

REVISTA ELETRÔNICA

COMITÊ DE JOVENS ARBITRALISTAS | CBMA



V. 2 | N. 1 | 2023

REVISTA ELETRÔNICA

COMITÊ DE JOVENS ARBITRALISTAS | CBMA

V. 2 | N. 1 | 2023

Comissão Organizadora

Aluísio de Freitas Miele
Breno Catão
Bruna Maria Pereira Menoncin (Coord.)
Ian Velásquez Fins
Lucas Soares Costa (Coord.)

Conselho Editorial

Alberto Jonathas Maia
Aluísio de Freitas Miele
Bruna Vieira Esteves dos Santos
Felipe Franceschi Buoro
Felipe Varela Mello
João Leandro Pereira Chaves
Laudilene Magda Duarte Colodetti
Orlando José Guterres Costa Jr.
Rafael Belitzck Ferreira
Simone Cristine Araújo Lopes

Presidente do CBMA

Gustavo da Rocha Schmidt

Presidente do CJA

Thaís Freire de Vasconcellos

Vice-Presidentes do CJA

Bruna Maria Pereira Menoncin
Gabriela Fragoso
Júlia Guedes
Matheus dos Santos
Mauriane Medeiros Sandes

REVISTA ELETRÔNICA

COMITÊ DE JOVENS ARBITRALISTAS | CBMA

V. 2 | N. 1 | 2023

**Revista Eletrônica do Comitê de Jovens
Arbitralistas do CBMA.** Rio de Janeiro: CJA-
CBMA, v. 2, set., 2023.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta edição deve ser utilizada ou reproduzida - independentemente do meio ou forma - nem armazenada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização do CJA/CBMA.

As posições expostas nos artigos não se confundem com a posição institucional do CJA/CBMA ou do CBMA, assim como de qualquer outra instituição a que se vinculem os Autores.

CJA
Comitê de Jovens
Arbitralistas

CBMA
CENTRO BRASILEIRO DE
MEDIÇÃO E ARBITRAGEM

APRESENTAÇÃO

O Comitê de Jovens Arbitralistas do CJA/CBMA anuncia com entusiasmo o lançamento da segunda edição de sua Revista Eletrônica.

O projeto, concebido pela Diretoria Acadêmica do Comitê, tem como principal propósito estimular a produção e o desenvolvimento acadêmico de seus membros. Nesta segunda edição da Revista Eletrônica, estamos honrados em apresentar uma série de conteúdos relevantes e de qualidade.

A primeira edição da Revista Eletrônica teve como destaque os Grupos de Estudos do CJA/CBMA, cujos integrantes enriqueceram suas páginas com debates sobre a arbitragem e sua relação com diversas áreas do Direito, tais como o Direito Desportivo, o Direito Tributário, a Administração Pública e a Infraestrutura, entre outras.

Já nesta segunda edição, buscamos reunir artigos que abordem os temas mais pertinentes discutidos na comunidade arbitral. Além disso, temos o prazer de inaugurar uma série inédita, a qual trará entrevistas com reconhecidos especialistas da área de arbitragem no Brasil, enriquecendo ainda mais o conteúdo da revista.

O projeto da Revista Eletrônica teve seus primeiros traços delineados em 2019, contando com a dedicação contínua de diversos membros ao longo do tempo. Expressamos nossa sincera gratidão a todos que, com sua dedicação, tornaram possível a realização deste projeto. Em especial, agradecemos à Comissão Organizadora, representada pela Vice-presidente da Diretoria Acadêmica, Bruna Menoncin, ao coordenador do projeto, Lucas Costa, aos editores Aluísio Miele, Breno Catão e Ian Velásquez, assim como aos membros do Conselho Editorial que aceitaram e superaram este desafio.

Não podemos deixar de reconhecer o imprescindível apoio do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, representado pelo seu Presidente, Gustavo Schmidt. Sua constante motivação em relação aos projetos ligados à produção acadêmica dentro do Comitê tem sido fundamental, ao oferecer a estrutura necessária para a realização destas iniciativas.

Esperamos que, assim como na primeira edição, os trabalhos aqui publicados sirvam como convite à reflexão sobre o presente e o futuro da arbitragem, não apenas no Brasil, mas também em âmbito global.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Thaís Freire de Vasconcellos
Presidente do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA

SUMÁRIO

ENTREVISTA COM GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT - PRESIDENTE DO CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA) E PROFESSOR DA FGV DIREITO RIO	4
CONFIDENCIALIDADE, SIGILO E TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 4.290/21 (Mariana Teixeira Muratori)	11
APLICABILIDADE DO <i>THIRD PARTY FUNDING</i> NO DIREITO BRASILEIRO (Marina Silva Caramuru)	28
ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: DA ORIGEM AOS PROJETOS DE LEI N.º 4.257/2019 E N.º 4.468/2020 (Kauê Henrique Neto e Gustavo Henrique Olescki)	48
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM ARBITRAGENS DOMÉSTICAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (Caio Viana de Barros Thomé e Carolina Marcondes Fraga)	64
A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE QUANTO A APLICAÇÃO DO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NAS EXECUÇÕES FISCAIS (Maria Carolina Leitão Monteiro de Barros)	85
A ESCOLHA DOS ÁRBITROS NA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ANGOLA E BRASIL (Ismael Fiaça e Maria Luisa Cito Alves)	105
ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA LUSO-BRASILEIRA BREVES APONTAMENTOS (Aline Manfrin)	123
PROCESSO COMO NEGÓCIO: IMPACTOS DO <i>THIRD PARTY FUNDING</i> NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS (Ester Luiza Capistrano de Oliveira, Pedro Paulo FariasBarros Queiroz da Costa e Vitória Alves de Mello)	142
CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA SUB-ROGAÇÃO (Rafael Henrique Reske, Lucas Salazar Serena e Ana Laura Almeida de Moura)	157

ENTREVISTA COM GUSTAVO DA ROCHA SCHMIDT - PRESIDENTE DO CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA) E PROFESSOR DA FGV DIREITO RIO

1) Quais são todos os desafios da arbitragem hoje no Brasil para esse método alternativo de solução de conflitos crescer e passar a ser mais utilizado pelas empresas?

