

101. ARBITRAGEM E PROMOÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

GISELA MATION¹LEANDRO FELIX²⁻³

1. INTRODUÇÃO

Em uma economia globalizada e em constante e acelerada transformação tecnológica, a capacidade de um país atrair investimentos estrangeiros é fator essencial para seu desenvolvimento econômico e social. Sobretudo em razão da necessidade de transferência de conhecimento e know-how, o crescimento de setores estratégicos como, por exemplo, tecnologia e informação, infraestrutura e energia, depende em grande parte de investimentos estrangeiros.

Segundo dados divulgados pela OCDE referentes a 2023, mesmo em um cenário internacional de queda nos fluxos de investimento estrangeiro em comparação a anos anteriores, o país atraiu USD 64 bilhões em investimentos estrangeiros direto (*foreign direct investments*, conforme terminologia em inglês), ficando atrás apenas de Estados Unidos (USD 364 bilhões) dentre os países considerados pela OCDE⁴. Depois de anos de queda acentuada no ranking, o país também voltou a figurar entre as 20 economias consideradas mais confiáveis para receber investimento estrangeiro, segundo o Índice de Confiança para Investimento Direto Estrangeiro, elaborado anualmente pela consultoria Kearney⁵. Esses dados revelam não apenas a crescente atratividade do Brasil aos olhos de investidores internacionais, mas também a relevância que inves-

¹ Sócia e associado do time de resolução de disputas e arbitragem do Machado Meyer. Advogada.

² Associado do time de resolução de disputas e arbitragem do Machado Meyer. Advogado.

³ Os autores agradecem a Gabriel Figueiredo da Purificação e Catarina Bandeira Diaz pela ajuda nas pesquisas deste trabalho.

⁴ Vide Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *FDI in figures*. OCDE, abril de 2024, pp. 2-3. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/fdi/FDI-in-Figures-April-2024.pdf/_jcr_content/renditions/original./FDI-in-Figures-April-2024.pdf. Acesso em 24.08.2024.

⁵ Vide Peterson, Erik R. Tolland, Terry. *Kearney Foreign Direct Investment Confidence Index*. Kearney, 2024. Disponível em <https://www.kearney.com/service/global-business-policy-council/foreign-direct-investment-confidence-index/2024-full-report>. Acesso em 01.09.2024.

timentos estrangeiros possuem para o desenvolvimento de setores estratégicos para a economia local⁶.

Os números são importantes porque o investimento direto estrangeiro, além de ser elemento essencial do relacionamento entre o Brasil e o restante do mundo⁷, é determinante para complementar a poupança interna, contribuir para a ampliação e modernização da capacidade produtiva, fortalecer a modernização da infraestrutura econômica e social, gerar novos negócios e promover a industrialização e diversificação da economia, melhorando, com isso, as condições e oportunidades para inserção do país na cadeia global de valores⁸.

Embora os números acima sejam animadores, há ainda evidente preocupação com a capacidade de o país reter esses investimentos a longo prazo e não afugentar novos investidores, a fim de que a injeção de capital estrangeiro seja cada vez mais perene e crescente.

Como se sabe, a retenção de investimentos estrangeiros envolve inúmeros fatores, que em muito extrapolam a esfera jurídica e vão desde a estabilidade política até elementos de política cambial e fiscal. Dentre essa miríade de fatores, inclui-se a existência de um sistema de resolução de disputa confiável, independente, imparcial e eficiente. A existência de um sistema que garanta o adimplemento de contratos em tempo razoável e de forma adequada gera segurança jurídica, com efeito, aumenta a confiabilidade e a atratividade para que investidores externos injetem capital no país.

Essa é uma verdade não apenas para o Brasil, mas para qualquer país que deseje atrair e reter capital estrangeiro. Em um cenário de cortes estatais por muitas vezes morosas, incapazes de lidar de forma eficiente com disputas complexas, e cercadas de desconfiança por parte de investidores internacionais, a arbitragem tem sido o sistema predileto de resolução de disputas de caráter internacional envolvendo investimento estrangeiro.

Mais especificamente, a solução predominantemente adotada no âmbito internacional para resolução de disputas entre investidores estrangeiros e Estados soberanos tem sido o sistema designado como “*Investor-State Dispute*

6 Segundo dados do último relatório do Banco Central do Brasil (BACEN), referente a 2022, os investimentos estrangeiros se concentraram nas seguintes áreas: serviços financeiros incluindo fundos de investimento (19,22%), comércio (8,1%), extração de petróleo e gás natural (7,4%), e setor elétrico (5,6%). Vide BACEN. *Relatório de Investimento Direto. Banco Central do Brasil, março de 2023*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioid>. Acesso em 24.08.2023.

7 Vide BACEN. *Relatório de Investimento Direto. Banco Central do Brasil, março de 2023*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioid>. Acesso em 24.08.2023.

8 De Siqueira, Tagore Villarim. *Investimentos estrangeiros diretos (IED): origens, significado e benefício*. Revista BNDES, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, dez. 2022, p. 613.

Settlement” (ISDS), popularmente conhecido como arbitragem de investimento. Essa é uma realidade, por exemplo, dos 158 países membros da Convenção para Solução de Disputas entre Estados e Nacionais de Outros Estados, celebrada em 1965, e que resultou criação do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID, na sigla em inglês)⁹.

Na contramão da prática internacional, o Brasil preferiu seguir um caminho singular: se recusou a aderir ao modelo das arbitragens de investimento, adotando mecanismo próprio, no qual investidores estrangeiros que invistam no país e desejem resolver os conflitos oriundos daquele investimento com a Administração Pública por meio da arbitragem devem fazê-lo em um regime de arbitragem comercial de base exclusivamente contratual. A resistência histórica de adesão, pelo Brasil, ao sistema de ISDS está usualmente atrelada a preocupações com a soberania nacional e legitimidade democrática, sob o argumento de que a arbitragem de investimento pode minar a capacidade do Estado de tomar decisões soberanas, bem como legislar e regular em prol do interesse público¹⁰.

Assim, diferentemente dos demais países em desenvolvimento, o Brasil é um dos poucos que nunca ratificou os Tratados Bilaterais de Investimentos¹¹. Embora exista previsão de arbitragem em alguns Acordos de Cooperação e

⁹ Vide ICSID. *Member States*. International Center for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em 24.08.2024.

¹⁰ Esse posicionamento pode ser verificado nas palavras do consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil à época da ratificação da ICSID por diversos países em Washington: “*não é crível que qualquer Estado normalmente organizado – isto é, de acordo com o constitucionalismo propagado e fortalecido a partir do sec. XX – apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado*” (Rocha, Augusto de Rezende. Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17, II).

¹¹ Conquanto essa afirmação esteja correta, Gabrielle Kaufmann-Kohler aponta que, conquanto tivesse celebrado tratados internacionais para adoção de arbitragens de investimento, a partir de 2015, a África do Sul terminou a maioria deles, determinado que as disputas fossem resolvidas no âmbito doméstico: “*South Africa, for instance, which has adopted a policy against investor-State dispute settlement, has ‘recently reviewed all of its IIAs and terminated most of them’. The investment protection regime is now established under domestic law, in particular, the Protection of Investment Act No. 22 of 2015 According to the Act, foreign investors are entitled to the same treatment as that afforded to South African investors in like circumstances, save for certain exceptions. The ‘domestication’ of the investment regime not only applies to substantive protection, it also extends to procedural remedies. The Act does not provide for investor-State arbitration, but only for recourse to domestic courts. The Government may, however, consent to inter-State arbitration with the investor’s home State on a case-by-case basis, subject to the exhaustion of local remedies*” (Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Potestà, Michele. *European yearbook of international economic law: Investor-State dispute settlement and national courts*. Cham, Suíça: Editora Springer Open, 2020, p. 97. Disponível em https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-44164-7_4#Sec6. Acesso em 01.09.2024).

Facilitação de Investimento realizados com México¹², Angola¹³ e EUA¹⁴, esses, contudo, têm praticamente nenhuma relevância prática, uma vez que “nesses últimos casos não se tem notícias, até o momento, de que o Brasil tenha iniciado ou esteja envolvido em qualquer procedimento arbitral com fundamento nos ACFIs, até porque (...) a instituição da arbitragem nesse modelo é complicada”¹⁵. Em razão da sua irrelevância prática (ao menos até o momento), este artigo não abordará os mecanismos de arbitragem previstos nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento mencionados acima.

A solução brasileira fez com que o Brasil fosse considerado, por muito tempo, uma espécie de “pária” a nível internacional no que se refere às arbitragens de investimento – sendo a sua recusa em aderir ao sistema internacional tida como um retrocesso à proteção de investimento e ao desenvolvimento da arbitragem internacional no país. Esse contexto era ainda agravado pelas constantes dúvidas sobre a possibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem, o que, na prática, significava relegar toda e qualquer disputa com o Estado Brasileiro ao Poder Judiciário. Não por outra razão, durante muito tempo, o posicionamento majoritário da doutrina era de apontar que a adesão do Brasil ao sistema ISDS seria uma necessidade premente¹⁶.

Embora não se negue os benefícios e atrativos da sistemática das arbitragens de investimento (que serão detalhados adiante), pode-se dizer que começou a mudar a percepção de outrora, até então quase inquestionável, de que, em matéria de arbitragem envolvendo Estado-particular, o Brasil estaria caminhando na contramão do mundo e rumo a lugar algum – do que muitos acreditavam que a única solução seria que o país vivesse a ingressar na rota do ISDS.

-
- ¹² Vide informações do Governo Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9495.htm. Acesso em 06.09.2024.
- ¹³ Vide informações do Governo Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9167.htm. Acesso em 06.09.2024.
- ¹⁴ Vide informações do Governo Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11092.htm. Acesso em 06.09.2024.
- ¹⁵ Torre, Ricardo Giulian Figueira. *Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (in) segurança Jurídica: Reflexões Teóricas e Práticas*. São Paulo: Quarter Latin, 1ª ed., 2024, p. 355.
- ¹⁶ “A adesão do Brasil à Convenção de Washington possibilitaria que investidores brasileiros no exterior tivessem seus ativos mais bem protegidos. A possibilidade de incluir cláusulas de submissão ao CISDI em contratos ou em leis nacionais de investimento torna a arbitragem internacional acessível a empresas nacionais, mesmo que o Brasil não venha a ingressar na rede de APPRIs. O fato de aceitar fazer parte do sistema da Convenção de Washington de 1965 não apresenta risco aos interesses nacionais e poderia representar nova alternativa para os investidores brasileiros no exterior, especialmente aqueles que se defrontam com marcos regulatórios instáveis e risco político elevado nos países onde investem.” (Castro, André et. al. O futuro da arbitragem de investimentos: uma perspectiva brasileira. In: A proteção ao investimento estrangeiro. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011).

