnett, José María de la Jara Plaza, José Víctor Palazzi Zakia, Julio Olórtégui Huamán, Leandro Rigueira Rennó Lima, Lucas V. M. Bento, Marcel Carvalho Engholm Cardoso, Marcos Sader, Mariana Conti Craveiro, Rodrigo Tannuri

Arbitragem e administração pública — primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública

CARLOS ALBERTO CARMONA

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O artigo aborda as principais questões surgidas com a confirmação legislativa (trazida pela Lei nº 13.129, de maio de 2015) da possibilidade de a Administração Pública ser parte em procedimento arbitral. A discussão de tais questões é importante, tendo em vista a necessidade de o Estado se adaptar à arbitragem (e não o oposto) para que ele possa se manter competitivo em suas contratações, em especial no âmbito das parcerias público-privadas. São abordadas, assim, questões relacionadas à escolha da câmara, à nomeação de árbitros, ao pagamento de custas e despesas, à incidência de honorários advocatícios, à sede e ao idioma da arbitragem, bem como qual o grau de publicidade do procedimento.

ABSTRACT: The article approaches the main issues arisen from the legislative confirmation concerning the possibility of Public Administration being a party to arbitration proceedings (Law 14.129, May 2015). The discussion of such issues is important in view of the need for the Brazilian Public Administration to adapt to arbitration (and not the opposite) so that the country remains competitive, particularly in the context of public-private partnerships. Thus, this article addresses the issues concerning the choice of the arbitral institution, the appointment of arbitrators, the payment of costs and expenses, attorney fees, seat and language of the arbitral proceedings, as well as the degree of publicity of the arbitration.

SUMÁRIO: Introdução; I – Escolha do órgão arbitral; II – Nomeação de árbitros; III – Custas e despesas; IV – Verba honorária; V – Sede da arbitragem; VI – Idioma; VII – Publicidade; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.129, de maio de 2015, introduziu 3 (três) parágrafos (dois no art. 1º e um no art. 2º) na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem no Brasil. Eis a redação dos parágrafos em questão:

Art. 1º [...]

§ 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 [...]

[...]

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

A previsão da Lei de Arbitragem vem somar-se ao que já estava predisposto na lei que disciplina as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004) em que se estimula a solução arbitral de disputas que surjam no âmbito dos contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa¹. Ao mesmo tempo, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) também estimula a solução de litígios por outros meios que não o processo estatal (art. 3º²), de modo que está cada vez mais arraigado entre nós um consistente sistema multiportas de resolução de litígios.

O Estado³ – em suas múltiplas vestes – não poderia ficar imune a esta tendência, de modo que precisa se preparar para participar de todos estes novos mecanismos, entre os quais avulta a arbitragem.

As dificuldades, porém, são muitas e é necessário deixar claro que a Lei de Arbitragem, em sua origem, não se preocupou com o Estado e suas vicissitudes, de modo que o texto legal original sequer previa a arbitragem envolvendo a Administração Pública e os seus interesses, limitando-se a reforma aportada pela Lei nº 13.129/2015 a mencionar expressamente o que a doutrina já intuía, ou seja, que o Estado pode participar da arbitragem para resolver disputas patrimoniais. Com o desenvolvimento da arbitragem, que tomou impulso depois da decisão, pelo STF, de incidente de inconstitucionalidade⁴, aumentou a percepção da necessidade de participação do Estado neste mecanismo de solução de litígios, de modo que a Lei nº 13.129/2015 tomou o cuidado de estipular que a presença da Administração Pública no juízo arbitral ensejaria o afastamento do julgamento por equidade (equidade substitutiva) e a utilização do idioma português.

Estas primeiras previsões legais não resolvem os dilemas que o administrador público deverá enfrentar para poder participar de forma ideal em um processo arbitral.

1 Diz o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004: "O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato".

2 "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

3 Usarei o vocábulo *Estado* neste ensaio em sua acepção mais ampla, para designar tanto a entidade pública de direito interno (administração direta) como as autarquias, empresas públicas e fundações (administração indireta).

4 A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi apreciada em sede de controle difuso-incidental pelo Plenário do STF no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

Deixando de lado a necessidade de formar quadros de advogados (procuradores) aptos a participar, em pé de igualdade, com os advogados da iniciativa privada (que cada vez mais mostram-se preparados para enfrentar os desafios de um processo diferente daquele oferecido pelo Estado e regido por um Código de Processo Civil), é preciso resolver algumas questões básicas. Apon-to algumas: a) Como escolher um órgão arbitral?; b) Como nomear árbitros?; c) Quem paga as custas e despesas?; d) Haverá incidência de verba honorária?; e) Onde fixar a sede da arbitragem?; f) Qual será o idioma da arbitragem?; g) Que tipo de publicidade deve ser garantida?

Pretendo endereçar cada um destes itens neste breve ensaio para fixar os problemas a serem resolvidos para um adequado regramento (ou para uma adequada orientação) que estimule o Estado a utilizar a arbitragem para resolver questões patrimoniais.