A arbitragem, em geral, tem funcionado bem no Brasil. A ampliação do uso da via arbitral depende de uma mudança cultural. É essencial popularizar o instituto, reduzir os custos financeiros envolvidos e desenvolver uma cultura extrajudicial de solução de conflitos. Mais harmônica e menos beligerante. O país precisa romper com essa cultura da judicialização.

2) O uso da arbitragem tem crescido no Brasil?

O uso da arbitragem tem crescido exponencialmente no Brasil, como revela a pesquisa da Professora Selma Lemes (Arbitragem em Números). Só no CBMA, houve um crescimento de cerca de 300% no número de arbitragens, desde 2015. De fato, a arbitragem pode servir como um importante instrumento para redução dos custos de transação no Brasil, ante a celeridade na solução dos conflitos e a especialização dos árbitros escolhidos pelas partes. Dito de maneira diferente, por ser mais rápida e especializada, a sentença arbitral ganha em previsibilidade, seja no tempo (já que se sabe que uma arbitragem demora cerca de 2 anos para chegar ao final), seja quanto ao próprio resultado do processo (já que é possível antecipar, com mais facilidade, como um especialista vai julgar a causa). Isso gera mais segurança jurídica, tornando contratos mais eficientes e preços contratuais mais razoáveis.

3) Quais mudanças estão sendo discutidas e ainda podem acontecer na legislação e na jurisprudência com relação à arbitragem?

O Projeto de Lei 3293/2021 propõe mudanças relevantes na Lei de Arbitragem, em três frentes diferentes. Primeiro, pretende reduzir o número de causas que um árbitro pode assumir. Segundo, pretende mudar o parâmetro para o exercício do dever de revelação dos árbitros. Terceiro, pretende romper com a confidencialidade das sentenças arbitrais, tornando-as

públicas. A intenção subjacente ao PL 3293 parece ser boa, mas o remédio aplicado, ao invés de curar as possíveis enfermidades diagnosticadas, tende a matar o paciente.

Vou falar sobre o dever de revelação mais adiante. Neste momento, vou me ater aos dois outros temas, separadamente:

- De fato, é crítica frequente na comunidade jurídica a de que os árbitros estão assoberbados de casos e que, por isso, não conseguem entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável. Algumas arbitragens (poucas, registre-se) estão demorando demais, às vezes quatro ou até cinco anos. Ocorre, contudo, que restringir o número de casos por árbitro, para um máximo de 10 arbitragens simultaneamente, em nada vai assegurar que os procedimentos vão tramitar de forma mais célere. Vale lembrar que o árbitro pode ser advogado em inúmeras causas, tanto judiciais, como de arbitragem; pode ser contratado para fazer pareceres e consultorias; pode ter outras frentes de trabalho, inclusive fora do ambiente jurídico. Logo, a restrição proposta, longe de equacionar o problema identificado, em nada indica que o árbitro escolhido terá mais disponibilidade para a causa em que for nomeado. Fora isso, existe aquela velha máxima que diz o seguinte: “se você quer que algo seja feito, peça a quem está muito ocupado”. Competência e capacidade de trabalho não se medem por disponibilidade de tempo. Os grandes profissionais são, exatamente, aqueles que estão assoberbados de trabalho. Quem muito trabalha é quem, em geral, entrega resultados. Por isso, a nomeação dos árbitros, em geral, segue um critério qualitativo, de credibilidade, de respeitabilidade, de expertise. Árbitros são (e devem ser) escolhidos porque são reconhecidos como os maiores especialistas no tema. E não porque são disponíveis. No final do dia, a limitação proposta (de 10 arbitragens por julgador) só servirá para prejudicar as partes, impossibilitando-as de escolher o nome de sua preferência para julgar a causa, em desrespeito à autonomia da vontade, ao livre exercício de ofício, labor e profissão e à regra do art. 5º, XII, da Constituição. Representaria uma ingerência indevida na autonomia privada, sem qualquer benefício para o bom funcionamento do instituto.

- A publicização das sentenças arbitrais envolve uma outra preocupação igualmente relevante para a comunidade jurídica: dar maior transparência às arbitragens e criar uma jurisprudência arbitral, o que contribuiria, ao final, para aumentar a segurança jurídica na utilização do instituto. Ocorre que a confidencialidade é reconhecida como uma das grandes vantagens do uso da arbitragem. Isso porque protege segredos comerciais, segredos industriais e informações confidenciais e estratégicas para as companhias. Mais do que isso, protege o

próprio mercado de capitais. Não se pode ignorar que as arbitragens, em geral, envolvem valores milionários, ou até mesmo bilionários. Por isso mesmo, o resultado de uma arbitragem, se chegar ao público de forma descontrolada, pode levar uma empresa sólida à bancarrota, em prejuízo dos empregados, do fisco e da própria coletividade. O mercado de ações é, por natureza, especulativo. Por isso a prática, devidamente regulamentada, do Fato Relevante, em que a empresa tem um prazo para prestar informações a respeito. A informação é transmitida ao público, de forma controlada, de forma a minimizar os prejuízos aos acionistas, sem prejudicar a transparência nas questões que envolvem a empresa. Tudo considerado, existe um meio termo, já praticado pela Câmara de Arbitragem do Mercado, que é a de desidentificar as sentenças arbitrais, publicando-as posteriormente. Isso atende a todos os interesses envolvidos. Permite a criação de uma jurisprudência arbitral, aumenta a transparência da arbitragem, sem descuidar da importância da confidencialidade.

4) Na sua opinião, outras mudanças ainda deveriam ser debatidas?

