



AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E O LIMITE MÍNIMO DA PUBLICIDADE NAS CONTROVÉRSIAS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE Y EL LIMITE MÍNIMO DE LA PUBLICIDAD EN LAS CONTROVERSIAS QUE ENVOLVIEN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

¹Tamírames de Almeida Damásio Soares

RESUMO

Este trabalho tem como escopo examinar as vantagens e desvantagens da adoção do procedimento arbitral no que diz respeito às controvérsias que envolver o Poder Público, bem como compreender a satisfação das regras e princípios próprios do regime de Direito Público, especificamente sob o enfoque do princípio da publicidade, adequando tais especificidades ao instituto da arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129/2015. O tema foi explorado a partir da verificação de necessidade de evolução e desenvolvimento do instituto da arbitragem na hipótese de a Administração Pública litigar como parte, sem tolher-lhe as principais características.

Palavras-chave: Arbitragem, Resolução de controvérsias, Administração pública, Princípio da publicidade

RESUMEN

Este trabajo tiene el objetivo de examinar las ventajas y desventajas de adoptar el procedimiento de arbitraje en litigios con el Poder Público, así como entender la satisfacción de las normas y principios del régimen de derecho público, específicamente bajo el principio de la publicidad, satisfaciendo las características específicas del instituto de arbitraje, en conformidad con la Ley nº 9.307 / 1996, recientemente modificada. El tema fue explotado a partir de la necesidad de verificación de la evolución y desarrollo del instituto de arbitraje en el caso de la Administración Pública forma parte, sin inhibir sus principales características.

Palabras-claves: Arbitraje, Resolución de conflictos, Administración pública, Principio de la publicidad

¹ Mestre em Direito Público (Esfera pública, legitimidade e controle) pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC, Minas Gerais (Brasil). E-mail: tamirames@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

A participação do Poder Público na arbitragem privada tem sido alvo de intenso debate por estudiosos. Notadamente, com o advento da edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, restou assentada a possibilidade de a Administração Pública submeter litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis à via arbitral. No entanto, a tendência contemporânea de solucionar controvérsias independentemente da intervenção do Poder Judiciário importa na análise das peculiaridades inerentes ao regime de Direito Público diante da autonomia conferida às partes no procedimento arbitral, por sua vez, inerentes ao regime de Direito Privado.

A arbitragem é um mecanismo heterocompositivo e que tem se mostrado apto a oferecer decisão técnica sobre controvérsias de alta complexidade, em tempo adequado.

Inicialmente, será estabelecido um panorama geral da arbitragem, com as vantagens e desvantagens em ser adotado o referido mecanismo para solução de controvérsias nos casos em que a Administração Pública for parte litigante, passando pelo exame das peculiaridades procedimentais da arbitragem e pelas características e princípios norteadores da atividade administrativa.

Em seguida, serão examinados os contornos mínimos relativos à publicidade na hipótese de a Administração Pública optar por submeter-se à arbitragem, observando-se detidamente a possibilidade de os procedimentos arbitrais serem conduzidos sob sigilo, quando estabelecido entre particulares.

O desafio desta pesquisa compreende a investigação e desconstrução dos óbices invocados para negar a plausibilidade de o Estado submeter-se à arbitragem, por meio da discussão das vantagens e como tem sido e deve ser realizada a adoção do referido método de solução de controvérsias pela Administração Pública diante dos princípios e pressupostos jurídicos que alicerçam toda e qualquer ação estatal.

Portanto, pretende-se, por meio do presente estudo, analisar como as Câmaras de Arbitragens e a Administração Pública têm satisfeito o princípio da publicidade nos procedimentos arbitrais.

O princípio da publicidade está perfeitamente alinhado ao modelo bem-sucedido do Estado Democrático de Direito e destina-se ao cumprimento de duas funções precípuas: propiciar acesso aos cidadãos das informações acerca de condutas omissivas ou comissivas praticadas pela Administração Pública ou, ainda, condutas praticadas por agentes privados



quando na gestão do Erário Público, e garantir ao cidadão o direito à verificação da lisura dos atos praticados pelo administrador.

Nesse contexto, propõe-se a alteração paradigmática da satisfação do princípio da publicidade na arbitragem na hipótese de as controvérsias envolverem a Administração Pública.

Utilizou-se para a elaboração desta investigação, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída de livros e artigos científicos, embora a pesquisa documental também tenha sido realizada por meio de documentos como reportagens de jornais, revistas, relatórios de pesquisa, entre outros.

2 A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atual temática relativa à “crise da justiça” ou “crise do Poder Judiciário” não é tão recente quanto se pensa. Deveras, o exagerado número de demandas que o Poder Judiciário recebe todos os dias influencia diretamente na eficiência da atividade jurisdicional, que, por causa de sua morosidade, contribui para a preservação de situações de injustiça e infelicidade pessoal dos jurisdicionados (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p.32). Desde a época em que eram aplicadas as Ordenações do Reino já se percebia a preocupação dos governantes com a celeridade e efetividade processual. Não obstante, não se identifica na literatura período histórico sequer em que o Poder Judiciário tenha atendido de maneira plena aos interesses da sociedade (MOREIRA, 2007, p.369).