I – ESCOLHA DO ÓRGÃO ARBITRAL

A falta de tradição na utilização da arbitragem em nosso País provavelmente foi responsável pelo notável desenvolvimento da arbitragem institucional, protagonizada por órgãos arbitrais. A realidade brasileira mostrou que foram poucas as entidades criadas exclusivamente para administrar procedimentos arbitrais (como aconteceu com o CAESP, em São Paulo). Na maior parte dos casos, as câmaras ou os centros de arbitragem floresceram ao lado de instituições com finalidades distintas, como as Câmaras de Comércio (CCBC, AMCHAM, CAE), as Federações de Indústrias ou Associações Comerciais (CMA, ARBITAC), as Fundações (Câmara FGV) ou, ainda, ao lado da Bolsa de Valores (CAM – Câmara de Arbitragem do Mercado), para fixar alguns exemplos. É natural, portanto, que o Estado – exatamente por sua falta de *expertise* na utilização da arbitragem – prefira a arbitragem institucional ao invés de envolver-se em arbitragens *ad hoc*.

É preciso ressaltar, porém, que nada impede que o Estado utilize a arbitragem *ad hoc*, o que pode significar uma considerável economia de recursos. Não havendo a intervenção de órgão arbitral institucional, é natural que os custos da arbitragem diminuam, mas haverá sempre o inconveniente da falta de estrutura de amparo (tudo terá que ser organizado pelos próprios árbitros), da carência de parâmetros para a fixação de honorários dos árbitros, da ausência de órgão administrador para resolver as questões ligadas a suspeições e impedimentos e, ainda, da falta de um regulamento específico para estabelecer o procedimento a ser seguido pelas partes. Estas questões, porém, podem ser perfeitamente dimensionadas em uma cláusula compromissória bem redigida: os contratantes podem escolher, de antemão, certas instalações que serão utilizadas para a realização dos atos da arbitragem (instalações cedidas por algum órgão da administração ou desde logo identificados para evitar divergências futuras); as partes podem prever, desde logo, o apontamento de um secretário

para o tribunal arbitral, que será responsável para a organização dos atos do processo; os honorários dos árbitros podem, desde logo, ser fixados na cláusula arbitral (ou, pelo menos, um parâmetro para a sua fixação); as partes podem escolher um regulamento já existente (de alguma câmara institucional) que se adapte bem a uma arbitragem *ad hoc* ou podem escolher as regras da Uncitral (ou, ainda, podem optar por criar as regras para o caso concreto, o que é mais difícil). Vale lembrar que, se não quiserem se reportar a regra alguma, caberá ao tribunal arbitral criar um procedimento para o caso concreto (esta, talvez, seja a pior opção, pois pode ensejar alguma surpresa, especialmente para quem não estiver habituado – e preparado – para atuar no processo arbitral). Em outras palavras: a arbitragem *ad hoc* não está descartada como escolha razoável em procedimentos de que participe o Estado, mas espera-se que tal escolha somente seja feita se os representantes do ente público estiverem bem informados no momento de redigirem uma cláusula compromissória, evitando-se *gaps* em matérias relevantes que poderão causar emperramento futuro.

Mas se o Estado não estiver preparado para organizar uma arbitragem *ad hoc*, a escolha da arbitragem institucional será de rigor (e, naturalmente, criará maior facilidade na eventualidade de disputas).

O primeiro problema a resolver será a escolha da entidade. Neste ponto, cumpre repelir a ideia de que a escolha (ou a indicação) do órgão arbitral possa ser feita depois do surgimento do litígio. Ainda que a escolha possa ficar a critério das duas partes, o diferimento é completamente inconveniente, já que a experiência mostra que, depois de surgido o litígio, o grau de desconfiança entre os contendentes aumenta e o grau de animosidade impede, muitas vezes, uma escolha racional. O resultado do impasse será submeter as partes ao diabólico procedimento do art. 7º da Lei de Arbitragem, delegando a um juiz togado a escolha de um órgão arbitral, solução normalmente insatisfatória e frustrante para quem imaginou a arbitragem como forma de excluir a solução judiciária de um litígio.

Também não é adequado delegar a escolha a apenas uma das partes em litígio: o Estado pode até ficar altamente tentado a incluir uma cláusula em que a escolha do órgão arbitral fica a seu encargo tão logo se instaure o litígio, mas tal solução – que desafiaria o equilíbrio e a igualdade das partes – poderá induzir a escolha de um órgão arbitral que possa favorecer os interesses da parte que o indique. Pense-se na hipótese de o Estado poder escolher livremente uma entidade e o faça para selecionar uma câmara que tenha lista fechada de árbitros (cujos integrantes tenham feição pró-fazendária); pense-se, na possibilidade de ser indicado um órgão arbitral cujos custos sejam muito elevados, de modo a sacrificar economicamente a parte privada, presumivelmente mais fraca na relação jurídica; pense-se, ainda, na escolha de um órgão arbitral cujo procedimento seja mais vantajoso para a defesa dos interesses específicos do Estado no caso concreto. Esta teratologia – que remete, de alguma forma, à

quebra do princípio do juiz natural e da proibição constitucional dos tribunais de exceção – poderia afetar a higidez do procedimento arbitral, produzindo sentença nula que se refletiria em perda de dinheiro e tempo (dinheiro público, é bom lembrar).