Primeiro, porque inexistem dados que apontem uma relação direta, de causa e consequência, entre a decisão do país em não utilizar do modelo de arbitragem de investimento e os impactos que isso teria sobre a decisão de *players* estrangeiros em investir, ou não, no país¹⁷. Embora a adesão do Brasil ao sistema ISDS possa ser defendido por diversas razões objetivas, não se pode ignorar que, a despeito disso, “o Brasil continua sendo um consagrado polo de atração de investimento, de modo que o fato não ter aderido à Convenção de Washington (ICSID) e, ao mesmo tempo, possuir um modelo próprio e singular (...), não afeta a análise feita puramente sob a perspectiva da capacidade de atração de investimentos”¹⁸. Os números expostos acima talvez sejam a constatação mais evidente da ausência de relação direta de causa e efeito entre a não adesão do Brasil ao sistema das arbitragens de investimentos e a sua capacidade de atração de investimento estrangeiro que outrora se pretendeu atribuir.

Segundo, porque não apenas foram eliminadas as dúvidas quanto à possibilidade de as disputas envolvendo a Administração Pública no Brasil serem resolvidas por arbitragem, em razão da promulgação da Lei 13.129/2015, como também o até então aclamado modelo internacional de arbitragem de investimentos passou a ser alvo de algumas críticas e ofensivas que têm colocado em xeque a sua eficiência e credibilidade, bem como levando a discussões sobre reformas de cunho tanto estrutural quando incremental.

Se antes a resistência histórica de adesão do Brasil ao sistema ISDS era objeto de severas críticas, pode-se dizer que a junção dos fatores acima – somada, ainda, à transformação da Administração Pública e de sua forma de contratar – tem permitido que, hoje, se reconheça a solidez do modelo brasileiro de arbitragem (comercial e de base contratual) envolvendo a Administração Pública, bem como que esse regime é capaz de conferir segurança a investidores¹⁹.

¹⁷ “Indeed, Brazil consistently ranks among the top 10 recipients of foreign direct investment (FDI) worldwide. Even in the crisis years of 2014 and 2015, Brazil ranked 4th worldwide among FDI recipients. At least for a country with the characteristics of Brazil, it appears that IIAs are not determinant for attracting FDI.” (Vidigal, Geraldo; Stevens, Beatriz. Brazil’s new model of dispute settlement for investment: return to the past or alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018, p. 486).

¹⁸ Torre, Ricardo Giulian Figueira. *Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (In)segurança Jurídica: Reflexões Teóricas e Práticas*. São Paulo: Quarter Latin, 1^a ed., 2024, pp. 358-359.

¹⁹ “Brazil’s absence from the international investment law regime does not mean foreign investors are not safeguarded in the country. Especially since the enactment of an arbitration law in 1996, contractual arbitration has increasingly been used as a means of dispute resolution in state contracts. A number of decisions of the Brazilian higher courts have confirmed the legality of arbitral clauses in state contracts and the enforceability of arbitral awards against the state.” (Vidigal, Geraldo; Stevens, Beatriz. Brazil’s new model of dispute settlement for investment: return to the past or alternative for the future? *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018, p. 486).

Ainda que se reconheça o sucesso do modelo brasileiro, ele não pode ser considerado um substituto totalmente equivalente à arbitragem de investimento – em especial porque, dentre muitas diferenças, não contém regras materiais de proteção de investimento só poderá abarcar disputas no âmbito de um contrato com a Administração Pública, o que torna o tema do escopo do que pode ser submetido à arbitragem, como se verá a seguir, ainda mais crítico.

Ademais, se é verdade que o modelo brasileiro de arbitragens envolvendo a Administração Pública ganhou musculatura e se consolidou na última década, é também inegável que ele ainda enfrenta importantes pontos de inflexão e desafios que podem impactar a segurança jurídica e afetar a celeridade e eficiência atribuídas à adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas. Neste artigo, abordaremos, especificamente, dois desses elementos: (i) desafios relativos à arbitrabilidade objetiva nas disputas envolvendo a Administração Pública; e (ii) as especificidades e condicionantes impostas às arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Nesta linha, este artigo está dividindo nos seguintes tópicos: (i) análise sobre os movimentos críticos em relação ao sistema internacional das arbitragens de investimento; (ii) análise da consolidação do regime brasileiro das arbitragens com entes públicos; e (iii) discussão dos principais desafios e entraves que ainda permeiam o regime brasileiro.

2. CRISE NA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO?

A arbitragem de investimento é uma espécie do gênero arbitragem²⁰. Trata-se, assim, de método heterocompositivo de resolução de disputas que tem como base tratados multilaterais e bilaterais. Esses tratados conferem proteções a investidores estrangeiros de um Estado contratante contra certas arbitrariedades do Estado contratante receptor do investimento, como, por exemplo, tratamento discriminatório e expropriação sem compensação.

A arbitragem de investimento emergiu no cenário geopolítico pós 2ª Guerra Mundial, marcado pelo surgimento de novos Estados em razão, primeiro, da fragmentação do Império Otomano e, depois, da independência de antigas colônias na África e Ásia, em um contexto em que “[i]mportava, pois,

²⁰ Luís, Daniel Tavela. *Proteção de investimento estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento (CIRDI) e suas alternativas*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 63.

*fomentar o investimento internacional e com ele o movimento transnacional de capitais e de tecnologia aplicados em estados carenciados*²¹.

Nesse contexto, foi celebrada, em 1965, a Convenção de Washington para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, que estabeleceu o ICSID²². A Convenção é a principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os 158 estados que ratificaram o ICSID constitui o principal centro de resolução de disputas em matéria de arbitragem de investimento²³. A criação do ICSID parte da convicção de que a criação de um órgão internacional, que se destinasse exclusivamente à resolução de disputas envolvendo investimentos estrangeiros, daria maior confiança e segurança jurídica para que esses investidores alocassem recursos em outros Estados²⁴.

O mecanismo, é verdade, demorou a engrenar, mas no século XX se tornou ferramenta constante e relevantíssima para resolução de disputas envolvendo investidores estrangeiros e Estados receptores. Embora instituído em 1965, o volume de arbitragens perante o ICSID começou a ter maior relevância mesmo a partir da segunda metade da década de 1990²⁵, apresentando crescimento relevante, contudo, a partir de 2003. Ao fim de 2023, o número total de arbitragens de investimento já iniciadas perante a ICSID era de 967, das quais 164 foram instauradas apenas no triênio 2021-2023²⁶.

A sistemática da arbitragem de investimento permite, assim, “*que investidores estrangeiros possam ter o direito de instaurar em nome próprio um procedimento arbitral contra o Estado, parte de um tratado e receptor do investimento, em caso de descumprimento das obrigações desse tratado, sem a necessidade, antes comum, de esgotar as vias locais de adjudicação, ou de ter que esperar por uma solução diplomática*”²⁷.

²¹ Barrocas, Manuel Pereira. Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? Aa questão vista segundo a ótica europeia. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 58/2018, p. 277.

²² Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf. Acesso em 01.09.2024.

²³ Embora não seja exclusivo, o sistema ICSID acaba sendo, de longe, o mais utilizado em matéria de arbitragem de investimento, de forma que, considerando as limitações deste artigo, a nossa análise sobre o tema se limitará a ele.

²⁴ Torre, Ricardo Giulian Figueira. *Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (In) segurança Jurídica: Reflexões Teóricas e Práticas*. São Paulo: Quarter Latin, 1ª ed., 2024, p. 190.

²⁵ Até 1997, haviam sido iniciados apenas 44 procedimentos de arbitragem de investimento desde 1972. Vide ICSID. ICSID Caseload – Statistics. Issue 2024-1. Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf. Acesso 08.09.2024.

²⁶ Vide ICSID. ICSID Caseload – Statistics. Issue 2024-1. Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue%202024.pdf. Acesso 08.09.2024.

²⁷ Gomes, Isabela Sperandio. *Os desafios da arbitragem de investimento no contexto de governança global*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. ano 19. p. 45-57. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

De um modo geral, pode-se apontar que a arbitragem de investimento se difere da arbitragem comercial em três principais aspectos: **(i)** a matéria arbitrável é o investimento, mais precisamente as consequências econômicas decorrentes de atos expropriatórios ou limitadores de propriedade pelo Estado receptor; **(ii)** os sujeitos envolvidos serão, de um lado, o investidor estrangeiro e, de outro, o Estado receptor; e **(iii)** o direito aplicável será o direito internacional público, sendo o acordo internacional a sua fonte primária²⁸. Até por isso que se diz que, sob a perspectiva do equilíbrio de poderes, ao celebrarem tratados de investimentos e aceitarem serem demandados em arbitragens de investimentos, os Estados delegam autoridade a tribunais arbitrais não apenas para solucionar a disputa sub judice, mas também para interpretar e aplicar políticas públicas à luz das disposições do tratado²⁹.

Às arbitragens de investimentos são atribuídas uma série de benefícios na proteção do investidor privado em face do Estado: **(i)** neutralidade do foro; **(ii)** afastamento do risco político, uma vez que a sua instauração independe da autorização do Estado de origem do investimento; **(iii)** redução do risco de procedimentos paralelos³⁰; **(iv)** mecanismo propício para enfrentamento de discussões técnicas e complexas, como usualmente são as disputas em torno de investimento; e **(v)** garantia da força executiva da sentença arbitral, mediante reconhecimento automático³¹.

28 Luís, Daniel Tavela. *Proteção de investimento estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento (CIRDI) e suas alternativas*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 64.

29 Gomes, Isabela Sperandio. *Os desafios da arbitragem de investimento no contexto de governança global*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. ano 19. p. 45-57. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

30 "Under the ICSID regime, the critical role of the *lex arbitri* has been abandoned in favour of a self-contained system of international justice and national courts of the place of arbitration have no traditional supervisory role. Indeed, ICSID arbitration only intersects with domestic law for the purposes of: (a) seeking a stay of domestic court proceedings brought in breach of an agreement to arbitrate under ICSID and (b) enforcement." (Barbosa, Daniel; Martini, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the Brazilian administration similar to investment-treaty arbitration? Kluwer Law International. 2022. p. 8)

31 "Artigo 53. 1 - A sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser [objeto] de apelação ou qualquer outro recurso, [exceto] os previstos na presente Convenção. Cada parte deverá acatar os termos da sentença, [exceto] se a execução for suspensa em conformidade com as disposições da presente Convenção. 2 - No âmbito dos [objetivos] desta seção, «sentença» incluirá qualquer decisão referente à interpretação, revisão ou anulação da sentença em conformidade com os artigos 50º, 51º e 52º.; Artigo 54 - 1 - Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados. 2 - A parte que deseje obter o reconhecimento e a execução de uma sentença no território de um Estado Contratante deverá fornecer ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade que tal Estado

Além do mais, os tratados bilaterais de investimento se caracterizam pela presença de cláusulas de proteção substantiva ao investidor, como, por exemplo, o standard de tratamento justo e igualitário (*fair and equitable treatment*, no inglês)³², de plena proteção de segurança do investimento (*full protection and security*)³³, e de incidência da cláusula da nação mais favorecida (*most-favored-nation*)³⁴ – garantias nem sempre presentes nas relações contratuais existentes entre investidores e Estados, nas quais a definição do conteúdo do contrato administrativo estão a cargo do Estado.