Entretanto, a “crise do Poder Judiciário” não encontra as suas raízes precipuamente na legislação processual, tampouco na estruturação organizacional do referido Poder. Considerando-se a quantidade de novas ações que diariamente são submetidas ao Poder Judiciário, a solução imposta é a adoção de medida mais drástica, revelada pela mudança de lógica da própria sociedade. O remédio que se apresenta mais adequado é que se previna a submissão de litígios ao Judiciário. Trata-se, portanto, de exigência de mutação cultural: deve-se tentar identificar de maneira precisa os contornos do litígio ou da pretensão resistida pelas partes e perseguir a solução consensual do conflito.

No entanto, para que a referida mutação cultural seja alcançada, o próprio Poder Público deve fomentar exemplarmente essa lógica. Vale mencionar, a título de ilustração, que em Portugal, a Resolução nº 175/2001, expedida pelo Conselho de Ministros, orientou o setor público, em linha geral, a utilizar a arbitragem. Constou destas orientações que:



O reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré, quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa (CONSELHO DE MINISTROS, 2001).

A tendência contemporânea de consensualização da atividade administrativa tem, cada vez mais, incentivado a utilização de soluções extrajudiciais de conflito, seja prevenindo o próprio litígio, seja resolvendo-o em esfera diversa do Poder Judiciário.

Desse modo, supõe-se que a eleição da arbitragem como método de solução de controvérsias derivadas de contratos administrativos apresenta-se como técnica eficaz e necessária ao atendimento dos anseios sociais.

2.1 Panorama geral da arbitragem

A arbitragem pode ser conceituada como um meio extrajudicial de solução de controvérsias no qual as partes, em comum acordo e amparadas nos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, optam por submeter determinado litígio a um terceiro (árbitro) ou a várias pessoas (Tribunal Arbitral). O mencionado acordo realizado entre as partes (convenção de arbitragem, entendida como gênero que abrange as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral) impede, em primeiro plano, que o litígio seja também submetido ao Poder Judiciário. Desse modo, este último apenas poderá conhecer da controvérsia em momento posterior, importa dizer, na hipótese de anulação ou em defesa (embargos de devedor) à execução da sentença arbitral. Tal possibilidade se alinha, inclusive, com a previsão constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/1988).

O caráter jurisdicional da arbitragem é também amparado pela previsão disposta no art. 31 da Lei nº. 9.307/1996, que estabelece que a decisão prolatada por esse árbitro ou Tribunal produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, se recobrando da garantia constitucional da coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, da CF/1988, e, se condenatória, será admitida como título executivo judicial, conforme inteligência dos arts. 31 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e art. 515, VII da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).



Notadamente, árbitro, por ser juiz de fato e de direito, encontra-se munido de amplos poderes instrutórios (art. 22 da Lei nº 9.307/1996). No entanto, por faltar-lhe os poderes de império (emprego da força), inerentes ao juiz togado, pode prescindir da cooperação do Poder Judiciário a fim de que eventual medida de urgência seja executada, por exemplo.

Por fim, ressalte-se que as partes apenas estão autorizadas a adotar a arbitragem nos casos em que a matéria objeto do litígio se relacionar a direito patrimonial disponível, conforme previsão do art. 1º da Lei de Arbitragem.

2.2 Arbitragem e processo estatal: Aspectos favoráveis e desfavoráveis

Em última análise, os principais aspectos favoráveis à utilização da arbitragem são fundados na ampla autonomia de vontade concebida às partes, característica esta precípua e peculiar ao referido método de solução de problemas.

2.2.1 Celeridade

A primeira vantagem da utilização da arbitragem em relação ao processo estatal é, sem dúvida, a celeridade. Sobre o tema, José Eduardo Carreira Alvim destaca:

Dentre as grandes vantagens da arbitragem está em poderem as partes convencionar o prazo em que querem obter uma sentença sobre a controvérsia submetida a julgamento dos árbitros, o que jamais se pode esperar do juízo judicial (ALVIM, 2008, p.145).

Nessa mesma linha de raciocínio, Selma Ferreira Lemes sustenta que a arbitragem é mais célere que o processo judicial por três principais motivos: o árbitro possui mais tempo para se dedicar ao exame do caso do que um juiz togado; as regras processuais são mais flexíveis no procedimento arbitral; e, por fim, podem ser eleitos árbitros que disponham de conhecimento técnico acerca do conflito, o que facilitará o deslinde do litígio, pela melhor compreensão da matéria (LEMES, 2007, p.175-176).