Um tema que precisa ser debatido, sem sombra de dúvida, é o de se conferir maior transparência às arbitragens societárias. Isso é importante porque, de fato, muitas vezes o acionista minoritário desconhece a existência de uma arbitragem que pode impactar radicalmente na esfera jurídica dele. Isso realmente precisa de uma regulamentação adequada. Só não me parece que deva ser regulada por Lei. A CVM já tem se preocupado com o assunto e as instituições arbitrais têm levado o tema muito à sério.

Outro tema inadiável é a regulamentação da arbitragem tributária, por Lei. O modelo de solução de conflitos na esfera fiscal fracassou; não funciona. Discute-se por décadas a incidência de um tributo, primeiro na esfera administrativa e depois no Judiciário, e isso não serve a ninguém. Nem ao contribuinte e nem ao fisco. O primeiro só vê o seu passivo fiscal aumentar e o segundo fica sem arrecadar. Está mais do que na hora de se criar uma justiça fiscal rápida e especializada. A arbitragem tributária é o caminho.

5) Uma das controvérsias arbitrais recentemente tornadas públicas é o fato de a Câmara Arbitral do Mercado (CAM) ser o foro obrigatório da Bolsa de Valores (B3) para todos os investidores do Novo Mercado, o que suscitaria questionamentos sobre monopólio e parcialidade. Como avalia essa discussão?

É importante distinguir a câmara de arbitragem dos árbitros. São duas coisas completamente diferentes e que não se confundem. O papel das câmaras, em geral, é apenas o de administrar os procedimentos arbitrais, assegurando que se desenvolvam com rapidez. A instituição arbitral, contudo, não julga o conflito. Quem julga a disputa são os árbitros. O árbitro, ele sim, é juiz de fato e de direito da causa, na forma do art. 18 da Lei de Arbitragem. Como regra, os árbitros são escolhidos pelas partes. Logo, não faz sentido algum acusar a instituição arbitral de parcialidade. A câmara pode ser acusada de ineficiência; pode ser acusada de ser cara; pode ser acusada de ser lenta. Jamais de ser parcial. Nesse sentido, é possível debater se o monopólio instituído em favor da CAM é eficiente e saudável para o mercado. Até porque, de fato, existem outras câmaras de arbitragem perfeitamente aptas para a gestão de procedimentos arbitrais, de modo que um pouco mais de competição, entre elas, poderia ser saudável para o próprio mercado.

6) Qual a sua opinião sobre a discussão em torno do dever de revelação?

O dever de revelação, previsto no art. 14, § 1º, da Lei de Arbitragem, é um aspecto determinante para o saudável desenvolvimento do procedimento arbitral. É com o regular exercício do dever de revelação que as partes tomam ciência de algo que poderia colocar em dúvida a imparcialidade do árbitro e recusá-lo. Repare, no entanto, que não cabe ao nome indicado revelar todos os aspectos da sua vida pessoal ou profissional. Deve revelar, apenas, aquilo que possa gerar uma dúvida justificada acerca da sua independência e imparcialidade, aos olhos de um terceiro imparcial e equidistante das partes.

O Projeto de Lei 3293/2021 propõe que uma mudança no parâmetro de revelação, abandonando o conceito de “dúvida justificada” por um novo parâmetro de “dúvida mínima”. Com isso, deverão os árbitros revelar qualquer fato, por mais irrelevante que seja, a respeito da sua relação com as partes, com os advogados ou mesmo com a matéria em disputa. Por exemplo, o nome indicado deverá revelar que o advogado de uma das partes é professor na mesma universidade em que ele leciona? Ou que já foi professor dele em um curso de pós-graduação

lato senso há 10 anos atrás? Deverá revelar que já palestraram em um mesmo evento? Deverá revelar que eles têm um amigo em comum? Deverá revelar que já advogaram para um mesmo cliente, apesar de serem de escritórios distintos? Deverá revelar que o filho estuda na escola do irmão de uma das partes ou de um de seus advogados? Deverá revelar que já se encontraram, ocasionalmente, em um jantar beneficente?

A mudança proposta tem problemas de ordem jurídica e prática. O parâmetro em vigor de “dúvida justificada” é aquele consagrado no mundo civilizado e reproduzido pela quase totalidade das legislações dos países que integram o OCDE. É também o parâmetro encontrado na Lei Modelo da UNCITRAL. É verdade que o critério “dúvida justificada” é dotado de certo grau de subjetividade. Apesar disso, está em vigor tem bastante tempo, respeita as melhores práticas internacionais e já existe uma “jurisprudência” a respeito do que seria essa dúvida justificada. Ao passo que a mudança proposta, para “dúvida mínima”, além de não encontrar correspondente nos países da OCDE e nem em qualquer lei estrangeira, é igualmente dotada de subjetividade. A alteração só serviria para gerar insegurança jurídica, sem que exista uma construção doutrinária ou jurisprudencial para auxiliar na aplicação do novo conceito proposto. Qualquer fato não revelado, por mais insignificante que seja, poderá autorizar uma ação anulatória. Insegurança jurídica é tudo que não se deseja na esfera arbitral.

7) E como o senhor enxerga a ADPF 1.050 nesse contexto?

Tenho a impressão de que a ADPF 1.050, ajuizada pelo partido político União Brasil e já convertida em ADIN pelo Ministro Alexandre de Moraes, não tem, sequer, como ser conhecida, já que a discussão nela existente é de índole infraconstitucional. De fato, na petição inicial não aponta o União Brasil, com clareza, o dispositivo constitucional que teria sido violado pelo art. 14, § 1º, da LArb. Menciona, apenas e de forma genérica, um suposto desrespeito ao devido processo legal. Com efeito, a pretexto de que sejam estabelecidos critérios para o exercício do dever de revelação, busca o União Brasil a sua ampliação, para alcançar “tudo o quanto lhes seja questionado pelas Partes” e, ainda, postula que o STF reconheça, desde logo, que o não exercício do referido dever de revelação, na amplitude proposta, já importaria, automaticamente, no impedimento do árbitro indicado e na anulação da sentença arbitral por ele proferida. É, por via transversa, a proposta constante do PL 3293/2021: obrigar o árbitro indicado a revelar tudo que possa, aos olhos das partes, representar dúvida

mínima quanto a sua imparcialidade, como se isso fosse um critério seguro e de fácil aplicação na prática. A ADPF, ao assim fazer, incorre nos mesmos problemas do PL 3293/2021.