A escolha da entidade arbitral que deverá administrar a arbitragem, portanto, deverá ser feita, de antemão, na cláusula compromissória. Não pode haver surpresa nem manipulação na escolha da câmara. E também não haverá licitação entre as entidades que ofereçam o serviço. Não há como comparar duas entidades distintas, já que estarão em jogo critérios muito diferentes: serviços oferecidos, preços, qualidade das instalações, regulamento, existência ou não de lista de árbitros, experiência anterior na solução de determinadas questões, entre tantos outros. Trata-se de caso típico em que a dispensa de licitação se impõe.

Acredito que tudo o que a Administração Pública pode fazer quando – durante a contratação (ou no edital de licitação) – tiver que escolher uma câmara arbitral é estabelecer parâmetros no sentido de escolher órgãos arbitrais com alguma experiência anterior, com instalações adequadas para sediar audiências, com estrutura de secretaria que possa garantir a publicidade (relativa, como se verá) de atos do processo arbitral (na medida em que tal divulgação for convencionada), e que ofereçam preços dentro de certos limites. A fixação destes parâmetros terá que ser extremamente realista, já que a Administração Pública não pode esperar receber serviços de qualidade mediante paga parca. E os critérios não deverão excluir a possibilidade de indicação de entidades arbitrais com sede no exterior: é natural que, em casos de grande monta, possam ser cogitadas entidades como a CCI (Paris) ou como a LCIA (Londres), por exemplo.

Quanto às entidades arbitrais com sede no exterior, convém recordar que muitas delas têm capacidade de administrar arbitragens em praticamente qualquer país do globo, com o emprego dos mais diversos idiomas. E a escolha de algum destes órgãos de reputação internacional muitas vezes será a saída para o impasse em contratos de que tomem parte entidades estrangeiras (inclusive entidades estrangeiras estatais, como empresas públicas de outros países) que quererão – também elas – a segurança de ver eventual disputa administrada por órgão neutro, que não esteja sediado no território de qualquer dos países contratantes.

É importante deixar a entidade estatal livre para escolher o órgão arbitral que julgar mais adequado para cada tipo de contrato que vier a celebrar. Proibições como aquela constante do Decreto Presidencial nº 8.465, de 8 de junho de 2015⁵, que impedem a escolha de órgãos arbitrais sediados no exterior,

5 “Art. 4º A arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*. [...] § 2º A instituição arbitral escolhida para compor o litígio deverá atender os seguintes requisitos: I – ter sede no Brasil; [...]”

não protegem nem ajudam a Administração Pública, muito menos funcionam como um vetor para a melhor utilização da arbitragem. Trata-se apenas de pseudonacionalismo infeliz, que gerará desconfiança em relação aos brasileiros, inspirando temor nos contratantes estrangeiros. A xenofobia, em tempos de globalização, é um mal que precisa ser evitado por países que pretendem ascender ao primeiro escalão no plano internacional.

II – NOMEAÇÃO DE ÁRBITROS

Escolher árbitros não é tarefa fácil para a entidade estatal que vier a participar de uma arbitragem, constituindo preocupação que precisa ser adequadamente sistematizada (e parcialmente exorcizada).

Um primeiro apontamento diz respeito à participação de árbitros estrangeiros: as entidades estatais manifestam, por vezes, algum temor quanto à nomeação, para integrar o painel, de árbitros não nacionais. A desconfiança é baseada em dois pontos bem identificados, a saber, a dificuldade quanto ao domínio do idioma e a possibilidade de o árbitro estrangeiro não compreender bem nosso sistema jurídico, levando-o a interpretar mal o Direito brasileiro (e não apenas as *leis brasileiras!*) que deve aplicar.

A Lei nº 11.079/2004 é clara ao exigir o emprego da língua portuguesa, de modo que, se a arbitragem for idealizada em um contexto de parceria público-privada, a escolha de nosso idioma já é um fator limitante para a nomeação de julgador que não domine a língua. Mas mesmo em tais contratos (de parceria), importa lembrar que nada impede que outro idioma seja também utilizado (nada impedirá que as partes, obedecendo à lei, determinem que os atos sejam praticados em português, sem prejuízo de serem traduzidos também para o idioma inglês). Para além do âmbito das parcerias público-privadas, a participação de entidade estatal exigirá apenas a aplicação das regras de Direito (Direito brasileiro, subentende-se, bem como tratados internacionais que eventualmente regerem a matéria), sem prejuízo de os atos serem praticados em língua estrangeira. Assim, será aplicada, por hipótese, a lei brasileira, embora seja usado idioma estrangeiro para a prática dos atos arbitrais. Ainda assim, será preocupante a nomeação de árbitro estrangeiro que não domine o idioma nacional: Como poderá um estrangeiro, que não entenda bem o português, conhecer (e aplicar) nossas leis (*rectius*, o nosso sistema jurídico) de forma adequada se não tiver acesso a textos de doutrina e à jurisprudência?