Em regra, a decisão arbitral será proferida no prazo convencionado pelas partes (art. 23, *caput*, da Lei nº 9.307/1996). No entanto, caso não haja previsão sobre o prazo de prolação da sentença, ela deverá ser apresentada pelos árbitros em seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Destaca-se, nessa questão, a peculiaridade de as partes serem autorizadas a prorrogar o prazo inicialmente estipulado para a entrega da sentença, desde que tal alteração seja



realizada em comum acordo, conforme previsão do art. 23, §2º da Lei nº 9.307/1996, com a redação alterada pela Lei nº 13.129/2015. Por outro lado, a sentença arbitral que for proferida após o prazo estabelecido será invalidada (art. 32, VII da Lei nº 9.307/96). Tal dispositivo se justifica em função dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Observa-se que a Lei de Arbitragem criou mecanismos hábeis para determinar, com precisão, o termo final para a prolação da decisão arbitral, alinhando o procedimento à garantia constitucional que assegura a todos a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Portanto, a previsibilidade em relação à prolação da decisão se apresenta como elemento favorável à eleição da via arbitral, que, em comparação ao processo estatal, ainda se destaca pela regra da irrecorribilidade.

2.2.2 Escolha da lei aplicável

Outra vantagem do procedimento arbitral é a possibilidade de as partes determinarem a lei que será aplicável à resolução da controvérsia, conforme disposição do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996. Nesse ponto, cumpre elucidar que as partes possuem a liberdade de escolher não apenas a lei material - internacional ou nacional - que será aplicada ao caso concreto, mas também a lei processual a que o litígio será submetido, ou seja, as regras procedimentais que serão obedecidas pelas partes e pelo árbitro, desde que compatíveis com a ordem pública, com os bons costumes e com os princípios informadores do procedimento arbitral.

No entanto, a mencionada liberdade de escolha das regras não poderá ser aplicável nos litígios em que o Poder Público for parte. A melhor demonstração de tal constatação é que, havendo o litígio entre o particular e o Poder Público, o árbitro restará impedido de decidir com base em juízo de equidade, vez que, nesse caso, haveria claro desrespeito ao princípio constitucional da observância da estrita legalidade pela Administração Pública, previsto no art. 37, *caput*, da CF/1988 (FERREIRA NETO, 2008, p.35).

A recente alteração da Lei nº 9.307/1996, realizada pela Lei nº 13.129/2015, assentou tal questão, ao prever expressamente no art. 2º, §3º, que a arbitragem que envolver a Administração Pública será sempre de direito.

Nesse mesmo sentido, o art. 9º, *caput*, do Decreto – Lei nº 4.657 de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), dispõe que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Assim, nos casos em que o Poder Público



for parte, deve-se atentar à imposição de que o árbitro não poderá julgar em sentido diferente daquele previsto no Direito positivo brasileiro.

2.2.3 Flexibilidade do procedimento arbitral

A flexibilidade do procedimento arbitral é mais uma característica atinente ao processo arbitral. No processo judicial, a regra é a indisponibilidade do procedimento e, sendo assim, a liberdade das partes no tocante à alteração das regras processuais constitui exceção e deve necessariamente estar autorizada em lei (CINTRA, 2007, p. 344).

O art. 21 da Lei nº 9.307/1996 contempla a possibilidade de as partes flexibilizarem o procedimento arbitral. Do referido dispositivo, conclui-se que as partes possuem três opções de escolha para determinação do procedimento arbitral. São elas: criar procedimento especial para o caso concreto; utilizar as regras de órgão arbitral institucional, entidade especializada ou o Código de Processo Civil; atribuir ao árbitro ou ao tribunal arbitral a opção de escolha do procedimento pelo qual será regida a arbitragem.

Ressalte-se que em qualquer das hipóteses sugeridas deve ser observado o princípio do devido processo legal, conforme inteligência dos arts. 5º, LIV e LV da CF/1988 e art. 21, §2º da Lei nº 9.307/1996. Sobre o assunto, o autor Pedro Antônio Batista Martins salienta que “[...] em hipótese alguma poderá ser violado o devido processo legal. Tanto o processual quanto o substantivo. É um bem jurídico de titularidade de toda e qualquer pessoa. É uma garantia de direito natural” (MARTINS, 2008, p. 236).

Neste sentido, na arbitragem há ampla liberdade de escolha conferida às partes e ao árbitro em relação à fixação, condução e adequação do procedimento arbitral às peculiaridades do caso concreto, o que não se vislumbra no processo estatal.

2.2.4 Escolha do árbitro

Além das características já mencionadas, aspecto que merece relevante importância é a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes (art. 13, §3º, da Lei nº 9.307/1996).

A lei estabelece apenas dois pressupostos relacionados à escolha do árbitro, que impõe que o julgador seja pessoa capaz e detenha a confiança das partes. A capacidade referida no art. 13, *caput*, da Lei de Arbitragem é a mesma capacidade civil disciplinada no Código Civil. Tal exigência justifica-se em razão da própria natureza da função do árbitro, que exige capacidade, maturidade intelectual, dignidade e ética.