8) Como a arbitragem é regulada? Trata-se de um setor bem regulado?

A arbitragem encontra-se disciplinada pela Lei nº 9.307/1996, também conhecida como Lei de Arbitragem. O referido diploma legal tem nítida inspiração na Lei Modelo da Uncitral (United Nations Trade Commission) e segue as melhores práticas internacionais sobre o tema. A Lei de Arbitragem passou por um importante processo de reforma, em 2015, a partir de projeto de lei elaborado por Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, que veio a ser convertido na Lei nº 13.129/2015.

Nas relações com o Poder Público, há regulamentação específica, conforme serve de exemplo 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. Referida regulamentação é essencial para que a Administração Pública possa se valer da arbitragem como método de solução de conflitos, considerando as particularidades que incidem sobre a atuação administrativa do Estado (publicidade, necessidade de licitar, etc.).

Tem ainda papel determinante no funcionamento da arbitragem os regulamentos das instituições arbitrais. Regulam o procedimento arbitral e permitem a absorção das boas inovações implementadas com sucesso em âmbito internacional. É nos regulamentos que o dever de revelação deve estar regulamentado, assim como é possível a inserção neles de critérios para assegurar a celeridade dos procedimentos arbitrais, inclusive penalizando os árbitros financeiramente, se for o caso, caso demorem em excesso para entregar a prestação jurisdicional.

9) Gostaria de comentar algo a mais?

Evidentemente, qualquer instituto, por melhor que seja o seu funcionamento, merece passar por aperfeiçoamentos e melhorias. A arbitragem não foge dessa realidade. Existem sempre correções de rumo que são necessárias. Não obstante isso, é um fato incontestável que a arbitragem tem funcionado bem no Brasil. Em geral, os procedimentos são concluídos com rapidez e com qualidade. Eventuais exceções (que existem) não mudam essa realidade. O uso

do instituto só faz crescer. A arbitragem ajuda a reduzir custos de transação, melhorando sensivelmente o ambiente de negócios no país. Por isso mesmo, eventuais novas alterações na lei devem ser promovidas com muita cautela, de forma refletida e com a certeza de que servirão para melhorar ainda mais um instituto que funciona tão bem para o país. Mudar simplesmente por mudar não é uma boa ideia. Mudar por oportunismo, é uma ideia pior ainda.

CONFIDENCIALIDADE, SIGILO E TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO ARBITRAL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 4.290/21

Mariana Teixeira Muratori¹

Resumo: A utilização da arbitragem como método de resolução de controvérsias tem sido adotada de forma progressiva pelas partes tanto no Brasil quanto no plano internacional e, desse modo, vem modificando profundamente o cenário de composição de conflitos na atualidade. No Brasil, as arbitragens, de forma geral, costumam ser sigilosas, em razão das amplas regras de confidencialidade presentes nos regulamentos das entidades arbitrais. Em resposta ao uso da confidencialidade desmedida, recentemente, tem havido um grande clamor por mais transparência na arbitragem, tanto por parte da doutrina como de seus atores. Considerando que na arbitragem a regra é o sigilo, e no Judiciário vigora a publicidade, qual instituição deve prevalecer? Sobre esse questionamento o presente trabalho objetiva, por meio de uma metodologia hipotético-dedutiva fundamentada na revisão bibliográfica, compreender as vantagens e desvantagens da confidencialidade no processo arbitral. Este artigo objetiva analisar o instituto da arbitragem sob espectro do princípio da confidencialidade, a fim de entender, à luz da Constituição Federal do Brasil, a legalidade deste, haja vista prevalecer no judiciário o princípio da publicidade, com exceção apenas por imposição de lei e quando o interesse social assim o exigir. Por fim, serão analisadas as implicações do recente Projeto de Lei n. 4.290/21 na prática arbitral, em razão deste visar a limitação do uso do segredo de justiça em atos processuais relativos à arbitragem.

Palavras-Chave: arbitragem; sigilo; confidencialidade; transparência; judiciário.

Abstract: The use of arbitration as a method of dispute resolution has been progressively adopted by the parties both in Brazil and internationally and, thus, is profoundly changing the scenario of conflict composition today. In Brazil, arbitrations, in general, are usually confidential, due to the extensive confidentiality rules present in the regulations of the arbitration entities. In response to the use of excessive confidentiality, there has recently been a great clamor for more transparency in arbitration, both by the doctrine and by its actors. Considering that in arbitration the rule is secrecy, and in the Judiciary the rule is publicity, which institution should prevail? Based on this questioning, this paper aims, through a hypothetical-deductive methodology based on literature review, to understand the advantages and disadvantages of confidentiality in the arbitration process. This article aims to analyze the arbitration institute under the spectrum of the confidentiality principle, in order to understand, in light of the Brazilian Federal Constitution, the legality of such principle, as the principle of publicity prevails in the judiciary, with exceptions only imposed by law and when the social interest so requires. Finally, the implications of the recent Bill no. 4,290/21 on arbitration

¹ Formada no Colégio de Aplicação Cap-COLUNI da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Estudante do 5º período de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estagiária jurídica do escritório de advocacia Azevedo Sette Advogados, em Belo Horizonte, no qual integra a equipe de contencioso cível e controladoria jurídica.

practice will be analyzed, as it aims to limit the use of judicial secrecy in procedural acts related to arbitration.