Mais uma vez entendo que não convém criar regras restritivas para bloquear a presença de estrangeiros nas arbitragens que envolvam entidades públicas. Cumpre exigir que – seja qual for o idioma a ser empregado no processo arbitral – o julgador domine razoavelmente bem o português, sem o que me parece inviável a sua participação no processo. Quanto ao mais, o árbitro – segundo a Lei de Arbitragem – deve ser competente (art. 13, § 6º), o que significa

que ele deve ser capaz de entender e aplicar corretamente o Direito pátrio. Com estas exigências, deixa-se aberto o espaço para a nomeação de árbitros estrangeiros, que terão plena capacidade de entender nosso ordenamento e poderão ser julgadores de mão-cheia, bem preparados para compreender e decidir as questões que envolvam os temas de direito administrativo, por exemplo. Sendo muito prático, lembro que os árbitros portugueses e espanhóis naturalmente preencherão os requisitos linguísticos apontados, da mesma forma que alguns renomados árbitros franceses e italianos, que dominam nosso idioma (e conhecem razoavelmente bem nosso sistema jurídico). Por que abrir mão destes profissionais criando dificuldades para a sua nomeação⁶?

Recordo que o Código de Processo de 1939 fazia exigência, criticada na época de sua vigência, quanto à nacionalidade dos árbitros: dizia o art. 1.031, III, do antigo Código que não podiam ser árbitros os estrangeiros. O CPC de 1973 aboliu a proibição. Não se espera que haja qualquer retrocesso em relação ao tema, não sendo admissível sequer a criação de embaraços para a atuação do estrangeiro como árbitro no Brasil⁷.

A indicação do árbitro pelas partes – seja a parte estatal, seja a parte privada – deve ser livre. Mas a liberdade de indicação pode estar sujeita a limitações impostas pelos próprios contratantes (o que acontecerá, por exemplo, se escolherem, para administrar a controvérsia, um órgão arbitral que tenha lista fechada de árbitros). Neste caso, por decisão prévia dos litigantes, os árbitros (ou o presidente do tribunal arbitral) deverão ser escolhidos entre os nomes constantes de um rol fornecido pela entidade. Se for escolhida uma entidade que adote este modelo sem que as partes (e especialmente o Estado) verifiquem se tal lista é abrangente, a administração cairá em verdadeira armadilha: ocorrendo um litígio, naturalmente alguns dos nomes disponíveis não poderão (ou não quererão) participar do processo, diminuindo a possibilidade de escolha para a composição do tribunal. Mais que isso, é bom lembrar que os grandes constitucionalistas e administrativistas – normalmente procurados para integrar os tribunais arbitrais onde esteja em jogo algum interesse estatal – podem ser indigestos para a Administração Pública, por já terem atuado contra o Estado, por terem se manifestado sobre caso semelhante ou por terem elaborado pareceres abordando alguma tese relevante que mostre posição contrária aos interesses do ente estatal. O Estado, em outros termos, não se sentirá confortável em apontar para o tribunal alguém que tenha claro posicionamento antipático

6 Esta questão não diz respeito apenas à arbitragem que envolva o Estado: trata-se de questão corrente e que gera extensa polêmica quando o tema toca a arbitragem comercial internacional. Lembro-me que, ao levantar o argumento referido no texto em seminário realizado em Coimbra, há cerca de dois anos, fui acusado de querer “destruir a arbitragem internacional”, já que o meu argumento inviabilizaria a atuação dos chamados “árbitros internacionais”, ou seja, certas figuras celebradas internacionalmente e que afirmam ter o poder e o condão de interpretar e aplicar qualquer lei do globo.

7 O Decreto Presidencial nº 8.465/2015, remando na contramão da história, determina (art. 5º, parágrafo único) que o árbitro estrangeiro, nas arbitragens relativas à infraestrutura portuária, deve obter visto de trabalho para que possa atuar em território nacional (“visto que autorize o exercício da atividade no Brasil”, literalmente). O modelo não é bom e não se espera que seja adotado para as arbitragens em que o Estado venha a atuar.

em relação a certas posturas por ele adotadas, de modo que, se houver lista impositiva, esta deve ser pesquisada com cuidado pelo Estado antes de aceitar determina instituição arbitral, sob pena de encurtar desnecessariamente suas opções de escolha.

Uma forma de gerar alguma previsibilidade na escolha de árbitros é fixar algumas qualidades e atributos dos profissionais que haverão de integrar o órgão julgador. Nada impede, portanto, que as partes – na cláusula compromissória –, desde logo, convençionem que os árbitros serão todos professores universitários desta ou daquela instituição de ensino, que terão alguma formação especial (serão advogados, engenheiros, contadores), ou que deverão ter tido alguma atuação em um determinado setor (elétrico, termonuclear, gás, petróleo, transporte). Ainda que nada seja convençionado quanto aos coárbitros, podem as partes estipular que pelo menos o presidente do painel arbitral tenha determinadas qualificações (como aquelas referidas ou outras que ocorrerem às partes). Importa, de qualquer modo, que as características escolhidas pelas partes sejam objetivas e realistas, sob pena de não se encontrar pessoa alguma que se encaixe no tipo imaginado pelos contendentes⁸.