Não existe qualquer restrição no tocante à nacionalidade do árbitro escolhido, o que significa dizer que as partes podem optar por eleger árbitro estrangeiro para julgar a controvérsia.

A escolha do árbitro pelas partes induz duas principais vantagens do processo arbitral quando comparado ao judicial: a primeira é relativa à segurança em relação ao julgamento. No processo arbitral, as partes terão a possibilidade de escolher um profissional conhecido pelas mesmas, uma pessoa na qual elas tenham confiança em atribuir o julgamento da sua causa, enquanto no processo judicial, em regra, o julgador será pessoa totalmente estranha às partes. Dessa forma, a tendência lógica é que as partes sintam-se mais seguras e confiantes quanto à imparcialidade, dedicação, competência e independência do julgador no litígio.

A segunda vantagem, apesar de se relacionar diretamente com a primeira quanto à competência, refere-se à possibilidade de escolha do árbitro considerando-se a tecnicidade dos julgamentos, ou seja, a qualificação técnica dele. Assim, há predisposição de que sejam escolhidos julgadores que detenham o conhecimento técnico especializado na matéria objeto do contrato em que nasceu a controvérsia. Essa margem de escolha, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, permite que a decisão seja tecnicamente mais adequada e mais precisa do que aquela que seria prolatada pelo juiz togado.

Carmona, nesta linha de raciocínio, assevera que:

A liberdade das partes para escolher árbitros permite que a nomeação recaia sobre pessoas dotadas do necessário conhecimento, o que lhes permitirá resolver os complexos problemas econômicos, jurídicos e técnicos trazidos pelos litigantes, pois não há dúvida que é sempre melhor designar árbitros que sejam *experts* na matéria por si mesmos (CARMONA, 1993, p.75).

O procedimento arbitral é, portanto, indicado principalmente para resoluções de litígios que envolvam grande complexidade técnica ou, ainda, como bem destacado por Carlos Alberto Carmona, para “resolver complexos problemas econômicos” (CARMONA, 1993, p.75).

Nesse ponto, cumpre mencionar que a nomeação de julgador dotado de profundo conhecimento técnico especializado, hábil, portanto, a resolver a controvérsia, não exclui o direito de os litigantes solicitarem a designação de perito para realizar o trabalho técnico. O que ocorrerá, no caso, é que o julgador restará apto a interpretar o laudo produzido e a indicar quesitos que realmente serão substanciais ao deslinde da controvérsia.

Cândido Rangel Dinamarco também não se afasta desse entendimento explicitado, ao afirmar que:



A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem ter, ele próprio, familiaridade com a matéria (DINAMARCO, 2001, p.07).

Nesse diapasão, acredita-se que a possibilidade de os litigantes nomearem o árbitro que deverá realizar minucioso exame dos documentos e argumentos de cada uma das partes, bem como que detenha os conhecimentos técnicos necessários à resolução do conflito é, juntamente com a celeridade, uma das maiores vantagens que o procedimento arbitral oferece em relação ao judicial.

2.2.5 O custo do procedimento arbitral

A experiência brasileira quanto à utilização da arbitragem ainda é recente. Principalmente, no que diz respeito ao custo-benefício econômico da eleição da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Portanto, a ideia defendida nesse trabalho é de que a análise relativa à escolha da via arbitral deve ser pontual e realizada com base na ponderação de custos envolvidos no caso concreto.

O autor José Carlos Barbosa Moreira pondera que a arbitragem nem sempre se apresenta como meio sedutor de resolução de problemas para o litigante comum, entendido, nesse caso, como pessoa física de condições econômicas médias. A verdade é que o cidadão, além de poder requerer à justiça estatal o benefício da assistência judiciária, também poderá usufruir do serviço prestado pela Defensoria Pública para obter acesso justo ao Poder Judiciário. Tais recursos não existem no âmbito da arbitragem. Por isso, a utilização da arbitragem é mais constante nos conflitos em que as partes são entidades economicamente poderosas. (MOREIRA, 2007, p. 376).

No que diz respeito ao custo da arbitragem em contratos administrativos, a autora Selma Ferreira Lemes entende que ela é mais vantajosa que o processo judicial. Para a autora,

Em todos os tipos de contratos administrativos firmados pela Administração Pública Direta e Indireta, que tenham como objeto concessões, parcerias público-privadas, fornecimento de bens, execução de serviços, a inclusão de cláusula compromissória representa diminuição no custo da transação (LEMES, 2007, p.188).



Assim, o entendimento defendido neste estudo é de que a Administração Pública deverá analisar o custo-benefício da utilização da arbitragem de maneira que não será considerado tão somente custo econômico, imputado ao Erário Público, mas também as consequências que os cidadãos poderão vir a suportar na hipótese de a controvérsia ser submetida ao Poder Judiciário. Nesse contexto, o Poder Público, no exercício máximo do princípio da boa Administração, deverá zelar pela eficiência.