A despeito desses benefícios, contudo, o sistema de arbitragens de investimento não está imune a críticas e, mais do que isso, a diversas iniciativas que pretendem recalibrá-lo – advindo sobretudo por parte de alguns Estados-membros, que questionam “*diversos fundamentos, desde a ideia pré-concebida (...) de que haveria uma tendência de favorecer ilegítimamente as empresas privadas perante os Estados e de que estes habitualmente perderiam os referidos processos, à invocada falta de imparcialidade e independência dos árbitros, à alegada falta de transparência e publicidade das decisões, à ausência de recurso, entre outros fatores*”³⁵.

tenha designado para este efeito uma cópia da sentença autenticada pelo secretário-geral. Cada Estado Contratante deverá notificar o secretário-geral da designação do tribunal ou autoridade competente para este efeito e informá-lo de eventuais modificações subsequentes a tal designação. 3 – A execução da sentença será regida pelas leis referentes à execução de sentença vigentes no Estado em cujo território deverá ter lugar.” (Convenção de Washington, 1965).

³² “The obligation of States to provide “fair and equitable treatment” to foreign investors is a standard provision in modern BITs and multilateral treaties concerning investment, as well as in some friendship, commerce and navigation treaties. As such, it has become the textual basis for a rapidly growing body of interpretive pronouncements and decisions by arbitral tribunals” (Schill, Stephan. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. International Law and Justice Working Papers, vol. 6, 2019. p. 8).

³³ “The wording of these clauses suggests that the host State is under an obligation to take active measures to protect the investment from adverse effects. The adverse effects may stem from private parties such as demonstrators, employees or business partners or from actions of the host State and its organs including its armed forces. In some cases, tribunals found that provisions of this kind guarantee legal security enabling the investor to pursue its rights effectively.” (Schreuer, Christoph. Full protection and security. Journal of International Dispute Settlement. Oxford University Press, 2010. p. 3).

³⁴ “Under a most-favored-nation (MFN) clause the signatories of a treaty agree to accord each other the same treatment they grant to any other nation. The MFN principle of non-discrimination is ubiquitous in contemporary international economic relations [...] it was incorporated into the emerging field of international investment law, where it has become a “core element of international investment agreements” and is included in most of the more than two thousand bilateral investment treaties (BITs) that comprise the fields.” (Vesel, Scott. Clearing a path through a tangled jurisprudence: most-favored-nation in bilateral investment treaties. Yale Journal of International Law, vol. 32, 2007. p. 128)

³⁵ Teles, Joana Galvão. A reforma europeia dos tratados de investimento: quais as consequências práticas pós-Achmea? Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, 2018, vol. 68. p. 305-320.

Foi justamente neste contexto que emergiu o Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, na sigla em inglês), que, desde 2017, se dedica ao estudo de reformas para o sistema de arbitragens de investimento. As insatisfações de países-membros e que levaram à instauração do grupo de trabalho envolvem, de forma resumida, questões prioritariamente relacionadas (i) às deficiências nas decisões arbitrais, mais especificamente decorrentes da ausência de remédios para responder aos riscos de inconsistência e incorreção nas sentenças, evidenciadas por decisões que seriam contraditórias em casos envolvendo fatos semelhantes; (ii) à indicação de árbitros, mais especificamente à falta de independência e imparcialidade, limitações nos mecanismos de contestações aos árbitros indicados, e questões relacionadas à qualificação dos árbitros; e (iii) ao custo e duração das arbitragens de investimento³⁶.

Para tanto, o grupo de trabalho estuda a adoção tanto de propostas estruturais, como, por exemplo a criação de uma instância recursal, quanto propostas incrementais, que incluem, por exemplo, discussão sobre métodos alternativos para designação de árbitros, possibilidade de aceitação de *counterclaims* pelos Estados demandados, adoção de regras que autorizem tribunais arbitrais a exigir depósito de cauções e garantias para cobrir custos do procedimento, mecanismos para impedir litigância de má-fé, regulamentação de financiamento por terceiros³⁷.

Para além disso, no âmbito da União Europeia, dois movimentos recentes acabaram por enfraquecer ou ao menos questionar a sistemática da arbitragem de investimento dentro do bloco.

Primeiro, no âmbito da negociação do acordo de livre-comércio com o Canadá (*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA*), preteriu-se a adoção da arbitragem de investimento, em detrimento da escolha pela instituição de um tribunal permanente denominado *International Court System*, composto por juízes não togados e submetidos a revisão por instân-

36 Moraes, Henrique Choer. *Em defesa da vanguarda: a participação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre a reforma dos Mecanismos de Solução de Controvérsias Investidor*. Brasília: FUNAG, 2023, pp. 128-129. Disponível em: https://funag.gov.br/biblioteca-nova/pdf/mostraPdf/1/1253/em_defesa_da_vanguarda_a_participacao_do_brasil_nas_discussoes_da_uncitral_sobre_a_reforma_dos_mecanismos_de_solucacao_de_controversias_investidor_estado. Acesso em 01.09.2024.

37 Moraes, Henrique Choer. *Em defesa da vanguarda: a participação do Brasil nas discussões da UNCITRAL sobre a reforma dos Mecanismos de Solução de Controvérsias Investidor*. Brasília: FUNAG, 2023, pp. 130-131. Disponível em: https://funag.gov.br/biblioteca-nova/pdf/mostraPdf/1/1253/em_defesa_da_vanguarda_a_participacao_do_brasil_nas_discussoes_da_uncitral_sobre_a_reforma_dos_mecanismos_de_solucacao_de_controversias_investidor_estado. Acesso em 01.09.2024.

cia recursal³⁸. A decisão tem sido criticada pela doutrina europeia, que, além de apontar desvantagens novo modelo, sugere que a “*mudança de atitude da Comissão parece ter resultado da pressão de certos setores políticos do Parlamento Europeu, (...) seguramente mais dominados por preconceitos ideológicos do que pela racionalidade das suas decisões*”³⁹.

O segundo acontecimento remete ao julgamento de um caso que veio a ficar conhecido como Achmea. Nele, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a cláusula arbitral constante do Tratado Bilateral de Investimento celebrado entre a Holanda e a antiga Checoslováquia em 1991 seria incompatível com o Direito da União Europeia, por violar a sua autonomia, uma vez que as sentenças arbitrais não estariam sujeitas a mecanismos de órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros⁴⁰. Na prática, a decisão significou que os investidores de países da União Europeia só poderão se valer de arbitragens de investimento como mecanismo de resolução de disputas para investimentos realizados fora do bloco – gerando um efeito dominó que levou a maioria dos Estados-Membros da União Europeia a encerrarem os tratados bilaterais de investimentos dentro da União Europeia⁴¹. A decisão proferida no caso Achmea levou a doutrina europeia a apontar que o precedente representaria o fim das arbitragens de investimento entre os países do bloco⁴². Embora se te-

³⁸ Vide artigos 8.27 e 8.28 do CETA, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)). Acesso em 01.09.2024.

³⁹ Barrocas, Manuel Pereira. *Crise na arbitragem de investimento na União Europeia? A questão vista segundo a ótica europeia*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, 2018, vol. 58. p. 277 - 285.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de março de 2018, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>. Acesso em 27.08.2024.

⁴¹ Vide o acordo de cessação dos Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-Membros da União Europeia, assinado em 05.05.2020 por Alemanha, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, França, Grécia, Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Checa, República do Chipre e Roménia. Assim constou do preâmbulo daquele acordo: “*RECORDANDO que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sustentou, no processo C-478/07, Budějovický Budvar, que as disposições constantes de um acordo internacional celebrado entre dois Estados-Membros não podem aplicar-se às relações entre esses dois Estados se forem consideradas contrárias aos Tratados da UE, CONSIDERANDO que, em cumprimento da obrigação que incumbe aos Estados-Membros de assegurar a conformidade do seu quadro normativo com o direito da União, os Estados-Membros devem retirar as devidas consequências jurídicas do direito da União, tal como interpretado pelo acórdão do TJUE no processo C-284/16, Achmea (acórdão Achmea), CONSIDERANDO que as cláusulas de arbitragem nos Tratados Bilaterais de Investimento entre Estados-Membros da União Europeia (Tratados Bilaterais de Investimento intra-UE) são contrárias aos Tratados da UE, pelo que não podem, em razão desta incompatibilidade, ser aplicadas após a data em que a última das partes num tratado bilateral de investimento intra-UE se tornou um Estado-Membro da União Europeia*”. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN). Acesso em 03.09.2024.

⁴² Vide, a título de exemplo: Teles, Joana Galvão. *A reforma europeia dos tratados de investimento: quais as consequências práticas pós-Achmea?* Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, 2018, vol. 68. p. 305-320.

nha notícias de tribunais estatais que, mesmo após a decisão *Achmea*, tenham se recusado a impedir a instauração de arbitragens de investimento intra-União Europeia, a doutrina aponta que eventuais sentenças proferidas nestes procedimentos “*têm pouquíssima chance de serem executadas dentro das fronteiras da [União Europeia]*”⁴³.

Por essas e outras razões, tem ganhado força na União Europeia movimentos de apoio “*à criação de um Tribunal Multilateral de Investimento com jurisdição relativamente a todos os Acordos Internacionais de Investimento celebrados pela União Europeia, conjuntamente com os Estados-Membros, mas também relativamente aos Tratados Bilaterais de Investimento celebrados pelos Estados-Membros*”⁴⁴.

Além desses movimentos recentes na União Europeia, parte relevante da doutrina aponta, também, uma crise de credibilidade das arbitragens de investimento frente aos desafios contemporâneos, sugerindo a necessidade de “*adaptações que garantam a abertura do direito internacional dos investimentos para questões de direitos humanos, de direito ambiental internacional, de direito internacional do trabalho, de proteção da propriedade cultural, entre outros*”⁴⁵.

