

III Congresso Brasileiro de Arbitragem na Administração Pública
11-12 de abril de 2022



Arbitragens de infraestrutura e a interveniência anômala da União: entre a consensualidade e a paridade de armas das convenções arbitrais

Riccardo Giuliano Figueira Torre

Sócio de Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados; Bacharel, Mestre e Doutorando em Processo Civil pela USP; *LL.M.* em *International Business Regulation, Litigation and Arbitration* pela NYU (Arthur T. Vanderbilt Scholar); Vice-Presidente da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/SP; Diretor do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Portugal.

- I. Arbitragens envolvendo a Administração Pública: maturidade legislativa
- II. Arbitragens envolvendo a Administração Pública: os desafios
- III. A intervenção anômala da União
- IV. A missão institucional dos tribunais arbitrais

I. Arbitragens envolvendo a Administração Pública:
uma realidade

I. Arbitragens com a Administração Pública: maturidade legislativa

Edição da Lei de Arbitragem: várias leis permitiam a utilização da arbitragem em contratos administrativos a despeito de a LARb silenciar a respeito:

Lei da ANATEL

Lei nº 9.472/97

Art. 93, XV

Lei da ANP

Lei nº 9.478/97

Art. 43, X

Lei da ANTT/ANTAQ

Lei nº 10.233/01

Art. 35, XVI

Lei da ANEEL

Lei nº 10.848/04

Art. 4º, §§ 5º e 6º

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

Lei das PPPs

Lei nº 11.079/04

Art. 11, III

§ 6º AS empresas públicas e sociedades de economia mista, quando submetidas a licitação, ficam sujeitas à submissão e autorização, ficando previstas no § 5º deste artigo.

Art. 23-A

Regime diferenciado de contratação

Lei nº 12.462/11

Art. 44-A

Lei de arbitragem de Minas Gerais

Lei nº 19.477/2011

Decreto dos Portos (revogado)

Decreto nº 8.465/15

*alterada pela Lei nº 11.196/05

Reforma da Lei Brasileira de Arbitragem pela Lei nº 13.129/15:

Outros Avanços

Criação do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU

Criação do Núcleo Especializado em Arbitragem da PGE/SP

Criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)

I. Arbitragens com a Administração Pública: maturidade legislativa

(R)Evolução legislativa após 2015: após a positivação da participação da Administração Direta e Indireta, o fomento à utilização da arbitragem se tornou ainda maior e chegou aos níveis estadual e municipal da federação

**Arbitragem na
Adm. Pública
(PE)**

*Lei estadual
15.627/15*

Lei das Estatais

*Lei nº 13.303/16
Art. 12, § único*

**Lei de
Desapropriação
por utilidade
pública**

Lei nº 13.867/19

**Lei de
Relicitações**

*Lei nº 13.448/17
Art. 15, III c/c 31,
§ 1º*

ANTT

*Res. nº
5.845/19*

**Arbitragem
federal
infraestrutura**

*Decreto nº
10.025/19*

**Arbitragem na
Adm. Pública
(SP)**

*Decreto nº
64.356/19*

**Arbitragem na
Adm. Pública
(RJ)**

*Decreto nº
46.245/19*

**Arbitragem na
Adm. Pública (RS)**

*Decreto nº
55.996/2021*

*revogado pelo Decreto nº 10.025/19

II. Arbitragens envolvendo a Administração Pública: os desafios

II. Desafios da arbitragem com a Administração Pública

	Instrumento normativo	Provisão de despesas do processo
	Lei estadual (MG) nº 19.477/2011	Previsão das despesas com arbitragem (v.g., taxas, honorários de árbitros e peritos) deve constar no edital de licitação e no contrato público + antecipação pelo contratado
	Decreto do RJ nº 46.245/2018 Administração Pública Direta e Indireta	Requerente da arbitragem (quando for o contratado)
	Decreto de SP nº 64.356/2019 Administração Pública Direta e autárquica	Requerente da arbitragem
	Lei Municipal de SP nº 17.324/2020 e Decreto 59.963/2020 Cria a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta	Sempre pelo contratado
	Decreto União nº 10.025/2019 Setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.	Sempre pelo contratado
	Lei nº 13.448/2017 Lei de Relicitações	Sempre pelo contratado
	Resolução ANTT nº 5.845/2019	Sempre pelo contratado
	Decreto do RS nº 55.996/2021	Sempre pelo contratado

Equilíbrio da convenção de arbitragem comprometido?