Uma observação que me parece útil fazer acerca da escolha dos membros do tribunal arbitral diz respeito a um modelo que considero despropositado e que pode empolgar alguns, criando sérios obstáculos ao desenvolvimento do processo arbitral: trata-se de exigir que todo o tribunal arbitral seja escolhido mediante consenso⁹. Não parece razoável a procura de tal unanimidade, difícil de imaginar quando estiverem em conflito interesses de entidades públicas e privadas. Mesmo no âmbito da arbitragem comercial internacional – onde se defrontam corporações que podem ter musculatura semelhante e a mesma visão globalizada do comércio –, não vejo prosperar semelhante modelo, provavelmente calcado em uma ideia romântica de legitimação do processo arbitral. O padrão em questão, portanto, não deve ser cogitado, pois provavelmente desembocará na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a nomeação do tribunal arbitral diante do provável (*rectius*, praticamente certo) desacordo entre os litigantes.

Por último, convém lembrar que a Administração Pública – mercê dos recentemente divulgados atos desairosos praticados por agentes estatais e por políticos – está sob o foco da opinião popular, o que leva a extremo cuidado na indicação de árbitros, mas também tem provocado alguns excessos de cautela: digo isso por conta de fato ocorrido em arbitragem entre uma sociedade de economia mista e um particular, em que a empresa com participação estatal

8 Não seria objetivo, por exemplo, dizer que o árbitro será professor titular de uma renomada faculdade de engenharia de São Paulo (onde há várias faculdades de engenharia, algumas importantes, outras nem tanto, sem que haja um critério para resolver eventual impasse classificatório); não seria *realista*, da mesma forma, imaginar que o árbitro deva ser advogado com doutorado em energia termonuclear.

9 É o que pretende o Decreto Presidencial nº 8.465/2015, já tantas vezes mencionado, no seu art. 3º, § 3º.

chegou a impugnar o árbitro que ela mesma havia selecionado depois que o profissional revelou ter parentesco com um funcionário da estatal (a parte contrária não considerou a revelação importante e não apresentou qualquer impugnação). O zelo é compreensível, mas pode criar um parâmetro novo para as impugnações de sentenças arbitrais por conta de suposta falta de independência ou imparcialidade.

III – CUSTAS E DESPESAS

A antecipação das custas e das despesas do órgão arbitral (bem como dos honorários dos árbitros) é outro problema que amarga a Administração Pública, sempre sujeita a naturais trâmites burocráticos e a limitações orçamentárias. A solução simples – que vem sendo avençada em diversos setores da Administração Pública – de fazer o adversário antecipar tais custas e despesas¹⁰ não resolve todos os problemas.

Com efeito, nada impediria que na cláusula compromissória constasse que a parte privada deva adiantar todos os custos e custas da arbitragem. Mas tal dispositivo pode dar margem a abuso que precisa ser evitado. Basta pensar na hipótese de a arbitragem ser iniciada pela entidade pública, carreando-se, ainda assim, à parte privada a antecipação dos custos; outra incongruência seria imaginar que uma diligência ou perícia, requerida pela entidade estatal, deva se custeada pela parte contrária.

A forma mais adequada de equilibrar a questão será estabelecer que caberá à parte privada antecipar as custas do órgão arbitral (ou os custos em que incorrer o painel na arbitragem *ad hoc*) desde que seja ela a iniciar o procedimento arbitral, devendo os julgadores, ao final, atribuir à parte vencida os ônus sucumbenciais. Se a entidade estatal iniciar o procedimento, caberá a ela adiantar as verbas de custeio na proporção que for determinada pelo órgão arbitral (normalmente a metade dos custos); quanto às diligências e despesas que gerar, a administração deverá em qualquer hipótese pagar a sua quota.

Se o Estado pretende mesmo envolver-se na arbitragem – e creio que não poderá deixar de fazê-lo, sob pena de afastar parceiros importantes, parceiros que possivelmente não se interessarão em participar de licitações ou concessões se não houver garantia de solução rápida e eficiente de litígios –, terá que encontrar os mecanismos apropriados dentro das regras do direito administrativo para separar alguma verba dedicada, no orçamento, ao custeio do litígio. Mais do que isso, deve entender o administrador que a escolha da arbitragem acarreta um investimento maior do que o previsto para o processo estatal. Para dar um exemplo concreto de como as coisas simples podem se complicar: em

10 O art. 3º, VII, do Decreto Presidencial nº 8.465/2015 preconiza tal solução, afirmando que “as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento”.

uma determinada arbitragem envolvendo uma entidade estatal local, os árbitros sugeriram que, para facilitar a seleção e o manuseio de documentos, as partes os apresentassem em via digital (em *pen drives*). A entidade pública envolvida informou, algo constrangida, que não poderia cumprir a solicitação, pois não havia verba suficiente para a aquisição de *pen drives*, menos ainda condições de fazer o *scanner* de documentos físicos, de modo que seria necessária uma licitação. Embora tal exemplo seja extremo (e esteja ligado a entidade de recursos limitados), convém apontar o exemplo como a ponta de um *iceberg*, pois a Administração Pública está sujeita a restrições que podem dificultar o manejo da arbitragem. Tudo isso deve ser bem meditado antes da celebração de uma cláusula compromissória.

IV – VERBA HONORÁRIA

A fixação de verba honorária ligada à sucumbência também é fator de preocupação do Estado quando se envolver na arbitragem.

O sistema da sucumbência, atrelado à causalidade, é tradicional em nosso sistema processual, que procurou sempre minimizar a carga quando o Estado resta vencido. O novo CPC é até bastante minucioso, no art. 85, § 3º, ao estabelecer faixas e critérios duvidosos, pouco práticos, para a condenação da administração em verba advocatícia.