Especificamente em matéria climática, por exemplo, o emprego das arbitragens de investimento tem sido considerado um dos grandes obstáculos à transição energética disciplinada pelo Acordo de Paris – tratado multilateral em vigor desde 2015 e que endereça as medidas de enfrentamento das mudanças climáticas – “*pois as decisões dos tribunais arbitrais de investimento estariam criando a figura dos poluidores credores (polluters get paid)*”⁴⁶. A saída de diversos países da União Europeia do *Energy Charter Treaty* (ECT) em 2023, sob alegações que os tribunais atenderiam aos interesses das grandes corporações em detrimento de políticas públicas que visassem maior proteção ao meio ambiente, sugere que os mecanismos de solução de disputa poderiam vir a ser um entrave ao enfrentamento dos de-

43 Colin, Nathalie, et al. *A campanha da UE para acabar com a arbitragem investidor Estado intra-UE: incentivando a criatividade do investidor*. Arbitragem internacional em 2024, p. 21. Disponível em: <https://www.freshfields.com/492a44/globalassets/our-thinking/campaigns/international-arbitration/2024/pdfs/arbitration-top-trends-2024--portuguese.pdf>. Acesso em 03.09.2024.

44 Da Palma, Maria João Costa Luz. *A Proteção do Investimento Estrangeiro – Uma Nova Política da União Europeia?* Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Lisboa. Lisboa, 2023, p. 7.

45 Gomes, Isabela Sperandio. *Os desafios da arbitragem de investimento no contexto de governança global*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 73. ano 19. p. 45-57. São Paulo: Ed. RT, abr. jun. 2022.

46 Reis, Iuri. *Jabuticaba ou caviar?* Estadão, 23.04.2024. Disponível em <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/jabuticaba-ou-caviar/>. Acesso em 25.08.2024.

safios climáticos⁴⁷, tornando-se uma nova frente da oposição sofrida pelo sistema ISDS.

Essas implicações têm levado a diversas críticas à legitimidade das arbitragens de investimento enquanto mecanismo de resolução de disputas em nível internacional, fazendo surgir questionamentos sobre *“até que ponto os tribunais arbitrais podem julgar o papel regulatório dos Estados no seu exercício de proteção do interesse público, avaliando medidas econômicas e financeiras destinadas a solucionar crises sociais, ações de proteção do meio ambiente e promoção de direitos humanos, ou até mesmo medidas emergenciais em crises sanitárias, como no caso do enfrentamento da pandemia da Covid-19”*⁴⁸.

A despeito dos diversos benefícios do sistema ISDS, não se sabe qual será o destino das arbitragens de investimento ao longo das próximas décadas, sendo certo que o sistema enfrenta atualmente uma crise que pode levar a importantes transformações estruturais e/ou incrementais.

Nesse contexto, em que a comunidade internacional considera uma recalibração realocação de autoridade em disputas envolvendo arbitragens de investimento⁴⁹ – e parecendo haver algum consenso de que a substituição do regime de arbitragem de investimento pelo reconhecimento de competência exclusiva do Poder Judiciário local é medida indesejada⁵⁰, nos parece propício refletir sobre o modelo brasileiro de arbitragem envolvendo a Administração Pública.

3. A CONSOLIDAÇÃO DAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Durante décadas, a escolha do Brasil em não aderir ao sistema ISDS foi fortemente criticada e apontada – ainda que sem evidências concretas – como

⁴⁷ A título de referência, a União Europeia formalizou em nota oficial sua saída do referido acordo, devido à ausência de compatibilidade entre as metas do Pacto Ecológico Europeu e o Acordo de Paris. Disponível em: consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/06/27/energy-charter-treaty-eu-notifies-its-withdrawal/. Acesso em 28.09.2024.

⁴⁸ Gomes, Isabela Sperandio. Os desafios da arbitragem de investimento no contexto de governança global. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 73. ano 19. p. 45-57. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. p. 4.

⁴⁹ “Due to public and political mobilization against ISDS in several parts of the world, the international investment regime is undergoing far-reaching reforms which might lead to a significant recalibration or even relocation of authority”. Herranz-Surrallés, Anna. *Authority Shifts in Global Governance: Intersecting Politicizations and the Reform of Investor-State Arbitration*. Politics and Governance, vol. 8, nº 1, 2020. p. 344. Disponível em: <https://doi.org/10.17645/pag.v8i1.2651>. Acesso em 01.09.2024.

⁵⁰ Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Potestà, Michele. *European yearbook of international economic law: Investor-State dispute settlement and national courts*. Cham, Suíça: Editora Springer Open, 2020, p. 98. Disponível em https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-44164-7_4#Sec6. Acesso em 01.09.2024.

fator de desestímulo à atração de capital internacional⁵¹. Fato é que, a despeito dessas críticas, nunca houve qualquer movimento político concreto, nos diferentes governos que se sucederam, que pudesse sequer ter alimentado a esperança de que o Brasil abriria mão de suas convicções quanto à soberania nacional e estaria próximo de aderir à Convenção de Washington ou a firmar tratados bilaterais prevendo arbitragem de investimento. Ainda que alvo de críticas por sua exclusão do sistema ISDS, a utilização de um regime de arbitragem comercial envolvendo a Administração Pública tornou-se a única opção verdadeiramente possível do ponto de vista prático no país.

Como se viu, o modelo brasileiro de arbitragens envolvendo a Administração Pública é peculiar. O Brasil não aderiu ao sistema internacional de arbitragens de investimento, optando por um modelo semelhante ao de arbitragem comercial, fundado em disposições contratuais⁵² – as chamadas convenções de arbitragem, que incluem a celebração de cláusulas contratuais compromissórias ou de compromissos arbitrais para submissão de determinados litígios à arbitragem⁵³.

O uso de arbitragens comerciais no Brasil, como se sabe, é regulado pela Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”). O instituto que já era comumente utilizado em disputas comerciais entre agentes privados – sobretudo em demandas complexas e de conteúdo técnico – tem ganhado, na última década, cada vez mais capilaridade também nas disputas envolvendo a Administração Pública.

As razões que levam à escolha da arbitragem como mecanismo de disputa envolvendo a Administração Pública são usualmente as mesmas que motivam a sua escolha por partes privadas⁵⁴: permitir que os litigantes escolham julga-

51 “... ausente um sistema capaz de transferir para uma instituição internacional a jurisdição para conhecer e decidir sobre questões referentes ao tratamento dado pelo Estado receptor ao investimento estrangeiro, ocorrem problemas significativos, os quais podem incrementar o custo da captação de capitais estrangeiros, e no limite, afastar investidores interessados em desenvolver sua atividade no país.” (Fontoura, José; Gabriel, Vivian. O Brasil, ACFIs e arbitragem de investimentos. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Lisboa. vol. 8, 2025, p. 64).

52 Como já se mencionou acima (vide notas de rodapé 10, 11 e 12), embora o Brasil tenha celebrado Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com México, Angola e EUA, não houve aderência ao sistema internacional de arbitragens de investimento de modo mais amplo.

53 Consoante a legislação brasileira, a convenção de arbitragem compreende “a cláusula compromissória e o compromisso, mas continua a manter a distinção entre os dois (...) a cláusula como avença através da qual as partes inserem em determinado contrato a decisão de submeter eventuais e futuras controvérsias à solução de árbitros, enquanto o compromisso arbitral é o negócio jurídico processual através do qual as partes submetem desde logo um litígio – concreto e atual – à solução de árbitros” (CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 3, 2014. p. 135).

54 A diferença, contudo, é que os procedimentos arbitrais entre particulares são, na prática, todos confidenciais, enquanto nas disputas envolvendo a Administração Pública a regra é a

dores especializados e imparciais, estabeleçam o procedimento a ser aplicável, além de proporcionar uma análise mais aprofundada do mérito e uma solução usualmente mais célere que o Poder Judiciário⁵⁵.

Os critérios legais estabelecidos pela Lei de Arbitragem para que a arbitragem seja escolhida como mecanismo de resolução nas disputas envolvendo a Administração Pública são os mesmos aplicáveis aos particulares. A Lei de Arbitragem estabelece, em seu artigo 1º, que as pessoas capazes de contratar podem, livremente optar pela arbitragem para “*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

Embora a utilização de arbitragem pela Administração Pública não seja uma inovação legislativa ocorrida apenas em 2015⁵⁶, a promulgação da Lei nº 13.129/2015 pôs fim às discussões sobre a possibilidade de participação da Administração Pública na arbitragem⁵⁷, prevendo o art. 1º, §1º, que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir

publicidade. A esse respeito, vide: “À Administração Pública direta e autárquica impõe-se o dever de ampla transparência; donde a regra deve ser a larga publicidade dos procedimentos arbitrais, a ser afastada muito excepcionalmente, em decisão justificada e na menor extensão possível, para proteger a intimidade de particulares ou para a tutela da segurança nacional e da soberania. O princípio da publicidade não pode ser aplicado, nessa mesma extensão, às estatais concorrentes, cujos interesses comerciais, sensíveis e estratégicos, são insitos às atividades que lhes cabem explorar” (ACCIOLY, João Pedro. Administração pública e arbitragem: arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos. Tese de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018).

⁵⁵ O tempo médio para processamento de arbitragens em 2022 foi de 19,87 meses, a contar da assinatura do Termo de Arbitragem (Lemes, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2021/2022 realizada em 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PESQUISA-2023-1010-0000.pdf>. Acesso em: 25.08.2024); enquanto a duração média de processos judiciais, segundo os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) é de 4,19 anos (Vide: Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas do Poder Judiciário – dados até 30.06.2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 09.09.2024).

⁵⁶ Antes mesmo da promulgação da Lei nº 13.129/2015, algumas leis setoriais esparsas já autorizavam a prática. Dentre elas, pode-se mencionar (i) a antiga Lei das Licitações (Lei nº 8.666/1993), que embora não autorizasse arbitragem expressamente, previa que aos contratos regidos por aquela lei seriam aplicados, subsidiariamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito público; (ii) a Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/2005), introduzindo expressamente o uso da arbitragem, com sede no Brasil e idioma português; (iii) a Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”); (iv) a Lei nº 10.233/2001, responsável pela criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”); e (v) a Lei nº 11.079/2004, que estabeleceu o regime de parceria público-privada.

⁵⁷ Essas dúvidas existiam, sobretudo, em razão do posicionamento equivocado de que a impossibilidade de a Administração Pública se sujeitar à arbitragem decorreria da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, havia diversos precedentes do Tribunal de Contas da União. Vide, a título de exemplo, (i) TCU, processo nº TC-005.2520/2002-2, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 14.03.2006; (ii) TCU, processo nº 004.031/2003-0, Rel. Min. Adilson Motta, j. 28.05.2003; (iii) TCU, processo nº 003.499/2011-1, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 26.09.2012; (iv) TCU, processo nº 12.178/2005-2, Rel. Min. Weder de Oliveira, j. 29.06.2010; e (v) TCU, processo nº 002.811/2006-6, Rel. Min. Augusto Nardes, j. 06.07.2011.

*conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*⁵⁸. A justificativa do legislador ao colocar pá de cal nas dúvidas sobre a possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos arbitrais vai ao encontro das preocupações externadas no capítulo introdutório deste artigo: privilegiar a racionalidade econômica e a segurança jurídica para investidores nacionais e estrangeiros⁵⁹.

Pode-se dizer que a Lei nº 13.129/2015 surtiu o efeito esperado pelo legislador. Basta dizer que todos os procedimentos arbitrais envolvendo a União e/ou os agentes a ela ligados são supervenientes à promulgação da Lei nº 13.129/2015 – com exceção do procedimento conhecido como “caso Proteus”, iniciado em 2003, mas que restou suspenso por aproximadamente 15 anos, justamente em razão de discussões envolvendo a possibilidade de vinculação da União à arbitragem, vindo a ser sentenciado apenas em julho de 2022⁶⁰.

Esse movimento foi acompanhado pelo desenvolvimento de uma jurisprudência que prestigia e favorece a arbitragem, dando eficácia aos compromissos arbitrais celebrados pela Administração Pública e determinando que, com base no princípio da competência-competência⁶¹ (Lei de Arbitragem, arts. 8º e 20), cabe aos tribunais arbitrais se manifestarem sobre a sua competência⁶².

58 Na sequência da promulgação da Lei 13.129/2015, houve outras leis reforçando a possibilidade de arbitragem pública envolvendo a Administração Pública. Alguns exemplos são (i) a Lei nº 126.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação; (ii) a Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais; (iii) a Lei 13.448/2017, que estabeleceu a Lei de Relicitações.

59 Vide justificativa apresentada no PLS nº 403 de 2013: “Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação do Brasil no cenário internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal. Sempre com a devida cautela, trata da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos firmados por empresas com a Administração Pública, como forma de transmitir confiança ao investidor estrangeiro, notadamente quando se tem em mente grandes obras e eventos de nível mundial”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>. Acesso em: 09.09.2024.

60 Vide sentença arbitral proferida no Procedimento Arbitral FGV 01/2003, envolvendo a Proteus Power Brasil Ltda. e a União Federal, proferida em 20.07.2022. Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/fgv-01-2003-2022-07-20-sentenca-arbitral.pdf>. Acesso em 07.09.2024.

61 Sobre o assunto: “Na seara das arbitragens, o princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), de origem alemã, foi adotado em diversos ordenamentos jurídicos, bem como no âmbito das arbitragens internacionais, para consagrar a noção de que cabe aos próprios árbitros analisar se possuem ou não, à luz da convenção de arbitragem, competência para apreciar e julgar o litígio que lhe é apresentado (...) Embora o princípio da competência-competência não seja regra absoluta e, mais ainda, sua dimensão negativa não seja consagrada por todas as ordens jurídicas, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu aos árbitros competência para decidir sobre a sua própria jurisdição, ao dispor, no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, que ‘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’” (Sacramento, Júlia Thiebaut; Nunes, Tatiana Mesquita. *Medidas “anti-arbitrais” ou pró-arbitragem? Um novo olhar sobre o princípio competência-competência à luz das arbitragens envolvendo entes públicos*. Publicações da Escola Superior da AGU, vol. 16, nº 01, 2024).

62 Vide a título de exemplo alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ): (i) STJ, CC 139519/RJ. Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção, j. 11.10.2017; (ii) STJ, MS 11308/

Apenas para que se tenha uma ideia, segundo o levantamento Arbitragem em Números, coordenado pela Professora Selma Lemes, e que reflete dados das oito câmaras que usualmente concentram os principais procedimentos arbitrais em termos de volume e valores envolvidos⁶³, as arbitragens envolvendo a Administração Pública representaram aproximadamente 8,5% dos 322 procedimentos iniciados em 2021; enquanto, em 2022, os números foram ainda mais expressivos, representando quase 11% das 336 novas arbitragens⁶⁴.

É inegável, portanto, que nas últimas duas décadas, o arcabouço jurídico evoluiu e houve consolidação sobre a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil. A superação das discussões envolvendo a arbitrabilidade subjetiva está longe, contudo, de colocar fim aos desafios que permeiam as arbitragens envolvendo a Administração Pública. Ainda hoje, permanecem questões cujo enfrentamento é essencial para garantir a segurança jurídica e permitir que os procedimentos sejam conduzidos de forma eficiente.

Dentre os temas que costumam a preocupar investidores e gerar insegurança (seja no momento de contratar com a Administração Pública, seja quando da instauração de litígio em face dessa), este artigo abordará, a seguir, dois deles, os quais consideramos serem atualmente os mais relevantes para o aumento da robustez do modelo brasileiro. Primeiro, **(i)** o enfrentamento das (in)definições em torno do conceito da arbitrabilidade objetiva nas disputas envolvendo a administração pública. Na sequência, **(ii)** e a necessidade de discussões acerca das (muitas) regulamentações, inclusive em âmbito infralegal e setorial, que foram (e vêm sendo) editadas nos últimos anos, criando especificidades e condicionantes às arbitragens envolvendo a Administração Pública⁶⁵.

DF. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Seção, j. 09.04.2008; (iii) STJ, REsp 2120940/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.04.2024; (iv) STJ, REsp 2107620/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 19.12.2023.

⁶³ São elas: AMCHAM, CAMARB, Câmara FGV, Câmara FIESP/CIESP, CAM-CCBC, CAM, CBMA e CCI.

⁶⁴ Vide: Lemes, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2021/2022 realizada em 2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PESQUISA-2023-1010-0000.pdf>. Acesso em: 25.08.2024.

⁶⁵ Esses são, certamente, apenas dois dos entraves e desafios que permeiam as arbitragens envolvendo a Administração Pública. Há diversos outros elementos – como, por exemplo, o considerável número de ações anulatórias iniciadas pela Administração Pública. Pela limitação deste artigo, contudo, os autores decidiram focar nos dois elementos acima apenas.

4. OS PRINCIPAIS ENTRAVES E DESAFIOS AO MODELO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM ENVOLVENDO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A. AS (IN)DEFINIÇÕES QUANTO À ARBITRABILIDADE OBJETIVA NAS DISPUTAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PROBLEMA PERSISTE?

Como se viu, nas arbitragens de investimento, são passíveis de resolução as disputas envolvendo investidor estrangeiro e Estado receptor que surjam diretamente do investimento⁶⁶, o modelo brasileiro – contratual e semelhante às arbitragens comerciais – adotou regras próprias, e mais restritivas, para definição da arbitrabilidade objetiva.

Embora haja discussões acerca do conceito de investimento, com natural resistência dos Estados receptores em tentar limitar a sua abrangência⁶⁷, o modelo adotado pelas arbitragens de investimento permite que uma gama maior de litígios seja submetida à arbitragem, quando comparada com o escopo das cláusulas compromissórias e as limitações ao conceito de arbitrabilidade objetiva existentes na Lei de Arbitragem brasileira. Essa diferença acaba sendo uma das vantagens usualmente apontadas pelos doutrinadores que defendem a adesão do Brasil ao regime de arbitragens de investimento.

Delimitar a arbitrabilidade objetiva consiste em saber se determinada matéria pode ser resolvida por arbitragem⁶⁸. O critério está previsto no artigo 1º, caput e §1º da Lei de Arbitragem: podem ser resolvidos por meio da arbitra-

66 “Além de imporem regras substantivas de proteção ao investimento estrangeiro, tais como a obrigação do Estado receptor do investimento de compensar o investidor estrangeiro em casos de expropriação e regras sobre o tratamento conferido ao investimento estrangeiro, os tratados internacionais de investimento, na sua grande maioria, também preveem a possibilidade de o investidor estrangeiro submeter à arbitragem disputas relacionadas às regras de proteção do tratado, constituindo o consentimento prévio do Estado à arbitragem. Com base nesses tratados e o consentimento prévio do Estado receptor, a instauração da arbitragem independe da existência de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais celebrados entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor.” (FIGUEIREDO, Roberto Castro de. As origens do uso da arbitragem como modo de solução de controvérsias em disputas relativas a investimentos. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, 2011. pp. 12-13).

67 “The common ground when it comes to investment treaties is that they govern the protection of ‘investments’ and, therefore, the jurisdiction of tribunals arising out of them is only over ‘investment disputes’. Thus, the definition of the matters that are arbitrable in this system normally relates to what is an investment for the purposes of the applicable treaty.” (Barbosa, Daniel; Martini, Pedro. Two sides of the same coin: to what extent is arbitration with the Brazilian administration similar to investment-treaty arbitration? Kluwer Law International. 2022. p. 9).

68 Arbitrabilidade objetiva difere do escopo da convenção arbitral. Considerando-se que a arbitragem tem na autonomia da vontade a sua pedra fundamental, as partes, ao celebrarem a convenção de arbitragem, podem limitar o seu conteúdo, para que apenas determinadas matérias – patrimoniais e disponíveis – decorrentes daquela relação sejam submetidas à arbitragem.

gem os litígios “relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁶⁹. O critério legal é mesmo para as arbitragens envolvendo apenas particulares (art. 1º, caput) e a Administração Pública (art. 1º, §1º), como já se pontuou acima.

A Lei de Arbitragem, portanto, adotou dois critérios para definição da arbitrabilidade objetiva: a patrimonialidade e a disponibilidade.

São patrimoniais os direitos passíveis de conteúdo econômico, que podem ser monetariamente quantificados – o que é afeto ao regime das obrigações, inclusive para as obrigações que não possuem imediata expressão econômica⁷⁰. No que se refere ao segundo critério, de modo geral, a doutrina entende que são disponíveis os direitos que independentemente de justificações vinculadas, podem ser alienados, transmitidos ou renunciados pelo seu titular⁷¹. Embora a definição conceitual pareça simples, a discussão, no entanto, é mais complexa quando se envolve a Administração Pública.

69 “A arbitrabilidade objetiva no Brasil consiste na adequação do objeto da lide ao conceito de ‘direito patrimonial disponível’, consoante art. 1º da LAB” (Martins, Amanda. *Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. Comitê Brasileiro de Arbitragem vol. VIII, pp. 74 – 107).

70 “Quanto ao primeiro adjetivo da locução em referência, cumpre assinalar brevemente que a natureza patrimonial de um direito não está presente somente na hipótese de o seu conteúdo se traduzir monetariamente. Como bem apontado por Eduardo Talamini, a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”. Para Caio Mário Da Silva Pereira, o objeto de uma obrigação contratual “há de ter caráter patrimonial”, anotando ainda que: “Via de regra e na grande maioria dos casos, a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E, como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente o por via de consequência. Poderá, entretanto, acontecer que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído”. Contudo, o caráter econômico estará presente “ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é insita em toda obrigação”. Nessa ótica, as controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica (ex.: dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, caso tenham repercussões patrimoniais (ex.: indenizações por prejuízos eventualmente causados etc.)” (Aragão, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da Advocacia Geral da União, 2017, nº 03, p. 26).