A autora Selma Lemes confirma o raciocínio de que a eleição pela utilização da arbitragem deve ser analisada pela relação custo-benefício, “[...] pois esses valores podem ser diluídos e considerados pequenos em razão do negócio e da insegurança em aguardar anos por uma decisão judicial”. (LEMES, 2007, p.173).

A título de ilustração, vale trazer os cálculos do custo da instituição da arbitragem junto ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC): considerando-se uma arbitragem na qual a requerente indique aos seus pedidos o valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) e a requerida na resposta ao requerimento de instituição de procedimento apresente pedidos contrapostos que correspondam ao valor de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), aplicando-se a regra geral para cobrança de taxas de administração e honorários dos árbitros, considerar-se-á o valor em disputa total indicado pelas partes, ou seja, R\$102.000.000,00 (cento e dois milhões de reais), de maneira que cada um dos litigantes deverá pagar, no total, o valor mínimo de R\$488.600,00 (quatrocentos e oitenta e oito mil e seiscentos reais), sendo R\$118.800,00 (cento e dezoito mil e oitocentos reais) devidos pela taxa de administração + R\$367.800,00 (trezentos e sessenta e sete mil e oitocentos reais) relativos à remuneração do tribunal composto por três árbitros + R\$2.000,00 (dois mil reais) referentes à taxa de registro (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, 2015).

Os custos da utilização do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM) são calculados de forma diversa da CCBC. Nessa câmara o cálculo não é realizado com base no valor da causa, mas o preço total da instituição da arbitragem variará de acordo com as horas despendidas pelos árbitros no exame do litígio e com o tempo de duração do procedimento arbitral. Observa-se: considerando-se o período de seis meses de desenvolvimento do procedimento arbitral e a atuação de três árbitros com o mínimo de 10 horas trabalhadas cada um, cada litigante (não sócio) pagará, no mínimo, o valor de R\$15.205,00 (quinze mil, duzentos e cinco reais), sendo R\$1.330,00 (um mil, trezentos e trinta reais) correspondentes à taxa de registro de início de procedimento + R\$5.100,00 (cinco mil e cem reais) referentes às mensalidades que deverão ser pagas enquanto durar o



procedimento + R\$8.875,00 (oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais) devidos pelos honorários arbitrais (CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO, 2014).

Desse modo, não há como ignorar a repercussão econômica que a escolha pela arbitragem causará. A Administração Pública deverá considerar que em algumas situações o valor do litígio não será razoavelmente adequado com a eleição de determinada câmara arbitral, pelo custo atribuído à utilização da mesma. Por outro lado, as outras características, mencionadas anteriormente neste capítulo, associadas às necessidades dos cidadãos e aos princípios norteadores da atividade da Administração poderão se sobrepor ao elemento custo, de modo que a adoção da arbitragem poderá ensejar uma minimização dos riscos e dos custos da transação.

Portanto, pode-se concluir que o custo da adoção da arbitragem merecerá importante e minucioso exame da Administração, visto que, em alguns casos, o procedimento arbitral poderá, pelo fator custo, tornar-se inviável.

3 PROCEDIMENTO ARBITRAL, A CONFIDENCIALIDADE E O LIMITE MÍNIMO DA PUBLICIDADE NAS CONTROVÉRSIAS ORIGINADAS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A arbitragem, quando pactuada entre particulares, permite que, consensualmente, os litigantes restrinjam a publicidade dos atos e informações constantes no processo. Trata-se de relevante elemento do procedimento arbitral, já que o processo estatal é, em regra, atingido pelo princípio da publicidade, característica esta que o torna público, salvo nos casos em que seja aplicável o denominado segredo de justiça, conforme inteligência dos arts. 93, IX, da CF/1988 e 189, do Código de Processo Civil vigente.

No tocante às hipóteses de aplicabilidade do segredo de justiça, vale destacar a nova redação conferida ao art.189 da Lei nº 13.105/2015. O mencionado dispositivo legal do novo Código de Processo Civil autoriza a tramitação em segredo de justiça de ações judiciais “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral¹, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

A possibilidade de restringir a publicidade dos atos ou de instituir a confidencialidade como um dos elementos que compõem o regramento do procedimento a que se submeterá o litígio justifica-se em razão de que as partes poderão sentir-se mais

¹ Sobre a “carta arbitral” confere-se o art. 260, *caput* e §3º, da Lei nº 13.105/2015.

confortáveis para confiar aos julgadores informações íntimas, relacionadas a segredos profissionais ou comerciais, intimidades corporativas, informações relativas à condição econômica da pessoa jurídica, entre outros dados que seriam relevantes à resolução da controvérsia, mas que, caso se tornassem de conhecimento público, poderiam acarretar prejuízos.