No plano arbitral não existe regra acerca da limitação ou da incidência de verba honorária decorrente da sucumbência. Muitos – como eu – entendem que mesmo sem que haja pedido expresso (ou menção expressa na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem) acerca da fixação de verbas advocatícias decorrentes da sucumbência, o tribunal arbitral deverá fixá-las. Em outras palavras, em minha visão, se as partes não excluïrem a incidência de verba honorária de sucumbência, os árbitros a fixarão em sua decisão.

A melhor forma de resolver o problema, portanto, é evitar surpresa, de modo que na convenção de arbitragem venha desde logo previsto se haverá ou não incidência de verba honorária. A tendência da administração é no sentido de evitar a incidência da verba; a parte privada normalmente pensará de forma diversa. Esta tendência decorre da experiência judiciária, demonstrando as estatísticas que o Estado é o grande causador da multiplicação de demandas. Diante desta experiência – negativa – cantada em verso e em prosa por todos os processualistas, é natural que a parte privada não se sinta confortável com a possibilidade de ter que antecipar custos, sujeitar-se a pagamentos pela via dos precatórios, submeter-se a limitações e, depois de tudo isso, se vitoriosa, não repassar pelo menos parte dos custos que teve com o seu advogado.

Uma forma de contemporizar as duas posições extremas é estabelecer uma limitação à verba advocatícia, de modo que os árbitros não possam fixar verba honorária decorrente de sucumbência que supere certo percentual

da condenação, se houver, ou certo percentual sobre o valor que as partes atribuírem à causa; ou, então, limitar o valor em reais dos honorários a serem atribuídos ao vencedor (levando-se em conta, como fator de redução, o decaimento parcial do pedido, o comportamento das partes durante o processo, a provocação de incidentes processuais, a duração da arbitragem, a quantidade de audiências, entre tantas outras fórmulas possíveis).

Um critério que não funcionará adequadamente quando estiver envolvida a Administração é o de reembolso de honorários contratuais: normalmente o Estado estará representado por advogados internos (ou procuradores), enquanto a parte privada estará assistida por escritório de advocacia especializado (por vezes, mais de um). Ademais, os debates que se travam em torno dos valores cobrados pelos advogados (e a demonstração dos respectivos pagamentos) fazem pensar duas vezes antes da adoção de tal critério, ainda pouco empregado no Brasil. Em suma, se vencedora a parte privada, o método de reembolso conduziria ao pagamento de honorários advocatícios razoáveis (esta é a expressão que os regulamentos que tratam do tema normalmente empregam), enquanto a parte estatal, se vitoriosa, não teria parâmetros para cobrar os custos despendidos com os seus advogados (advogados integrantes do corpo jurídico).

De qualquer modo, proibir a condenação em verba honorária no âmbito da arbitragem pode desencorajar a utilização do mecanismo pela parte privada, que eventualmente resistirá a uma estipulação deste gênero, já que o processo judicial (mais lento, mais burocrático, mais caro) pelo menos terá a vantagem de remunerar (ainda que de forma módica) o trabalho dos advogados. A eventual insistência da administração na proibição da incidência de honorários certamente oferecerá a impressão de que o Estado está procurando privilégios excepcionais que lhe permitiriam litigar sem repor a parte contrária (em caso de derrota) na mesma situação em que estaria se não tivesse existido o confronto.

V – SEDE DA ARBITRAGEM

A Lei de Arbitragem brasileira não utiliza o conceito ambíguo de “sede”, preferindo reportar-se ao local em que serão realizados os atos do processo arbitral ou ao local em que a sentença arbitral deverá ser proferida.

A Administração Pública provavelmente preferirá a soma dos dois critérios, ou seja, optará – por questão de segurança e conveniência – que os atos do processo arbitral sejam realizados em território nacional e que a sentença arbitral seja aqui proferida.

A Lei nº 11.079/2004, art. 11, III, determina que na minuta do contrato objeto de licitação nas parcerias público-privadas conste – se for o caso – o emprego de mecanismo privado de solução de disputas (mediação, conciliação, *dispute board*, opinião neutra de terceiro, arbitragem); se o mecanismo for

o arbitral, determina a lei que a arbitragem deve ser “realizada no Brasil”. Esta mesma expressão – arbitragem realizada no Brasil – foi empregada também no Decreto nº 8.465/2015 (art. 3º, III).

Considerando que se espera a aplicação da lei brasileira nos contratos que envolvam a Administração Pública, entende-se a preocupação de escolher o Brasil como “sede” da arbitragem. Mas, para os contratos internacionais, especialmente as parcerias público-privadas, a restrição do local para a prática dos atos arbitrais (vinculação ao território nacional) pode ser um fator de desconfiança para o contratante (parceiro) estrangeiro, afastando-o do processo licitatório.