71 “Por seu turno, o adjetivo “disponível”, na gramática civilista, qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. Nesse sentido, expõe com clareza Pontes de Miranda, ao afirmar que o princípio da disponibilidade “refere-se à capacidade em sentido amplo de o titular do direito [...] poder efetuar a transferência para outra pessoa, o adquirente”. Em idêntica direção, se anota, no campo do Direito Civil, que o “direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito” (Aragão, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da Advocacia Geral da União, 2017, nº 03, p. 27).

Para além dos critérios delineados pela Lei de Arbitragem, o que se tem visto, recentemente, é uma verdadeira profusão de normas que pretendem definir (ou elencar) quais matérias seriam arbitráveis. A mais relevante, sem dúvidas, é a previsão (exemplificativa) constante do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021 (“Lei de Licitações”) ⁷². Há disposições, contudo, na Lei de Relicitação ⁷³, na Resolução nº 5.845/2019 da ANTT ⁷⁴ e em decretos estaduais, como é o caso do Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo ⁷⁵.

O movimento, contudo, é perigoso e passível de críticas. Não apenas porque (i) os critérios para definição da arbitrabilidade objetiva já constam da Lei de Arbitragem; como também porque (ii) “*não há uniformidade no tratamento da arbitrabilidade objetiva por parte das inúmeras normas que vêm sendo editadas para regulamentar a arbitragem*”, de tal forma que “*o panorama atual, de descontrole normativo, não pode ser mais preocupante em termos de segurança jurídica para o investidor*” ⁷⁶. Logo, tentativas de inclusão de requisitos em normas setoriais e/ou com aplicação restrita acabarão por criar requisitos específicos a

72 “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.

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

73 “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: [...] III – o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.” (Brasil. Lei nº 13.448 de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).]

74 “Art. 2º. São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de autocomposição e arbitragem, regulados pela presente Resolução: I – questões relacionadas a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato; III – penalidades contratuais e seu cálculo IV – o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e V – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Parágrafo único. Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima, ou no art. 26-A desta Resolução, poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.” (ANTT. Resolução nº 5.845 de 14 de maio de 2019. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição, a arbitragem e os comitês de prevenção e solução de disputas no âmbito da ANTT.).

75 São Paulo. Decreto nº 64.356 de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte.

76 Torre, Ricardo Giulian Figueira. *Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (in)segurança Jurídica: Reflexões Teóricas e Práticas*. São Paulo: Quarter Latin, 1ª ed., 2024, p. 310.

esses setores ou a um tipo de disputa específica, fazendo surgir diversos “tipos” de arbitragem, conforme a legislação aplicável.

A definição de quais disputas com a Administração Pública podem ser submetidas à arbitragem é um desafio que não decorre, exclusivamente, das recentes e criticáveis iniciativas legislativas sobre o tema, mas também da ausência de definição conceitual sobre o tema – cujas discussões em casos concretos, não raro, acabam por suspender e retardar o trâmite de procedimentos arbitrais. Essa indefinição é, também, reflexo da ausência de consenso na doutrina.

Ao longo dos anos, a doutrina administrativista divergiu quanto aos critérios para identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública. Inicialmente, os esforços se concentraram na diferenciação entre interesse público primário e secundário – critério que, conquanto de valiosa importância ao Direito Administrativo, é de pouca valia para definição da arbitrabilidade objetiva, já que o interesse público é sempre indisponível⁷⁷.

A classificação por muito tempo predominante, contudo, estava na dicotomia entre atos de império – aqueles que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império, não intervindo a vontade dos administrados para sua prática⁷⁸ – e os atos de gestão – aqueles no qual a Administração Pública atua sem qualquer prerrogativa de direito público, despojada de qualquer soberania, em situações que reclamam soluções negociadas⁷⁹. Nessa lógica, seriam arbitráveis os direitos decorrentes da prática de atos de gestão, sendo

⁷⁷ “Há também quem entenda que a arbitragem só é admissível quando verse exclusivamente acerca de interesses públicos secundários (interesses patrimoniais da máquina estatal), conforme a clássica definição de Renato Alessi. Esses autores equiparam interesses públicos secundários a interesses públicos disponíveis, de acordo com o permissivo da atual redação da Lei de Arbitragem. Olvidam, contudo, que no Direito Administrativo os interesses públicos “meramente” secundários também são, por óbvio, indisponíveis, não podendo a Administração Pública simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas” (Aragão, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da Advocacia Geral da União, 2017, nº 03, p. 29).

⁷⁸ “Ato de império nada mais é do que a manifestação de vontade voluntária e intangível da Administração no exercício de sua soberania, onde total desigualdade jurídica reina na relação entre Administração e administrado, a exemplo do que ocorre com a desapropriação por necessidade pública e utilidade pública, ou interesse social, de que dá conta a Constituição da República em seu art. 5º, item LIV.” (Lacerda, Belizário Antônio de. *O mito do mérito administrativo*. Jurisprudência Mineira. Belo Horizonte, a. 63, nº 200, p. 37-50, 2012).

⁷⁹ “O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas” (Aragão, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da Advocacia Geral da União, 2017, nº 03, p. 46).

inarbitráveis as prerrogativas da Administração decorrentes dos seus atos de império para a consecução das finalidades públicas⁸⁰.

Em contraposição a distinção entre atos de império e atos de gestão, parte da doutrina aponta que o critério para definição da arbitrabilidade objetiva envolvendo a Administração Pública está em reconhecer como arbitráveis as matérias contratualizáveis⁸¹. Para os doutrinadores adeptos a essa corrente, “[s]empre que a Administração puder firmar um negócio jurídico sobre determinado direito, os conflitos a ele referentes poderiam ser resolvidos por arbitragem”⁸². Nessa linha, “a arbitragem será cabível, no campo das relações jurídicas com a Administração Pública, quando as pretensões formuladas pelas partes apresentarem natureza patrimonial e forem suscetíveis de disposição contratual – de caráter transacional ou não. A natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica”⁸³. A ideia, portanto, é de que se a Administração Pública pode celebrar contratos e cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, deveria ser possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias decorrentes do contrato.

Paula Butti, contudo, sugere uma releitura do conceito à luz de um direito administrativo menos autoritário e mais consensual, buscando dar enfoque distinto ao de ambas as correntes. Assim, Butti sugere que a definição de arbitrabilidade objetiva a partir da distinção entre atos de império e atos de gestão “acaba por restringir o alcance da arbitrabilidade objetiva, partindo de elementos que vislumbram, seja nas cláusulas regulamentares, sejam cláusulas exorbitantes dos contratos de concessão de serviços públicos, uma natureza jurídica de potestade pú-

80 “Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses ‘indisponíveis’ do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.” (Sundfeld, Carlos; Câmara, Jacintho. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n° 248, 2008. p. 121)

81 “Diante dos limites impostos pela dicção legislativa, a contratualidade parece ser a forma mais adequada de verificar se uma matéria é suscetível ou não de ser apreciada em sede arbitral. E o critério deve ser operado sem dogmas ou recursos a outras dicotomias clássicas; é dizer deve-se pesquisar, empírica e concretamente, se a controvérsia poderia ou não, ante o direito positivo e a jurisprudência dominante, ser objeto de ajuste volitivo entre a Administração Pública e o administrado.” (Accioly, João Pedro. *Administração Pública e arbitragem: arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos*. Tese de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2018).

82 Accioly, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2019, p. 82.

83 Accioly, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2019, pp. 103-104.

blica, não contratual”⁸⁴. Por outro lado, Butti aponta que a definição da arbitrabilidade a partir do critério contratual alargaria demasiadamente o conceito de arbitrabilidade objetiva, já que embora as prerrogativas da Administração incidam sobre a relação contratual, “*algumas delas não são exercidas em decorrência da relação contratual ou do inadimplemento de obrigações contratuais*”⁸⁵.

Butti propõe, assim, que a análise do conceito de arbitrabilidade objetiva seja revisitado, sugerindo que “*seriam arbitráveis os conflitos relativos a prerrogativas da administração pública cujo exercício se encontre motivado por questões internas ao contrato, ou melhor, cujo motivo seja relacionado à execução do contrato e ao adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais; enquanto seriam inarbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas quando motivadas por questões externas ao contrato, para a efetivação de um interesse público futuro, que apenas se revelará à luz de circunstâncias fáticas posteriores à assinatura do contrato*”⁸⁶.

Butti sugere uma análise individualizada das prerrogativas da Administração Pública – a fim de identificar aquelas que se voltam a questões internas do contrato, e aquelas que são exercidas em razão de questões externas⁸⁷. Neste contexto, por exemplo, a prerrogativa de extinção unilateral do contrato para atender ao interesse público seria inarbitrável, enquanto as discussões sobre a indenização ao particular decorrentes do inadimplemento unilateral seriam arbitráveis⁸⁸, por ausência de disponibilidade. Isso porque, o exercício da prerrogativa, nesse caso, não estaria relacionado à execução contratual, não sendo exercido em função de direitos e obrigações previamente assumidos⁸⁹.

Por outro lado, segundo Butti, se a Administração Pública optar por impor uma sanção devido ao inadimplemento contratual do particular (como,

⁸⁴ Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 292.

⁸⁵ Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 292.

⁸⁶ Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, pp. 298-299.

⁸⁷ “Isso leva a uma conclusão relevante. Ao contrário do anunciam as duas principais correntes doutrinárias que, atualmente, buscam identificar a arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, não é possível afirmar, de maneira genérica, que as “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos seriam inarbitráveis, por consistirem em ‘atos de império’ ou, por outro lado, que seriam arbitráveis, uma vez que no âmbito de uma relação contratual a administração pública praticaria tão somente ‘atos de gestão’. As prerrogativas da administração pública demandam uma análise individualizada para que seja possível, então, chegar a uma conclusão a respeito da arbitrabilidade de eventuais conflitos decorrentes de seu exercício”. (Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 231.

⁸⁸ Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, pp. 261-261.

⁸⁹ Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 263.

por exemplo, no caso de caducidade), a análise desse inadimplemento e a decisão sobre a aplicação da sanção seriam arbitráveis. Nesse último caso, “*poderá o tribunal arbitral, à luz do contrato e da legislação vigente, verificando que, apesar das conclusões a que chegou o concedente, inadimplemento não houve, declarar a invalidade do ato administrativo que determinou a extinção do contrato ou que declarou a sua caducidade. As repercussões econômicas da extinção do contrato por inadimplemento ou caducidade serão também arbitráveis, correspondendo ao cálculo de indenizações*”⁹⁰.