ATRATIVOS DA ARBITRAGEM PARA O PARTICULAR

CELERIDADE

ESPECIALIDADE

FLEXIBILIDADE

PREVISIBILIDADE DAS DESPESAS

SENTENÇA FINAL DEFINITIVA

REALIDADE DA ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA

EXIGÊNCIA DE EXAURIMENTO PRÉVIO DA VIA ADMINISTRATIVA; LONGAS NEGOCIAÇÕES DE TERMOS DE COMPROMISSO ARBITRAL; INTERVENÇÃO ANÔMALA DA UNIÃO

REQUISITOS ADICIONAIS PARA ACEITAÇÃO DE ÁRBITROS E PERITOS; AUMENTO DE OBJEÇÕES/IMPUGNAÇÕES

ENRIJECIMENTO PROCEDIMENTAL: IMPUGNAÇÃO A PATRONOS, IMPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A PERÍCIA, ETC.

PARTICULAR ANTECIPA TODAS AS DESPESAS DA ARBITRAGEM, INCLUSIVE PERICIAIS

PARTICULAR RECEBE CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA POR MEIO DE PRECATÓRIO

Como equilibrar as arbitragens público-privadas?

Desafio: conciliar a autonomia da vontade/consensualidade das convenções arbitrais com *as atuais características das arbitragens com o Poder Público*

Não existe arbitragem obrigatória ou por adesão no direito brasileiro



PRERROGATIVAS JUDICIAIS DOS ENTES PÚBLICOS

NOVOS ÔNUS PARA OS PARTICULARES

II. Desafios da arbitragem com a Administração Pública

Para discussão (I): *custas e despesas da arbitragem*

- Conveniência justifica ônus financeiro?
Lei impõe ao particular a obrigação de antecipar todos os custos do procedimento arbitral (menos assistentes técnicos)
 - Exemplos de pagamentos realizados pelo Estado de São Paulo (procedimentos instaurados anteriormente ao Decreto 64.550/2019)

É justo processo

Possível dotação

com

com

prerrogativas do

22990/JPA/GSS/PFF
CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A. (Brasil) vs/ ESTADO DE SÃO PAULO, representado pela SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Brasil)

A tabela abaixo reflete a situação financeira da arbitragem.

CUSTOS DA ARBITRAGEM		
VALOR EM DISPUTA		
Valor em disputa		R\$ 179 466 152
Demanda principal		R\$ 92 038 308
Demanda reconvenicional		R\$ 87 427 844
CUSTOS DA ARBITRAGEM FIXADOS PELA CORTE EM 14.04.2021		
Despesas Administrativas		R\$ 230 000
Honorários do presidente do tribunal arbitral	R\$ 500 000 x 1	R\$ 500 000
Honorários dos coárbitros	R\$ 400 000 x 2	R\$ 800 000
Despesas		R\$ 0
Total		R\$ 1 530 000
PAGAMENTOS RECEBIDOS		
Requerente	R\$ 850 000	
Requerido	R\$ 850 000	
Total	R\$ 1 700 000	
REEMBOLSOS ÀS PARTES		
Requerente	R\$ 85 000	
Requerido	R\$ 85 000	
Total	R\$ 170 000	

ICC
INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION* | INTERNATIONAL CENTRE FOR ADR | LEADING DISPUTE RESOLUTION WORLDWIDE

TABELA FINANCEIRA Data: 23 de abril de 2021

23033/JPA/GSS/PFF
CONCESSIONÁRIA DA LINHA 4 DO METRÔ DE SÃO PAULO S.A. (Brasil) vs/ ESTADO DE SÃO PAULO, representado pela SECRETARIA DOS TRANSPORTES METROPOLITANOS DO ESTADO DE SÃO PAULO (Brasil)

A tabela abaixo reflete a situação financeira da arbitragem.