Seja como for, a escolha legislativa supra referida não foi reproduzida na Lei de Arbitragem, de modo que não haverá impedimento para que o Estado celebre convenção arbitral (fora do âmbito das parcerias público-privadas ou dos litígios relativos ao setor portuário), prevendo o desenvolvimento do processo em terras estrangeiras. Se tal previsão for a escolhida pelas partes (arbitragem fora do território nacional), convirá estabelecer alguma brecha para a obtenção de medidas de urgência – pelo menos estas – em território nacional. Melhor explicando: ainda que as partes resolvam submeter-se a uma arbitragem em Paris, França, nada impedirá que estipulem que, havendo necessidade de medidas de urgência a serem implementadas no Brasil, poderão solicitar aos árbitros que profiram a decisão respectiva em território brasileiro, facilitando o cumprimento da decisão pela autoridade judiciária brasileira (em caso de resistência), o que evita a necessidade de homologação ou *exequatur* pelo STJ do provimento arbitral estrangeiro¹¹.

VI – IDIOMA

A Constituição Federal limita-se a afirmar que a língua portuguesa é o nosso idioma oficial (art. 13), não sendo vedada a utilização de outro idioma na redação de contratos; mas, para que tenham tais contratos efeitos no País, hão de ser traduzidos para o português (Código Civil, art. 224). Quanto à Administração Pública, vigora ainda a vetusta Lei nº 13.609/1943, que exige tradução para qualquer documento redigido em língua estrangeira e que deva ser de alguma forma apresentado diante de repartições estatais. Este conjunto legislativo sugere duas dificuldades caso a arbitragem utilize outro idioma que não o português: em primeiro, considerando que a entidade pública será fiscalizada por algum Tribunal de Contas (seja o da União, sejam os dos Estados ou os dos

11 Não vi ainda precedente em tal sentido, nem cláusula compromissória que contenha semelhante previsão. Parece-me, contudo, que o padrão é perfeitamente recepcionável pelo sistema arbitral (e processual) brasileiro, criando facilidade apreciável para a implementação de uma medida cautelar (ou antecipatória) determinada por um tribunal arbitral que tenha recebido o encargo de proferir uma sentença arbitral fora do nosso País. Nada impede, pois, que as decisões interlocutórias ou as sentenças parciais – desde que haja expressa permissão neste sentido – sejam proferidas fora do local em que serão praticados todos os demais atos do processo (inclusive a sentença final).

Municípios), todos os documentos a serem analisados por tais entidades administrativas necessariamente terão que ser traduzidos (e o custo será suportado pelo ente estatal fiscalizado); em segundo, considerando o princípio da publicidade, parece que o dever de informar o público não pode ser considerado cumprido ao serem disponibilizados atos lavrados em idioma não oficial, o que me leva a concluir que, também para o fim de dar vazão ao disposto no art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, a tradução será de rigor.

A aplicação da lei brasileira à arbitragem envolvendo o Estado sugeriria a utilização do português no procedimento¹², já que provavelmente em nosso idioma terão sido redigidos os documentos, eventuais pareceres serão solicitados a *experts* brasileiros, e, no Brasil, terão sido praticados os atos relevantes para a solução do litígio e em português serão prestados os depoimentos. Tal premissa, porém, perde impulso quando estiver em jogo uma relação jurídica que tenha algum elemento de internacionalidade (como a participação de algum contratante estrangeiro). Neste caso, a situação poderá ser inversa, ou seja, possivelmente haverá documentos relevantes redigidos em língua estrangeira e os depoimentos também serão tomados em outro idioma.

Considerando que a Lei de Arbitragem – ao contrário da Lei das PPP e do Decreto Presidencial tantas vezes citados – não exige que a arbitragem envolvendo a Administração Pública utilize necessariamente o idioma nacional, uma forma razoável de equacionar o impasse será uma arbitragem bilíngue, em que todos os atos possam ser praticados em uma língua estrangeira, desde que sejam traduzidos para o vernáculo (ou vice-versa). A utilização de petições colunadas – embora mais trabalhosas – evitará o inconveniente (econômico) de obrigar o Estado a traduzir tudo para o português, a fim de poder prestar contas aos órgãos de controle e para dar publicidade aos atos do processo, bem como evitará a desconfiança que a imposição de nosso idioma certamente provocará no contratante estrangeiro, permitindo-lhe ao mesmo tempo um adequado controle do que está acontecendo no processo por seus advogados locais (forasteiros). Creio que esta mesma solução pode ser empregada nas arbitragens ligadas à Lei nº 11.079/2004 e àquelas decorrentes de demandas do setor de infraestrutura portuária.

VII – PUBLICIDADE

A preocupação do legislador com o controle e a transparência de tudo o que diz respeito à Administração Pública leva naturalmente à preocupação com a publicidade dos atos administrativos (princípio insculpido no art. 37 da Constituição Federal), de modo que a Lei de Arbitragem – na versão emendada

12 Desnecessário dizer que não há correlação necessária entre a lei aplicável e o idioma da arbitragem, sendo perfeitamente possível que as partes optem por uma arbitragem em inglês, embora os atos sejam praticados todos no Brasil.

pela Lei nº 13.129/2015 – fez questão de lembrar que o princípio da publicidade deve ser respeitado.