Apesar de alguns autores defenderem, como José Emilio Nunes Pinto, que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral (PINTO, 2005, p. 35-36), o entendimento sustentado neste trabalho é de que a restrição à publicidade, em modo geral, não é elemento obrigatório, mas sim faculdade atribuída aos litigantes particulares.

Sobre o assunto, o autor José Emílio Nunes Pinto pondera que:

Não se pode afirmar que o dever de sigilo não se aplique de forma alguma; o que ocorre é que ele é temperado pelo interesse público inerente à Administração. O princípio da publicidade estará devidamente observado e satisfeito na medida em que reportem as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral envolvendo pessoa jurídica de direito público ou, ainda que de direito privado, mas integrante da Administração, como as sociedades de economia mista, aos órgãos de controle interno e de controle externo da Administração, neste último caso, os Tribunais de Contas. Assim sendo, o princípio da publicidade não elimina a privacidade que caracteriza os atos do procedimento arbitral, os quais continuam restritos aos que dele participam. Invocar o princípio da publicidade para além desses limites será 'violar o dever de sigilo ao qual todos estão adstritos (PINTO, 2005, p.35-36).

Todavia, deve-se aclarar sobre o posicionamento ora defendido. O entendimento compartilhado é de que a faculdade relacionada à confidencialidade deverá ser restringida quando o Poder Público for parte do procedimento arbitral. Isso porque a Administração Pública não poderá afastar as previsões legais, tampouco se distanciar dos princípios e interesses públicos primários. A publicidade, além de ser um dos princípios estruturantes da atividade da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/1988), é também interesse público primário que o Poder Público não pode deixar de perseguir, inclusive para que seja concretizado o direito fundamental à boa administração, como discorrido adiante.

3.1 O princípio da publicidade no procedimento arbitral à luz da Lei nº 13.129/2015: Limite mínimo

A recente alteração promovida na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 dirime parte da polêmica que paira sob a questão da confidencialidade nos litígios em que a Administração Pública for parte. O art. 2º, §3º, da Lei nº 13.129/2015 previu que a arbitragem



respeitará o princípio da publicidade. Portanto, a polêmica recai somente sob como o princípio da publicidade será satisfeito no procedimento arbitral.

O princípio da publicidade está consagrado no art. 37, *caput*, da CF/1988, e seu conteúdo é inerente ao modelo bem-sucedido do Estado Democrático de Direito. Tal princípio tem como fim precípua conferir máxima transparência às atividades estatais, o que imputa ao Estado o dever de expor a sua atividade administrativa sem nada ocultar, salvo nas situações em que o sigilo seja necessário.

Neste ponto, vale ressaltar que apesar de ser facultada às partes, na via arbitral, a adoção de sigilo, quando a arbitragem envolver a Administração Pública, a regra é inversa.

Wallace Paiva Martins Júnior discorre de forma aprofundada sobre as funções do princípio da transparência no Estado Democrático de Direito, ao afirmar que:

O princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da dignidade da pessoa humana, restauração da confiança na Administração Pública (pelas possibilidades de acesso e participação), parâmetro do controle da fidelidade do devido processo legal administrativo, garantia dos direitos dos administrados, recuso de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 47).

Ainda de acordo com o mencionado autor, o princípio da publicidade não se exaure com a mera divulgação do ato administrativo aos cidadãos, após a sua concretização pela Administração Pública. Na verdade, o referido princípio vincula o Poder Público em todas as fases do ato administrativo, o que importa dizer que estará presente na elaboração da decisão administrativa, na motivação e, por fim, na sua execução (GUEDES, 2008, p. 241- 266).

Carlos Ari Sundfeld esclarece que:

Compreende a publicidade administrativa como mais do que a mera exteriorização do ato. O princípio não se limita à exposição da decisão, devendo o Poder Público agir de modo aberto, não se restringindo essa ação à simples notificação. A publicidade no aparelho estatal é, dessa forma, princípio básico e abrangente em um Estado Democrático, que favorece o seu indispensável controle (SUNDFELD, 2001, p.177 e ss.).

Essa linha de pensamento também foi chancelada por Celso Bandeira de Mello, que, amparado nos estudos de Renato Alessi, ratifica a lógica de que o atendimento ao princípio da publicidade não se restringe à expressão pública final do ato, que deve ser exposto por inteiro, vale dizer, deve ser demonstrado todo o processo realizado pela Administração, a fim de que toda a atividade seja conhecida pela comunidade (SUNDFELD, 2001, p. 450).



Juarez Freitas prefere se referir ao princípio da publicidade como sendo o da “máxima transparência”, concebendo-o como dever de que a Administração atue sem omitir algo aos cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a “atuação fiscalizatória da cidadania”. De acordo com o autor, o poder somente será legítimo se o Estado for capaz de motivar os seus atos, tornando-os público, ou seja, transparentes (FREITAS, 2004, p. 56).