CUSTOS DA ARBITRAGEM		
VALOR EM DISPUTA		
Valor em disputa		Não quantificado
Demandas principais		Não quantificada
CUSTOS DA ARBITRAGEM FIXADOS PELA CORTE EM 14.04.2021		
Despesas Administrativas		R\$ 75 000
Honorários do presidente do tribunal arbitral	R\$ 140 000 x 1	R\$ 140 000
Honorários dos coárbitros	R\$ 105 000 x 2	R\$ 210 000
Despesas		R\$ 6 500
Total		R\$ 431 500
PAGAMENTOS RECEBIDOS		
Requerente	R\$ 295 000	
Requerido	R\$ 295 000	
Total	R\$ 590 000	
REEMBOLSOS ÀS PARTES		
Requerente	R\$ 79 250	
Requerido	R\$ 79 250	
Total	R\$ 158 500	
1º ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS OUTORGADO PELA CORTE		
Arbitro		Data da decisão da Corte
Presidente	R\$ 84 000	27.02.2020
Cada coárbitro	R\$ 63 000	27.02.2020
Total	R\$ 210 000	

II. Desafios da arbitragem com a Administração Pública

Para discussão (II): *precatórios*

Pagamento de condenação da Administração Pública via precatório

➤ Regime diferenciado de precatórios?

➤ Preferência na ordem de recebimento (alimentares)?

➤ Morosidade desincentiva o investidor?

Alternativas aos precatórios:

(i) Fundo garantidor das PPPs
(art. 16 da lei das PPPs)

(ii) Decreto nº 10.025/19: depende de acordo entre as Partes

- Previsão contratual
- compensação de haveres e deveres
- atribuição a terceiro

III. A intervenção anômala da União

Regulamentação legal e infralegal

Lei 9.469/97

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Decreto 10.025/19

Art. 13.(...)

§2o. A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5o da Lei no 9.469, de 1997.



Critério: interesse meramente econômico, direto ou indireto. Diferente de qualquer outra modalidade de intervenção de terceiros

Portaria Conjunta PGU-CGU/AGU n. 7/2021

Art. 2º Para os fins desta Portaria Conjunta, considera-se:

I - **intervenção**: o ingresso da União em processos arbitrais:

a) que figurem como parte as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista ou empresas públicas federais, conforme disposto no caput do art. 5º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997; e

b) cujas decisões possam ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico, conforme disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997; e

II - **órgão interessado**: ministério ou secretaria ao qual esteja vinculada a autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia que figure como parte em processo arbitral ou que se enquadre na hipótese a que se refere a alínea "b" do inciso I do caput.



Amplia a intervenção: além da União, “ministério ou secretaria”.
Legalidade?

IV. A missão institucional dos tribunais arbitrais

IV.1. Exaurimento prévio da via administrativa

- **Decisões administrativas são reconhecidamente demoradas e os prazos para que elas sejam proferidas são impróprios**
- **Brasil não adotou o sistema francês de controle jurisdicional da Administração (dual), mas sim o sistema uno de jurisdição (modelo inglês)**

- **Reminiscência da revogada CF/67**

"Art. 153. (...) § 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a decisão sobre o pedido".

- **Condicionante não prevista na atual Constituição:** violação ao direito de ação e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF)

INCONSTITUCIONAL

- **Condicionante não prevista no CPC ou na Lei de Arbitragem**

ILEGAL

- **Poder-se-ia, quando muito, dizer que o particular que ingressa diretamente no Judiciário ou em arbitragem renuncia à possibilidade de discutir o pleito administrativamente**

IV.1. Exaurimento prévio da via administrativa

- Verdadeira “cláusula exorbitante arbitral” (Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto)

JOTA

Retrocesso no avanço da arbitragem administrativa

Decreto tenta reeditar obrigação de esgotar recursos administrativos para recorrer à arbitragem

17/12/2019 08:08

Tenta-se reeditar regra vigente na Constituição anterior, mas rejeitada pela atual – e não sem razão. A nova exigência é inconstitucional. E é também contrária à lei e aos objetivos da arbitragem. Se a Constituição consagra a inafastabilidade da jurisdição estatal, a mesma regra tem de valer para a jurisdição arbitral que a substitui.