Key Words: arbitration; secrecy; confidentiality; transparency; judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sigilo no procedimento arbitral; 2.1. Publicidade e transparência; 2.2. Paradoxo da confidencialidade; 3. Segredo de justiça em ações que versem sobre arbitragem; 3.1. Implicações do projeto de lei nº 4.290/21; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro o dever de publicidade das decisões judiciais está previsto na Constituição Federal, através do art. 5º, inciso LX. Este prevê que o sigilo dos autos na esfera judicial cabe quando é provada a existência de potencial violação à intimidade das partes ou quando é comprovado o interesse social, o que compete ao juiz decidir, nos termos do art. 93, IX, da CF/88. Dentre as vantagens da publicidade dos atos processuais, têm-se que oportuna às partes o controle da legalidade das decisões, bem como garante a possibilidade de formação do convencimento acerca da recorribilidade ou não da determinação judicial.

Quanto à confidencialidade, o ordenamento brasileiro destaca duas possibilidades: (i) legal, determinada pelo legislador em lei; e (ii) contratual, estabelecida pela vontade das partes. A primeira é determinada por lei, assim as informações que o legislador interpreta como sendo do interesse público que devem permanecer sigilosas. Os efeitos desta são *erga omnes*, ou seja, se aplicam a todos, sendo passíveis de punições cíveis e criminais em caso de descumprimento. Enquanto a confidencialidade contratual trata do sigilo acordado entre os contratantes, tendo efeito *inter partes*, isto é, reservado às partes contratantes. Tal acordo está fundamentado no art. 421 do Código Civil para proteger informações consideradas valiosas, mesmo que, em muitos casos, elas já possuam amparo da legislação e dos tribunais.

Referente ao procedimento arbitral, qualquer informação sobre o processo submetida à análise do juiz arbitral, somente pode ser divulgada mediante autorização das partes envolvidas. A confidencialidade na arbitragem é um mantra repetido à exaustão por alguns estudiosos, sendo no instituto um dos benefícios mais apreciados, quando não o motivo principal pelo qual as partes terem escolhido esta via particular para resolver suas controvérsias. Este se justificaria em razão de salvaguardar os interesses privados e a continuidade amistosa das relações entre as partes litigantes.

A inexistência da confidencialidade na arbitragem, poderia causar consequências nocivas para as partes, como revelar segredos técnicos ou ainda práticas internas dignas de proteção. Poderia ainda expor uma situação financeira precária, ou a existência de um produto defeituoso que prejudicaria o prestígio das partes litigantes. O sigilo do instituto permite a preservação da imagem dos envolvidos frente aos concorrentes, aos fornecedores e, principalmente, aos consumidores².

Em contrapartida, a necessidade de publicação das decisões arbitrais exerce efeitos internos relacionados às partes do processo (endoprocessuais) e extraprocessuais e gera legitimidade democrática, além de permitir também o controle e fiscalização dos atos processuais pela sociedade.

Diante disso, sabe-se que a demanda por mais transparência nos procedimentos arbitrais é antiga, especialmente no tocante à publicação das sentenças, porém, atualmente, tal exigência tem crescido e se expandido para outros aspectos do processo. Dentre as demandas, por exemplo, destaca-se o clamor pela disponibilização de informações objetivas e públicas sobre candidatos a árbitros, sobre a duração dos procedimentos, de decisões relativas às impugnações dos árbitros, entre outros³.

À vista disso, o presente trabalho, é organizado em três tópicos principais e utiliza de uma metodologia hipotético-dedutiva fundamentada na revisão bibliográfica. No primeiro ponto, pretende-se discutir sobre o uso do instituto do sigilo no procedimento arbitral, tanto de um ponto teórico das legislações brasileira vigente e das regras das Cartas arbitrais, como uma análise empírica dos dados que refletem o real uso do dispositivo da confidencialidade nestes procedimentos.

Em uma segunda oportunidade, trata-se do uso do sigilo nos procedimentos judiciais em que as demandas versam sobre atos e questões conexos ao procedimento arbitral, cuja característica marcante é a confidencialidade, além de discutir se no âmbito do Poder Judiciário os contornos do processo arbitral poderiam ser abarcados pelo segredo de justiça. Assim, será debatido sobre a constitucionalidade do art. 189, inciso IV, do Código de Processo Civil (CPC), a partir da análise das recentes jurisprudências paulistas sobre a temática, bem como a análise do Projeto de Lei n. 4.290/21, o qual pretende limitar o uso do segredo de justiça em atos

² VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Contornos e limites da confidencialidade na arbitragem empresarial no Brasil**. Estudios de Derecho Iberoamericano: vol. I, 2019.

³ HADDAD, Ana Olivia Antunes. **A transparência do processo arbitral**. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09052021-223150/en.php>. Acesso em: 17 ago. 2022.

processuais relativos à arbitragem. Por fim, com o objetivo de revisitar as principais temáticas tratadas ao longo deste trabalho, é apresentado as considerações finais.

2. O SIGILO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Constata-se que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) não estabelece, expressamente, que o processo arbitral deva ser confidencial. Inicialmente, as partes, os árbitros (exceto quanto à discricção que os árbitros devem portar-se, como prevê o art. 13, § 6º) e os terceiros que auxiliam a arbitragem pelas entidades institucionais ou que prestam esclarecimentos e depoimentos não estariam legalmente obrigados a manter confidencialidade ou impedidos de fornecer quaisquer informações sobre o processo. No caso dos processos que envolvam a Administração Pública, porém, prevalece o princípio da publicidade, conforme dispõe o artigo 2º, § 3º da Lei.

Em 2015, com a reforma desta Lei, o sigilo passou a ser estabelecido no parágrafo único do artigo 22-C, o qual dispõe sobre a observação do segredo de justiça no cumprimento das Cartas Arbitrais. Assim, havendo a presunção de que, o processo arbitral originário também é confidencial.

Desse modo, embora a Lei não entenda a confidencialidade como regra na arbitragem, ela encontra previsão na maioria dos regulamentos das instituições arbitrais. No âmbito brasileiro, podem ser mencionados, por exemplo, o artigo 14 das regras do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); os artigos 46 e 47 das regras da Fundação Getúlio Vargas (FGV); os artigos 10 e 20.1 das regras American Chamber of Commerce for Brazil SP (Amcham); e o artigo 13.1 das regras da Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (Camarb). No plano internacional, a confidencialidade também constitui a regra, conforme se observa no artigo 6º do Estatuto do *International Court of Arbitration (ICC)*, no artigo 37 do regulamento das arbitragens internacionais do *International Centre for Dispute Resolution (ICDR)*, braço internacional do *American Arbitration Association (AAA)* e no artigo 30 do regulamento do *London Court of International Arbitration (LCIA)*.