A discussão é relevante e tem reflexos práticos, sobretudo em razão do tratamento diverso que vem sendo empregado em casos concretos.

De um lado, pode-se citar, por exemplo, o entendimento louvável (e a nosso ver acertado) que foi empregado no procedimento arbitral iniciado pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A em face da ANTT e da União Federal, em que discutia a responsabilidade pela inexecução do contrato de concessão nº 01/2014 que resultou na decretação de sua caducidade. Naquele caso, o Tribunal Arbitral reconheceu a arbitrabilidade dos pedidos formulados pelas partes, uma vez que eles possuiriam natureza patrimonial e seriam diretamente relacionados ao contrato de concessão em questão⁹¹.

Mas há decisões em sentido oposto – e que preocupam. Um exemplo é o entendimento que prevaleceu no julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”) no âmbito de ação anulatória ajuizada Município de Itu em face Águas de Itu Gestão Empresarial S/A⁹². A arbitragem que deu origem à ação anulatória discutia falhas da concessionária no cumprimento de suas obrigações, o quanto ensejou a edição de decretos de intervenção sobre o serviço, culminando, por fim, em declaração de caducidade, por meio da edição de decreto municipal. O TJSP anulou a sentença arbitral concluindo que a jurisdição arbitral relativa à aplicação de sanções é limitada ao exame de seus reflexos patrimoniais, porquanto irradiadas do exercício do poder de polícia, constituindo prerrogativa indelegável do poder público. Com efeito, na visão do TJSP, não caberia ao Tribunal Arbitral decidir sobre o mérito da aplicação das penalidades no caso, posto que a rescisão unilateral do contrato seria ato irreversível, sendo arbitráveis apenas sobre seus reflexos econômicos.

-
- 90 Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 267
- 91 Procedimento Arbitral 23433/GSS/PFF da Corte Internacional da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Sentença arbitral disponível em: www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-galvao. Acesso em 28.09.2024.
- 92 TJSP, autos nº 1008052-51.2021.8.26.0286, Des. Rel. Coimbra Schmidt, j. 02.10.2023.

A decisão do TJSP – que peca, inclusive, por sua fundamentação esparça – desconsidera que a aplicação das sanções pela Administração Pública em razão do inadimplemento do concessionário e a consequente decisão de encerrar a concessão (caducidade) não são atos alheios ao contrato. Ao contrário, seu pressuposto é exclusiva e invariavelmente a configuração de descumprimento contratual. É o que decorre do regime legal aplicável, que atrela a “declaração de caducidade da concessão” e “a aplicação das sanções contratuais” a um único e mesmo pressuposto: a ocorrência de “inexecução total ou parcial do contrato”⁹³. Afinal, o contrato é o elemento que pode legitimar a aferição do adimplemento das obrigações contratuais e o cabimento de sanções por eventual descumprimento. Logo, ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, sua aplicação não deixa de ser uma relação jurídica-negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. A aplicação da sanção tem como fundamento o contrato.

Outro tema que gera debate diz respeito à arbitrabilidade de disputas relacionadas ao exercício do poder regulatório da Administração Pública. Conquanto a corrente contratualista defenda que apenas as matérias contratuais, e portanto disponíveis, são passíveis de submissão ao juízo arbitral⁹⁴, Butti sustenta que as controvérsias decorrentes do exercício da regulação – assim como aquelas decorrentes da alteração unilateral do contrato administrativo para atendimento do interesse público – seriam inarbitráveis, já que visariam a sua adequação às finalidades de interesse público, sendo decorrente de questões externas e *ex post* ao contrato⁹⁵.

⁹³ Vide art. 38, §4, da Lei Federal nº 8.987/1995: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. [...] § 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.”

⁹⁴ “Como destacado por boa parte da literatura, o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e, assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratuais. Na verdade, como demonstraremos e exemplificaremos adiante, o que deve ser focado para a definição da arbitrabilidade de um direito administrativo é a sua procedência normogenética. Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito *sub judice*, ainda que previsto mediamente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem.” (Aragão, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. Revista da Advocacia Geral da União, 2017, nº 03, pp. 32-33).

⁹⁵ “De fato, no que se refere à arbitrabilidade de escolhas regulatórias, é possível seguir a mesma lógica desenvolvida no item 3.2.4, a respeito da inarbitrabilidade dos conflitos relativos à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público. Assim como a prerrogativa de modificação unilateral do contrato, a regulação busca concretizar o interesse público, que é dinâmico, de forma que a regulação também

O argumento nos parecer suscitar dois desafios para a sua aplicação. Primeiramente, sua conceituação sobre arbitrabilidade objetiva se afiança no rol exemplificativo do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021. Em segundo lugar, como ela próprio reconhece, a Administração Pública pode optar por dar tratamento contratual a questões regulamentares, de tal forma que do “*enquadramento da questão controvertida como sendo decorrente do contrato ou como sendo decorrente da atividade regulatória*”⁹⁶ poderá gerar dúvida – sendo a palavra final a ser dada pelo Tribunal Arbitral, nos termos dos artigos 8º e 20º da Lei de Arbitragem⁹⁷.

O tema, inclusive, já foi enfrentado na prática em algumas ocasiões. O caso mais emblemático é o julgamento conhecido como “Parque das Baleias”, um conflito positivo de competência, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras⁹⁸.

O pano de fundo era o contrato de concessão celebrado pela ANP e pela Petrobras, para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Bloco BC-60, na Bacia de Campos, no Estado do Espírito Santo. Ao longo da vigência do contrato de concessão, a controvérsia surgiu com a emissão pela ANP da Resolução de Diretoria nº 69/2014, ato administrativo pelo qual a ANP entendeu que a Lei nº 9.478/1997 não admite a divisão de um bloco (área licitada) em diversos campos (áreas produtivas do bloco) quan-

é instrumento que operacionaliza a mutabilidade do contrato administrativo, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível. A regulação é instrumento que garante que o contrato, acompanhando as mudanças que o circunda, continue sempre a atender ao interesse público. Conforme já afirmado, o interesse público é mutável e sua identificação, bem como das melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização, apenas é possível em concreto. Nesse sentido, a regulação ex post versa sobre um interesse público futuro e intangível, não sendo revestida de qualquer disponibilidade.” (Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, pp. 280-281).

96 Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, p. 283.

97 “A regulação não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele. As agências reguladoras atuam a partir da sua visão sistêmica, integrando lacunas e inacabamentos com elementos que não eram parte do contrato. Nesse aspecto, as escolhas regulatórias não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133 de 2021. De qualquer forma, é possível que, no caso concreto, diante da interpretação do contrato e da atuação da agência reguladora, surjam dúvidas a respeito do enquadramento da questão controvertida como sendo decorrente do contrato, ou seja, decorrente de uma regulação ex ante, ou como sendo decorrente da regulação ex post. Em muitos casos, apenas a análise do caso concreto poderá apresentar respostas para a questão, o que poderá ser feito pelos árbitros, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.307, de 1996. E, em concluindo pela última hipótese, o tribunal arbitral poderá resolver as eventuais controvérsias relativas ao potencial desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133 de 2021.” (Butti, Paula Cardoso. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2023, pp. 311-312).

98 Trata-se do conflito de competência nº 139.519-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. j. 11.10.2017.

do houver compartilhamento de equipamentos na produção. Dessa maneira, a Resolução atingiu diretamente o Contrato de Concessão celebrado com a Petrobras, visto que a resolução determinou a unificação de todos os campos anteriormente arrematados, criando um único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte). Com efeito, a ANP rejeitou os múltiplos Planos de Desenvolvimento apresentados pela Petrobras, ordenando-a a apresentar um Plano de Desenvolvimento unificado.

Segundo o entendimento da Petrobras, como consequência da unificação dos campos do Parque das Baleias, haveria substancial elevação das receitas governamentais, de tal forma que a Resolução teria sido mudado as regras do jogo após 16 anos de vigência do contrato, com intuito arrecadatário. Nesse contexto, a arbitragem foi iniciada pela Petrobras a fim de obter a declaração de nulidade da Resolução nº 69/2014. O conflito positivo de competência surgiu quando a ANP tomou ciência da instauração da arbitragem e ajuizou ação anulatória, batizada de “*anti-suit injunction*”, perante a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, pleiteando a anulação do procedimento arbitral.

Em linhas gerais, o Estado do Espírito Santo sustentou que o objeto da disputa seria inarbitrável por se tratar de direito indisponível, na medida em que a Resolução de Diretoria nº 69/2014 era matéria estranha ao âmbito de aplicação da cláusula compromissória. Já, a ANP argumentava que a cláusula compromissória apenas incide sobre disposições puramente sinalagmáticas, o que diferiria da controvérsia sob análise, que versaria sobre ato administrativo que interpretou dispositivo legal, bem como que o litígio envolvia direito indisponível, pois o ato administrativo editado pela ANP seria inerente ao exercício de sua atividade regulatória, qualificando-o como ato de polícia administrativa.

A Petrobras, por sua vez, argumentava que a Resolução nº 69/2014 estava diretamente relacionado às cláusulas econômicas do Contrato de Concessão e teria desfeito Planos de Desenvolvimento aprovados e executados, para além e interferir na forma de como os concessionários delimitavam seus campos. A Petrobras enfatizou que não desconhece que a ANP é uma agência reguladora e, logo, detém poder de polícia. Entretanto, sustentou que a atividade fiscalizatória da ANP não desnatura a arbitrabilidade das disputas oriundas dos contratos de concessão celebrados com a agência reguladora.

Por maioria, a Primeira Seção do STJ decidiu conhecer do conflito de competência e declarou competente o Tribunal Arbitral⁹⁹. De forma geral, o

⁹⁹ Quanto ao desfecho do caso, a ANP e a Petrobras celebraram acordo, pondo fim à controvérsia tanto na esfera arbitral quanto judicial. Diante disso, o Tribunal Arbitral não chegou a decidir se a questão relativa à Resolução de Diretoria nº 69/2014, que determinou a unificação

acórdão acatou os principais argumentos aduzidos pela Petrobras, assim como acresceu em seus fundamentos as lições doutrinárias que distinguem duas formas de atividade econômica do Estado – atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Diante disso, o acórdão consignou que “sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público”¹⁰⁰, reconhecendo a “convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública e o interesse público”¹⁰¹.

A definição dos contornos acerca da arbitrabilidade objetiva, como se viu, consiste em um dos principais temas de debate nas arbitragens envolvendo a Administração Pública no modelo brasileiro e definições claras a seu respeito passam a ser essenciais para garantir a segurança jurídica e a efetividade nas disputas com a Administração Pública em que as partes elegeram a arbitragem como mecanismo de solução de disputas.