Do contrário, a Administração pode protelar indefinidamente suas decisões, tolhendo a submissão da controvérsia à via jurisdicional, eleita pelas partes. O decreto viola a lei de arbitragem, pois ato infralegal não pode afastar a deferência legal à opção das partes pela arbitragem.

É o que ocorreu com o decreto. Ele consagrou “cláusulas exorbitantes arbitrais”: arbitragem institucional sob câmara credenciada pela Administração, prazo alargado de resposta para ela, antecipação obrigatória de custas pelo particular.

Se mantida essa exigência de arbitrabilidade objetiva (não haver mais recurso administrativo possível), o tempo do processo ficará à mercê de uma das partes. Ao privado restará ou aguardar, ou ir ao Judiciário para ver declarados os efeitos do silêncio administrativo.

IV.2. Intervenção anômala da União

- Cada vez mais recorrente – vide as 3 arbitragens no setor de telecomunicações (Oi, Claro e Telefônica) e em outros setores (v.g. MSVIA v. ANTT)

- Intervenção anômala da União \neq *amicus curiae*

17. Muito embora a União tenha defendido que sua participação seria análoga à figura do *amicus curiae*, entende o Tribunal Arbitral que a participação é *sui generis*, não podendo ser equiparada à figura do *amicus curiae*, já que a União declaradamente apoia uma das Partes, a Requerida, e tem interesse econômico na solução da controvérsia em benefício dela. Não está, portanto, apoiando a Corte, ou prestando assistência ao Tribunal Arbitral, para lhe trazer mais elementos para decidir, esclarecimentos neutros quanto a certas matérias, como seria próprio do *Amicus Curiae*. Demais disso, a Requerida é autarquia federal que, muito embora relativamente autônoma, é vinculada à União.

Arbitragem CCI
26383/PFF. Decisão
Incidental 1, de
09.02.2022

- Necessidade de o tribunal arbitral delimitar o escopo e a forma de participação da União, a fim de evitar possíveis atrasos na tramitação do procedimento

IV.2. Intervenção anômala da União

Arbitragem CCI 26383/PFF (Telefônica v. ANATEL)

- Participação voluntária da União *não pode atrasar o procedimento;*
- União *pode apresentar manifestações e juntar documentos nas mesmas oportunidades concedidas à ANATEL;*
- União *pode apresentar manifestações visando apenas ao esclarecimento de questões de fato e de direito, ser notificada das ordens processuais e decisões e acompanhar as audiências*
- União **não pode** formular pedidos ou requerimentos, fazer sustentações orais ou apresentações, indicar ou inquirir testemunhas, indicar peritos ou assistentes técnicos. Não poderá, outrossim, deduzir pedidos, direta ou indiretamente, contrapostos aos da ANATEL

IV.3. Proteção da higidez da arbitragem público-privada

- Arbitragem CCI 24957 (MSVIA v. ANTT e União – interveniente anômala). Decisão por maioria (Luciano Godoy e Carlos Alberto Carmona).

- **Garantir a autonomia da vontade das Partes durante o procedimento;**

- **Assegurar o célebre Princípio da Paridade das Partes**

→ Ex: desrespeito anterior procedimento

101. Não existe, no referido Contrato ou na lei, qualquer requisito prévio à instauração da arbitragem. Sequer existe qualquer exigência de pedido administrativo prévio ao ajuizamento de demanda referente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

103. Não é condizente a interpretação dada pela ANTT ao dispositivo, uma vez que esta interpretação fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, da CF) e impõe uma condição à arbitragem que não existia ao tempo da contratação.

106. Nesse mesmo sentido, no âmbito da jurisdição estatal, a única hipótese de necessidade de prévio requerimento administrativo é relacionada ao direito previdenciário, conforme entendimento jurisprudencial trazido pelo STJ. Nos termos do mesmo precedente, não há sequer necessidade de esgotamento daquelas vias nem mesmo no âmbito de benefícios previdenciários.

- **Impedir excessos e zelar pela paridade de armas de ambos os litigantes**

missões infundadas das

trativa nas arbitragens
onstitucionalidade nos



OBRIGADO!

Riccardo Giuliano Figueira Torre

Wald, Antunes, Vita e Blattner Advogados
Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 510, 8º andar
São Paulo/SP, Brasil

+55 11 3074-6058 riccardo@wald.com.br