Por fim, ressalta-se que o princípio da publicidade, em harmonia com os princípios fundamentais, alicerces do Estado Democrático de Direito, exerce, no âmbito do Direito Administrativo, duas funções igualmente importantes: a primeira propicia a todos os participantes da comunidade o poder de acesso às informações acerca de condutas omissivas ou comissivas praticadas pela Administração Pública ou, ainda, condutas praticadas por agentes privados quando na gestão do Erário Público, enquanto a segunda garante ao cidadão o direito à verificação da lisura dos atos praticados pelo administrador.

Neste sentido, defende-se, na presente pesquisa, a possibilidade de ser estabelecida pelas partes (Administração Pública e pessoa jurídica de Direito Privado) restrição de publicidade quanto a determinadas informações. Cumpre elucidar que tais informações somente poderão ser relacionadas à intimidade da pessoa jurídica de Direito Privado, como, por exemplo, dados relativos à condição econômica da pessoa jurídica contratada. Note-se que a confidencialidade apenas poderá ser convencionada para informações e dados estranhos à Administração Pública e, ainda assim, a restrição à publicidade não importará em sigilo absoluto, a ponto de tornar o procedimento insindicável. O processo arbitral garante às partes, a seus procuradores e órgãos de controle o direito de consultar os autos e obter dados do procedimento, desde que sejam respeitados os contornos da confidencialidade convencionada pelas partes.

A fim de melhor ilustrar a polêmica que envolve a publicidade, vale mencionar o “caso Guggenheim”. A questão principal do processo referia-se à impossibilidade de estipulação de cláusula de sigilo em contrato celebrado pela Solomon R. Guggenheim Foundation e o Município do Rio de Janeiro, visando a instalação de museu. Nesse julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a ação popular que pleiteava a anulação do mencionado contrato, decidiu que “[...] Revela-se atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula na qual se exige o sigilo na arbitragem, não podendo o Município a ela se submeter ante a indisponibilidade do direito em discussão, traduzindo em atentado à soberania quedar-se o componente da Federação, genuflexo, às leis alienígenas” (RIO DE JANEIRO, jul. em 29.10.2003).



Mostra-se digno de destaque o fato de que, havendo impugnação da sentença ou da convenção arbitral perante o Poder Judiciário, a restrição de publicidade eventualmente convencionada pelos litigantes poderá ser sacrificada em razão da regra geral da publicidade que norteia o processo estatal. Entretanto, o mencionado sacrifício não ocorrerá se as questões dispostas no caso estiverem em consonância com as hipóteses que justifiquem a determinação pelo magistrado de que o processo estatal se desenvolva em segredo de justiça, conforme previsão do art. 189, *caput*, e incisos I, III e IV, do Código de Processo Civil.

Não obstante, propõe-se, no presente estudo, que o princípio da publicidade impõe que as Câmaras Arbitrais designadas a dirimir controvérsias oriundas de contratos administrativos disponibilizem os atos (petição inicial, eventual decisão interlocutória, provas, sentenças e demais peças relevantes) e as movimentações do procedimento arbitral em um acervo *online*, onde seja possível a consulta por qualquer cidadão, tal como ocorre na maioria dos Tribunais de Justiça.

No entanto, em pesquisa aos sítios eletrônicos das Câmaras de Arbitragem ANCHAM e Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB), verificou-se que nenhuma das Câmaras ora apontadas possuem uma lista ou um mecanismo de pesquisa hábil em informar quais os procedimentos arbitrais envolvem a Administração Pública, tampouco disponibilizam o acervo dos atos procedimentais.

Já o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), publicou a Resolução Administrativa nº. 02/2016, a qual dispõe, no art. 3º, que “poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM/CCBC” (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, 2016). Em consonância com a disposição da Resolução Administrativa acima mencionada, observa-se que o CCBC disponibiliza, em seu sítio eletrônico, a listagem dos procedimentos arbitrais nos quais a Administração Pública Direta é parte litigante. Todavia, informa que ainda não possui acervo online ou mecanismos de divulgação das decisões arbitrais para consulta de jurisprudência.

Tais dados demonstram a necessidade de que as Câmaras Arbitrais se adequem à alteração promovida na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 e atendam de maneira eficaz o princípio da publicidade, respeitando os contornos mínimos exigidos nos procedimentos em que a Administração Pública for parte litigante.

Nota-se que o emprego da arbitragem nas relações que envolvem o Poder Público, diferentemente de como ocorre entre agentes privados, merece obedecer a algumas peculiaridades, ou seja, observar determinados pressupostos jurídicos inerentes a toda e qualquer ação estatal, ainda que em condições e limites mínimos, a fim de que o seu fim precípua seja satisfeito.

4 CONCLUSÃO

A reconhecida morosidade do Poder Judiciário e a transformação constante no campo empresarial, exteriorizada pela agilidade na celebração de relações negociais e transações, requer inovações e superação de mecanismos de resolução de conflitos que não se alinham a tais necessidades.