Fica claro, então, que como a grande maioria das instituições arbitrais prevê em seus regulamentos amplas normas de confidencialidade, as quais, em geral, impedem os envolvidos

no processo de divulgar seus atos ou qualquer informação sobre eles, incluindo sua própria existência, o absoluto sigilo tende a prevalecer⁴.

Esclarece Haddad que o sistema processual brasileiro não considera a confidencialidade da arbitragem como parte inerente do instituto, mas apenas uma possibilidade, que depende de prévia convenção das partes. Trata-se, portanto, não de um dever legal, mas sim contratual⁵. A importância do sigilo e da privacidade é justificada pelos benefícios que proporcionam às partes, quais sejam: evitar danos à imagem, dificultar a divulgação de informações estratégicas, facilitar a celebração de acordos e impedir a participação de terceiros e eventuais atrasos no curso do processo.

No entanto, percebe-se que, o modo que as instituições operam o instituto do sigilo, isto é, de forma mais abrangente possível, não condiz necessariamente com a medida necessária para preservar os legítimos interesses das partes, isto é, o sigilo parcial⁶. Isto demonstra ser possível mitigar o total sigilo no processo arbitral.

A maior transparência, como expõe Haddad, poderá ser benéfica aos sujeitos da relação jurídica arbitral e, também, à sociedade. Haja vista que, o sigilo total corrobora para o aumento do tempo e do custo do processo, ausência de sanções para desvios de condutas dos árbitros, mercado limitado e favorece de forma desmedida *repeat players* - aqueles que estão envolvidos em diversos processos ao longo do tempo. Ademais, a redução da aplicação do sigilo total contribui, segundo a doutrina majoritária, para propiciar a paridade de armas; reduzir desvios de condutas dos árbitros; promover segurança jurídica; diminuir custos de transação; desenvolver o Direito (em sentido amplo); promover o escopo social da jurisdição; fortalecer a autonomia e a legitimidade da arbitragem e; melhorar a qualidade da decisão das partes, a partir do maior acesso à informação, por exemplo, para a escolha dos árbitros e da instituição arbitral.

2.1. Publicidade e Transparência

Importante atentar-se, porém, na diferença entre o dever de publicidade do processo arbitral e a transparência. Conforme Oliveira e Figueiroa, o último é referente a possibilidade de conhecimento de alguns aspectos do procedimento arbitral por parte da comunidade arbitral.

⁴ HADDAD, *op. cit.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

Enquanto a publicidade diz respeito à disponibilização para a sociedade de questões que sejam de relevante interesse social. Sobre este tema, os autores esclarecem⁷:

(...) enquanto no Judiciário prevalece a regra da publicidade dos litígios que lhe são submetidos, a arbitragem conta com o sigilo do procedimento, de modo que a lide não prejudique a imagem de uma das partes envolvidas. Denota-se que a confidencialidade está mais relacionada à estruturação do procedimento pelas partes do que condição essencial do instituto. Ainda que considerado um ativo da arbitragem, a regra do sigilo passou a ser objeto de reflexão nas principais jurisdições do *Common Law*.

A privacidade permite a resolução de disputas em uma atmosfera adequada, na medida em que, em um ambiente fechado as partes estão livres de fatores externos e de intimidação, a qual pode ocorrer pela mera presença de terceiros na audiência. A publicidade interna, isto é, voltada às partes, conforme destaca Haddad, é uma característica basilar do processo jurisdicional. O processo sigiloso ou confidencial, por outro lado, como se refere a doutrina, está relacionado à ausência de publicidade externa, direcionada a terceiros. Destaca-se ainda os princípios da confiança, da cooperação e da boa-fé que incidem no sistema processual. Assim, devem as partes manter uma conduta processual idônea, agir de forma respeitosa e cooperativa entre si para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva.

Na doutrina, entretanto, existe uma discussão calorosa a respeito do sigilo ser uma característica inerente ao instituto, não necessitando, por conseguinte, de previsão normativa para sua garantia, ou se as partes devem acordar por escrito para suprir a lacuna desta regra. Este debate se dá em razão da legislação de muitos países não se referirem expressamente ou, aquelas que mesmo quando o preveem não tratam detalhadamente da confidencialidade na arbitragem. Para os defensores da presunção da confidencialidade, quando a legislação se silencia ou quando as partes não a tenham acordado, assumem que o sigilo é devido em razão da natureza privada da arbitragem. Sendo que o dever de sigilo se estenderia não só no transcurso do processo, como também quando concluído. Nesse sentido, a pesquisa do “Queen Mary” revelou que havia uma expectativa de sigilo implícito ao procedimento arbitral em razão

⁷ OLIVEIRA, G. J. de; FIGUEIROA, C. C. **Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade#:~:text=Arbitragem%20%C3%A9%20concili%C3%A1vel%20com%20os%20princ%C3%ADpios%20da%20transpar%C3%Aancia%20e%20publicidade&text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,procedimento%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos>. Acesso em: 17 de ago. de 2022.

de um alto número de entrevistados compreender que a arbitragem seria naturalmente confidencial mesmo sem cláusula específica de sigilo⁸.

Em contrapartida, aqueles que entendem que a confidencialidade na arbitragem deve ser estabelecida em um acordo independente ou até mesmo no texto que estipula as regras a serem seguidas no processo, argumentam na possibilidade que uma das partes possa revelar, como tática dilatória, certa informação do processo e, assim, prejudicar seu desenvolvimento. Desse modo, ao considerar a confidencialidade na arbitragem um dever, haveria também responsabilidade por seu descumprimento.