B. AS (MUITAS) REGULAÇÕES RECENTES ENVOLVENDO A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A QUEM INTERESSA?

As indefinições acerca do conceito de arbitrabilidade objetiva não são o único entrave ao modelo brasileiro de arbitragem envolvendo a Administração Pública. Após a reforma da Lei de Arbitragem em 2015, o país tem presenciado uma profusão normativa que tem criado uma série de requisitos e particularidades à arbitragem envolvendo a Administração Pública. Justificadas, por vezes, por interesses políticos, essas medidas têm causado um excesso de regulamentação que pode impactar a autonomia privada do particular e a arbitrabilidade objetiva.

O primeiro exemplo é a exigência de que determinada matérias apenas poderiam ser submetidas à arbitragem se esgotada a discussão na instância administrativa. Nesse sentido, por exemplo, tanto a Lei de Relicitação quanto o Decreto nº 10.025/2019 – que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário – preveem a exigência

dos campos, era objetivamente arbitrável ou não. Por óbvio, o Judiciário também não se pronunciou sobre a questão em eventual anulação. Nesse sentido, restou apenas o acórdão do STJ proferido no conflito de competência aqui comentado, favorável à arbitrabilidade objetiva da matéria, que nos parece a posição mais acertada.

100 Acórdão do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, p. 51.

101 Acórdão do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.10.2017, p. 1.

de decisão administrativa definitiva para o processamento de arbitragens envolvendo a Administração Pública. Isto é, “*introduziram um novo requisito de arbitralidade objetiva, ou condição da ação (interesse de agir), ao condicionar o início da arbitragem ao esaurimento prévio da instância administrativa*”¹⁰².

A tese já vinha tentando ser aplicada pela Administração Pública em arbitragens, mesmo quando a Lei de Relicitação e o Decreto nº 10.025/2019 não eram aplicáveis e não havia qualquer disposição na cláusula compromissória nesse sentido. Felizmente, há registros de que a tese defendida pela Administração Pública vem sendo acertadamente rejeitada pelos tribunais arbitrais¹⁰³.

Diz-se “felizmente” porque a condicionante é, ao ver dos autores deste artigo, inconstitucional – pois limita o direito de ação, ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁰⁴. Tanto é assim que o STJ possui entendimento consolidado de que o não esgotamento da esfera administrativa não impacta o interesse de agir do particular¹⁰⁵. Não apenas isso, a medida pode ser bastante ineficiente, já que pretende que o particular (investidor) se submeta ao moroso procedimento administrativo, mesmo quando esse já pode antecipar um desfecho desfavorável, colocando em xeque a celeridade e a segurança jurídica do instituto da arbitragem.

Outro exemplo é a previsão de que os custos da arbitragem deveriam ser antecipados obrigatoriamente pelo particular – em uma tentativa de se criar, na arbitragem, um paralelo com o processo judicial. Em alguns casos, o texto normativo exige a antecipação de custos caso o particular tenha iniciado a arbitragem¹⁰⁶; na maioria, contudo, a previsão é incluída indiscriminamen-

¹⁰² Torre, Ricardo Giulian Figueira. *Arbitragem com a Administração Pública Brasileira e a (In)segurança Jurídica: Reflexões Teóricas e Práticas*. São Paulo: Quarter Latin, 1ª ed., 2024, p. 310.

¹⁰³ Vide, a título de exemplo, a Ordem Processual nº 4, proferida no procedimento arbitral nº 24957/GSS/PFF, em que contende, de um lado, a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A., e, de outro, a ANTT e a União Federal: “Assim, este Tribunal Arbitral entende por maioria que – em relação ao Contrato de Concessão objeto desta arbitragem – não há necessidade de esgotamento das vias administrativas para que seja instaurado o procedimento arbitral e, portanto, não se verifica a alegada falta de interesse de agir para quaisquer dos pedidos feitos pela MSVIA, observando-se a divergência parcial exposta ao final da decisão.”. Disponível em <https://portal.antt.gov.br/ms-via-24957/gss/pff>. Acesso em 19.09.2024.

¹⁰⁴ “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁰⁵ A título de exemplo, tem-se os julgados: STJ, REsp 1275859/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27.11.2012; STJ, REsp 1680482/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 02.03.2018; STJ, AREsp 988480/MS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16.02.2017.

¹⁰⁶ “Artigo 4º – A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias. § 1º – As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: 1. a capital do Estado de São Paulo como a sede da arbitragem; 2. a escolha das leis da República Federativa do Brasil como sendo a lei aplicável, vedado o julgamento por equidade; 3. a adoção da língua

te, repassando o ônus ao particular¹⁰⁷. As previsões refletem o que já acontecia na prática, seja em razão da inclusão legítima, porém criticável, de previsão neste sentido nos editais e contratos de concessão; seja por determinação da Administração Pública quando se faz necessária a celebração de compromisso arbitral.

Como não poderia ser diferente, a prática tem sido objeto de duras críticas pela doutrina, já que a medida isenta a Administração Pública, que concorreu em instituir a arbitragem como mecanismo de disputa, de fazer frente aos custos no curso do procedimento, impondo ao particular o ônus de arcar com os valores e, se obtiver sucesso em seu pleito, vir a receber os valores via regime de precatórios, em prazo longo e, por vezes, incerto – desvirtuando a previsão do artigo 21, §2º, da Lei de Arbitragem¹⁰⁸ e prejudicando os particulares em detrimento da Administração Pública. Nesse sentido, cria-se um cenário de elevada onerosidade para o particular, o qual poderia ser mitigado com uma redistribuição esculpida de maior isonomia¹⁰⁹. Tal prerrogativa da Administração Pública tende a elevar os valores cobrados pelo particular, pois os riscos assumidos serão traduzidos na precificação do serviço ou bem ofertado¹¹⁰.

Essas medidas, contudo, não são as únicas. Pode-se citar, ainda, as disposições do Decreto 10.025/2019 que (i) estabelecem prazos mínimos para a Administração Pública nas arbitragens¹¹¹; e (ii) cancelam à Administração

portuguesa como o idioma aplicável à arbitragem; 4. a eleição do juízo da comarca sede da arbitragem como competente para o processamento e julgamento das demandas correlatas ou cautelares, quando cabível; 5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem; 6. a composição do tribunal arbitral por três membros, indicados de acordo com o regulamento da câmara arbitral indicada, podendo ser escolhido árbitro único em causas de menor valor ou menor complexidade; 7. a vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se por analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015). [...] Artigo 5º - Cabe à Procuradoria Geral do Estado, por meio de sua Assistência de Arbitragens, atuar em todas as etapas do procedimento arbitral."

107 Vide, a título de exemplo, o artigo 9º do Decreto nº 10.025/2019: "Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral."

108 "Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento."

109 Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, 2016. p. 15.

110 Oliveira, Rafael; De Souza, Lucas Carvalho. Regulamentações da arbitragem pela Administração Pública em âmbito infranacional: um estudo crítico e comparativo. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 192-194.

111 "Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I – o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; II – o prazo máximo de vinte e quatro meses para

Pública o veto sobre a escolha do particular de prosseguir com uma instituição dentre as câmaras arbitrais já previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União¹¹². Esses são outros exemplos de investidas do Poder Executivo em regulamentar, via Decreto e de forma ilegítima, medidas que caberiam exclusivamente às partes e seus procuradores.

Como se vê, portanto, após a reforma da Lei de Arbitragem em 2015, houve uma onda de iniciativas temerárias envolvendo arbitragens com a Administração Pública. Diversas das condicionantes positivadas recentemente podem vir a desvirtuar o texto da Lei de Arbitragem, aumentar os custos de transação, potencializando o cenário de insegurança jurídica e colocando em xeque a celeridade dos procedimentos arbitrais.

5. CONCLUSÃO

Em um modelo de desenvolvimento em que o Estado desempenha papel relevante em grandes projetos, a arbitragem é parte elementar da equação econômico-financeira de grandes projetos no Brasil, sendo, com efeito, tema de grande relevância para os agentes que decidem investir no país. Nesse contexto, é indiscutível que a proteção do ordenamento pátrio às arbitragens envolvendo entes públicos evoluiu – e isso pode ser (e tem sido) notado por investidores, incluindo-se os estrangeiros. Depois de décadas de discussões sobre a necessidade do Brasil em adotar o modelo ICSID – e sem que o país tivesse feito qualquer sinalização em concreto nesse sentido –, pode-se dizer que hoje, enfim, o modelo brasileiro de arbitragem com a Administração é uma realidade consolidada. A reforma da Lei de Arbitragem de 2015, os inúmeros procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública e a existência de uma jurisprudência pró-arbitragem nos principais Tribunais (incluindo-se o STJ) são provas concretas dessa realidade.

Em um cenário internacional em que – pouco a pouco, mas cada vez mais – se discute a efetividade e a legitimidade das arbitragens de investimento, o

a apresentação da sentença arbitral, contado a data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses."

¹¹² "Art. 11. A convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo contratado, dentre as câmaras credenciadas na forma prevista no art. 10.

§ 1º A administração pública federal poderá, no prazo de quinze dias, manifestar objeção à câmara escolhida, hipótese em que a parte que solicitou a instauração da arbitragem indicará outra câmara credenciada, no prazo de quinze dias, contado da data da comunicação da objeção."

modelo brasileiro pode vir a servir de inspiração – ao menos que, por ora, para discussões e reflexões teóricas.

Este artigo evidenciou, contudo, que o modelo brasileiro, embora tenha evoluído, ainda está permeado de desafios, seja pela incerteza da definição do conceito de arbitrabilidade objetiva, que se reflete tanto nas discussões doutrinárias sobre o tema, quanto na sua aplicação prática por tribunais arbitrais e pelo Poder Judiciário; seja em razão da profusão de normas recentes que pretendam regulamentar o instituto acabaram por criar prerrogativas e condicionantes ilegítimas (e, por vezes, inconstitucionais) à arbitragem envolvendo a Administração Pública, com o único de beneficiar os entes públicos, em detrimento dos particulares.

Essas práticas, como se viu, podem colocar em xeque a celeridade e a segurança jurídica que são tão caras ao instituto da arbitragem. Além disso, elas escancaram que as arbitragens com a Administração Pública ainda estão sujeitas a investidas políticas indesejadas no âmbito normativo. Logo, para que se garanta a solidez do modelo de arbitragem brasileiro, é necessário que o Estado proteja e promova os princípios basilares da arbitragem, sobretudo para se frear o ímpeto em regular indevidamente as arbitragens que envolvem os entes públicos.