Não especifica o legislador o que deve ser objeto de divulgação na arbitragem, nem quem seja responsável por tal divulgação, o que tem levado alguns órgãos arbitrais a tomar precauções. Explico: as secretarias das câmaras não podem se transformar em cartórios, expedindo certidões e fornecendo cópias de documentos ou de peças dos processos arbitrais. Não se espera também que os atos dos processos arbitrais – mercê da publicidade imaginada pela lei – devam ser praticados à vista do público, em grandes auditórios abertos à população. Quem assistiu ao filme *A Dama Dourada*¹³ deve estar se lembrando do luxuoso (e amplo) auditório onde se realizava, à vista de todos, a audiência para o debate da causa que envolvia a devolução à legítima proprietária (Maria Altmann) de uma pintura de Gustav Klimt de 1907, muito cara aos austríacos.

Mas o que pode parecer glamoroso para a indústria do cinema certamente não funcionará adequadamente para a arbitragem envolvendo a Administração Pública. Não imagino a hipótese de abrir-se ao público em geral uma audiência arbitral para oitiva de partes, testemunhas e peritos, o que poderia tornar até mesmo economicamente inviável a solução de litígio por tal via. Da mesma forma, se algum órgão arbitral souber de antemão que deverá fornecer “a qualquer do povo” cópias ou certidões de atos do processo arbitral, provavelmente recusará a incumbência de administrar casos que envolvam entidade pública (até mesmo por total falta de capacidade material de lidar com o afluxo consistente de público).

Em suma, *in medio virtus*: não parece razoável entender a determinação legal, constante no § 3º do art. 2º da Lei de Arbitragem, como uma regra de publicidade total e absoluta para todos os atos da arbitragem. Seria despropositado tornar públicas todas as informações relativas ao processo arbitral, o que pode ser fisicamente inviável¹⁴. Parece adequado que sejam franqueados ao público os atos mais relevantes praticados pelas partes (apresentação de pleitos, documentos em que se baseiam os pedidos, sentença arbitral), o que não significa transformar os tribunais arbitrais em areópagos, abertos à curiosidade pública.

Seja como for, importa que na cláusula compromissória (ou no compromisso arbitral, se for o caso) as partes – entidade pública e entidade privada – deixem claro qual o grau de publicidade que pretendem estabelecer, atribuindo às partes o dever de tornar públicos os atos e os documentos determi-

13 *Woman in Gold*, direção de Simon Curtis, 2015. O filme, baseado em fatos reais, retrata a disputa de um quadro de Klimt, objeto de expropriação pelos nazistas, que acaba sendo devolvido à herdeira dos proprietários originais. A questão da propriedade foi objeto de solução arbitral entre o Estado austríaco e Maria Altmann.

14 Note-se, porém, que o Decreto Presidencial nº 8.465/2015 diz exatamente isto no seu art. 3º, inciso IV, ao determinar que, entre as condições que serão observadas na arbitragem ligada ao setor portuário, sejam tornadas públicas “todas as informações sobre o processo”.

nados. Tal atribuição – limitada e delimitada – poderá ser carreada aos órgãos arbitrais institucionais (secretarias) que organizarão um *dossier* para informar o público, utilizando até mesmo meios eletrônicos para evitar o colapso de suas instalações.

CONCLUSÃO

A participação da Administração Pública na arbitragem exige atenção dos operadores. Interessa a toda a sociedade que o Estado utilize este poderoso mecanismo de solução de controvérsia, mas é preciso reconhecer que as entidades públicas, de maneira geral, deverão preparar-se de modo adequado para enfrentar um processo que não conhecem.

Alguns Estados da Federação, bem como algumas entidades públicas (e, em especial, sociedades de economia mista), já tomaram providências para ajustar suas equipes internas (advogados, gestores, procuradores) à nova necessidade: são criados núcleos especiais de advogados e procuradores voltados à utilização de arbitragem; formados grupos de debate para o exame e sugestões sobre a melhor forma de redigirem-se as cláusulas compromissórias; contatadas entidades arbitrais para a aferição de sua capacidade de administrar litígios que envolvem interesses públicos. Este é o primeiro passo, mas não basta.

É necessário identificar as dificuldades que o manejo da arbitragem trará ao Estado para estabelecer parâmetros razoáveis que não inviabilizem a utilização deste meio adequado de solução de litígios. É inútil imaginar que as cláusulas arbitrais que resolvam apenas e tão somente as agruras do Estado tornem viável a arbitragem; é inútil tentar redigir cláusulas potestativas que deem ao Estado a possibilidade de pinçar a fórmula mais interessante para a solução do litígio depois de sua ocorrência; é inútil afirmar que todas as despesas da arbitragem devem ser antecipadas irrestritamente pela parte privada; é inútil impedir genericamente a fixação de honorários advocatícios a favor da parte vitoriosa; é inútil restringir ou dificultar a indicação de árbitros estrangeiros ou a escolha de centros arbitrais estrangeiros. Estas vedações, proibições e limitações tenderão apenas a afastar o Brasil do caminho da modernidade, isolando o País no concerto das nações.

A solução às dificuldades que apontei (e de outras tantas que ainda estão por ser identificadas) passa por uma tentativa de harmonizar, de modo razoável, os interesses públicos e os interesses privados. Foi exatamente isso o que tentou fazer o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março; é isso o que devemos todos estimular para trazer o Estado à arbitragem. O caminho não é fácil, mas é possível. É preciso boa vontade, mente aberta e proatividade. E nós, brasileiros, somos especialistas na superação de obstáculos!