A arbitragem, munida de institutos fundados na consensualidade e autonomia da vontade, torna-se cada vez mais um mecanismo eficaz a dirimir conflitos de alta complexidade, que exigem do julgador conhecimento técnico e a solução em um prazo razoável e adequado. Outras vantagens, inerentes à via arbitral, como a possibilidade de escolher o árbitro que conduzirá e julgará a controvérsia e a oportunidade de se obter maior controle sobre a publicidade das informações das pessoas jurídicas contratadas pela Administração Pública conferem maior confiança e tranquilidade às partes.

Todavia, no campo do Direito Administrativo, a adoção e o modo como deve ser conduzida a arbitragem nos casos em que litiga o Poder Público ainda é bastante controvertida, o que dificulta o desenvolvimento e evolução deste mecanismo de solução de conflito diante do mencionado campo do Direito e restringe a aproximação entre o Estado e a coletividade.

O desafio dessa pesquisa foi o de discutir as vantagens e desvantagens da utilização da via arbitral, atentando-se à satisfação de regras e princípios próprios do regime de Direito Público, especialmente o princípio da publicidade, na solução de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública.

A propósito da primeira questão, concluiu-se que a submissão de litígios à arbitragem traduz diversas vantagens à Administração Pública e também à pessoa jurídica contratada, se alinhando às necessidades impostas pela sociedade, que requerem maior celeridade, bem como pelo conceito moderno do Direito Administrativo, importa dizer, o Direito Administrativo participativo.



Tal conceito pode ser observado, sobretudo, no contexto de reforma da Administração Pública, com as privatizações de empresas e serviços públicos, pelo uso de estratégias de governo indireto ou por delegação, assim como pela colaboração estabelecida entre o Poder Público e os particulares, inerente à contratação na modalidade de Parceria Público-Privada (PPP). É nesse contexto de Direito Administrativo participativo que a arbitragem passa a se tornar mais eficiente no âmbito da Administração Pública, pois propicia a satisfação de uma estratégia de maior alcance na condução e gestão dos negócios estatais.

No tocante à segunda questão, relativa à maneira como o procedimento arbitral deve ser estruturado e conduzido, realizando-se os princípios e observando os parâmetros próprios da disciplina jurídica do Direito Público, sobretudo o princípio da publicidade, mas, contudo, sem retirar as características diretamente relacionadas à arbitragem, como a agilidade, funcionalidade e a confiança estabelecida entre as partes, conclui-se que a publicidade pode ser mitigada em relação às informações íntimas e corporativas da pessoa jurídica de Direito Privado, portanto, estranhas à Administração Pública e aos interesses dos cidadãos, e ainda, que os atos e as movimentações procedimentais do litígio devem estar disponíveis para consulta de todo e qualquer cidadão da maneira mais razoável e facilitada, alinhada com a prática social e aos costumes da sociedade, ou seja, eletronicamente, por meio de sítio eletrônico da Câmara Arbitral designada.

Conforme descrito no decorrer do presente trabalho, apenas o sítio eletrônico de uma das Câmaras Arbitrais analisadas possui menção à alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015, diante da exigência da publicidade e estabeleceu a obrigatoriedade de constar, em seu *site*, uma listagem dos procedimentos arbitrais em trâmites que envolvem a Administração Pública. Entretanto, verificou-se que a consulta aos atos e movimentações procedimentais das controvérsias em que o Poder Público figura como parte, apenas encontram-se disponíveis para verificação do cidadão, pessoalmente.

Portanto, observou-se, por meio de pesquisa aos *sites* das principais Câmaras Arbitrais Brasileiras que a questão da publicidade ainda merece maior desenvolvimento, a fim de que o mencionado princípio, em discussão neste trabalho, seja adequadamente efetivado.



REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- AMARAL, Paulo Osternack. **A concessão de medidas urgentes em processo arbitral envolvendo o Poder Público**. Revista de Processo, São Paulo, n. 157, mar.2008.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- CAMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL BRASIL. Belo Horizonte: CAMARB, 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO. **Tabela de custas e honorários**. São Paulo: Amcham, 2014.
- CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Tabela de despesas e calculadora**. São Paulo: CCBC, 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- CONSELHO DE MINISTROS. Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001. Portugal: Conselhos dos Julgados de Paz, 2001. **Diário da República**, 28 dez. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional**. **Revista Jurídica**: Porto Alegre, n. 290, dez.2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FREITAS, Juarez. **O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos**



paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *In:* MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual.** Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação,** São Paulo, n. 6, jul./set. 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 13ª Câmara Cível, **AI 2003.002.07839,** Rel. Des. Ademir Pimentel, jul. em 29.10.2003.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. O déficit jurídico da infraestrutura brasileira. **Jornal O Estado de São Paulo,** 06.08.2014.