Nesse contexto, algumas instituições arbitrais consagram a confidencialidade como um dever, tanto em seus regulamentos como em seus respectivos Códigos de Ética, por exemplo o Centro Empresarial de Conciliação e Arbitragem da Venezuela, a Câmara de Comércio do Brasil e a Câmara Americana de Comércio do Peru. Consequentemente, isto ocasionaria uma espécie de responsabilidade disciplinar do árbitro com o instituto⁹.

A publicidade processual, por outro lado, consoante o trabalho dos autores Cintra, Grinover e Dinamarco, pode ser classificada como total (permite a fiscalização popular acerca da decisão judicial) ou restrita (quando os atos processuais serão públicos tão somente com relação às partes e seus advogados ou a um número reduzido de pessoas). A exceção à regra geral da publicidade dos atos processuais encontra razão nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados¹⁰.

Embora a maioria das instituições arbitrais brasileiras preveja em seu regulamento a possibilidade de publicação das sentenças arbitrais, a Pesquisa Instituições Brasileiras¹¹ revela que apenas uma delas o fez até o momento - de modo parcial, na forma de um ementário. Sendo que poucas instituições brasileiras publicam em seu site informações a respeito dos casos que administram e as informações disponíveis sobre potenciais árbitros brasileiros se restringem, quando muito, a seus currículos.

A doutrina jurídica apresenta dois principais argumentos para legitimar o tratamento diferenciado da arbitragem em relação ao Judiciário no tocante à publicidade, são eles: (i) a publicidade prevista na Constituição de 1988 e no atual Código de Processo Civil (CPC) é restrita ao Estado (interesse público), não se estendendo aos particulares, assim, a

⁸ SANTOS, CLARA. **A confidencialidade na arbitragem**. Canal Arbitragem. Disponível em: https://www.canalarbitragem.com.br/materias/a-confidencialidade-na-arbitragem/#_ftn1. Acesso em: 17 ago. de 2022.

⁹ VALÉRIO, *op. cit.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ HADDAD, *op. cit.*

confidencialidade é uma consequência natural da arbitragem por esta ser um processo privado de solução de disputas; e (ii) a divulgação de informações sobre o litígio traria prejuízo desnecessário aos envolvidos, justificada apenas em situações excepcionais.

O segundo argumento é uma preocupação recorrente dos agentes do mercado, para os quais informações, reputação e conhecimento técnico podem ser mais valiosos do que os bens materiais. A publicidade de um litígio pode ser seriamente prejudicial para uma empresa, podendo gerar margem para especulação no mercado sobre a saúde financeira da instituição, bem como pode implicar na exposição de dados estratégicos em um processo que terceiros terão acesso.

2.2. Paradoxo da Confidencialidade

Em que pese as inúmeras vantagens mencionadas, o protagonismo crescente do processo arbitral tem levantado aspectos negativos da sua utilização, tais como a falta de transparência e *accountability*¹², podendo comprometer o próprio ideal de justiça por ela buscado. A confidencialidade ainda dificulta - quando não impossibilita - a disponibilização de informações sobre o resultado do procedimento arbitral, impedindo a existência de uma jurisprudência respectiva:

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

Na Pesquisa Instituições Brasileiras, conforme expõe Haddad em sua tese, poucas são as câmaras que adotam concretamente alguma medida de publicidade e nos casos em que a publicidade é prevista em regulamento, a mesma não é efetivada. Referente a publicação das sentenças arbitrais, verifica-se que: 80,64% das instituições pesquisadas preveem tal medida em seu regulamento, no entanto, apenas 8% publicaram alguma decisão dentro do período da pesquisa.

Desse modo, a ausência de publicidade das decisões arbitrais impede ou dificulta a existência de uma jurisprudência arbitral. Tal questão prejudica que os propósitos do princípio

¹² Pinho e Sacramento (2009) “accountability encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento desta diretiva.

da publicidade no âmbito arbitral sejam alcançados, segundo Frazão (2017), são estes: (i) direito à informação por parte da coletividade, em especial controvérsias de interesse público ou de repercussão sobre relevantes interesses de stakeholders; (ii) aprendizado coletivo e prevenção de futuros litígios; (iii) legitimidade social das decisões arbitrais, submetendo-as à análise público (social, acadêmico e profissional); (iv) segurança jurídica e previsibilidade; (v) consolidação de entendimentos que poderiam servir de diretrizes de comportamento em nível micro e macro (*lex mercatoria*); (vi) garantia de isonomia e segurança jurídica para partes e para terceiros; e (vii) estabelecimento de concorrência saudável entre as câmaras arbitrais, não apenas em razão da reputação dos seus árbitros, mas sobretudo a partir da qualidade de suas decisões.

Com efeito, a lacuna na produção de jurisprudência arbitral leva a ausência de precedentes ou de princípios jurídicos informadores dessas decisões. Em razão disso, a falta de certeza e consistência quanto às informações impossibilitam, muitas vezes, que os advogados possam informar seus clientes sobre prováveis desfechos dos procedimentos em curso ou mesmo sobre atuações preventivas. Dessa forma, o desenvolvimento na transparência dos procedimentos arbitrais contribuiria para um maior grau de conhecimento e compreensão do processo arbitral, bem como de legitimidade do uso da arbitragem internacional de maneira geral.

Entende-se, então, que o sigilo e a impossibilidade de apresentação de recursos resultam em um verdadeiro paradoxo. Haja vista que, se por um lado atraem aqueles que buscam privacidade para suas informações e rapidez na solução dos conflitos, de outro, causam insegurança jurídica ao impedir a formação e conhecimento de uma jurisprudência consolidada sobre os temas postos em discussão.

3. SEGREDO DE JUSTIÇA EM AÇÕES QUE VERSEM SOBRE ARBITRAGEM

Recentemente o tema da publicidade na arbitragem tomou novo fôlego de debates em razão das decisões proferidas, principalmente, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a esse respeito, mais especificamente, o acórdão de relatoria do Desembargador Cesar Ciampolini, que manteve decisão da 1ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados a Arbitragem do Foro Central de São Paulo/SP¹³.

¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em: 02.03.2021.

O entendimento manifestado no acórdão foi o de que, apesar de a demanda judicial versar sobre atos e questões conexos ao procedimento arbitral, cuja característica marcante é a confidencialidade, como é o caso de medidas de urgência pré-arbitrais, cartas arbitrais, ações anulatórias e cumprimentos de sentenças arbitrais, no âmbito do Poder Judiciário, os contornos do processo não poderiam ser abarcados pelo segredo de justiça. Isto sem remeter a análise da questão ao Plenário ou ao Órgão Especial da Corte.

Houve, portanto, violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88 e reiterada pela Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal (STF), em razão do órgão fracionário do tribunal que, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do art. 189, IV, do CPC, afastou sua incidência. Ao negar o sigilo judicial a uma ação anulatória de sentença arbitral, violou a cláusula de reserva de plenário e, como consequência, está viciada com nulidade absoluta desde a origem¹⁴.

Reitera-se que, embora a confidencialidade seja considerada uma das vantagens da arbitragem, ela não é um atributo inerente a esses procedimentos, mas sim cabe às partes, por meio das convenções arbitrais ou do regulamento de arbitragem escolhido, definir se o procedimento arbitral será confidencial. A extensão dessa confidencialidade no processo judicial depende, no entanto, da comprovação da necessidade do sigilo e, ainda, da demonstração de necessidade de se assegurar a intimidade.

O debate em questão, relacionado ao recente entendimento do TJSP, não se refere à confidencialidade do próprio procedimento arbitral, mas sim, como já indicado, dos processos judiciais relacionados a arbitragens. Segundo dispõe a Constituição Federal, nos processos judiciais deve prevalecer a ampla publicidade, a qual pode ser restringida “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX da CF) e desde que “a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art.93, IX, da CF). O juiz, em linha com as regras da Constituição, permanece responsável pela análise, caso a caso, acerca da eventual atribuição de segredo de justiça. Assim, embora a regra seja a publicidade dos processos judiciais, em casos específicos, essa pode ser mitigada.

É claro que o Poder Judiciário não segue as mesmas regras da arbitragem e, por conseguinte, não está submetido à Lei de Arbitragem no que diz respeito ao seu procedimento, mas sim cabe ao CPC esta finalidade. O juiz, portanto, não está submetido ao acordo das partes

¹⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; BRAGA, FRANCISCO MAIA. **TJ/SP viola, a um só tempo, a confidencialidade da arbitragem e a cláusula de reserva de plenário**. Migalhas, 19 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/353291/confidencialidade-da-arbitragem-e-a-clausula-de-reserva-de-plenario>. Acesso em: 15 set. 2022.

quanto à confidencialidade do procedimento arbitral, assim como não se vincula automaticamente a outras convenções processuais feitas pelas partes, mas sim estas se submetem ao controle de validade pelo juiz, na forma do art. 190 do CPC. Desse modo, a cláusula de confidencialidade de um contrato, por si só, não é suficiente para afastar o interesse público que motiva a publicidade dos processos judiciais, atribuída constitucionalmente.

Em que pese o amparo constitucional da publicidade dos atos processuais, o CPC lista um rol de circunstâncias em que o processo poderá ser guiado sob sigredo de justiça, tal previsão encontra amparo no artigo 189, I a IV, CPC. Entretanto, o mencionado dispositivo se trata de um rol exemplificativo e não contempla todas as situações possíveis. Como exemplo, o juiz pode determinar o sigredo de justiça em caso de processos que lidam com dados confidenciais estratégicos para uma determinada empresa e que não podem ser divulgados, no que concerne ao direito de concorrência¹⁵. Logo, para atribuição do sigilo em uma eventual ação judicial relativa à arbitragem, é indispensável que, nos termos da Constituição, comprove-se que o sigilo é essencial para a defesa da intimidade ou do interesse social.

Nessa perspectiva, com o objetivo de equilibrar a necessidade do sigilo do processo e o princípio da publicidade, existe ainda a possibilidade de que seja atribuído sigredo de justiça de forma parcial, isto é, a documentos específicos no processo judicial. Esta possibilidade tem apoio da jurisprudência carioca, como é possível observar na decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão (CC 122.439/RJ).

Entende-se, então, que o art. 189, IV do CPC, ao não estabelecer que necessariamente todo processo relacionado à arbitragem tramitará sob sigredo de justiça, mas tão somente tratar uma das possibilidades de mitigação da publicidade, ainda considerando a discricionariedade do julgador, não conflita diretamente com as disposições da Constituição, sendo assim constitucional.

3.1. Implicações do Projeto de Lei nº 4.290/21

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.290/21, do deputado licenciado Carlos Bezerra, que pretende limitar o sigredo de justiça em atos processuais relativos à arbitragem. De acordo com a proposta, os atos processuais são públicos, todavia tramitam em

¹⁵O STJ já decidiu, por exemplo, que se admite “...o processamento em sigredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico...” (STJ. 4ª Turma. REsp 1.217.171/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10.3.2020).

segredo de justiça os processos que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a necessidade de confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo, consideradas a privacidade das partes e a proteção de segredos empresariais.

O deputado Bezerra argumenta que seria inconstitucional impor a um processo judicial o sigilo desde o início, sem que haja a exigência de comprovar a necessidade de tal instituto, haja vista que implicaria colocar o interesse privado das partes sempre acima do interesse público. Bezerra rejeita o argumento de que a publicidade pode gerar instabilidade para agentes econômico, já que esta suposta instabilidade já foi gerada previamente, ou por uma nulidade no procedimento arbitral, ou por uma das partes que, de maneira errônea, resolveu entrar em juízo para questionar o procedimento¹⁶.

No PL, o deputado questiona a possibilidade de a confidencialidade anteriormente pactuada ser imposta ao magistrado, em especial quando considerado o art. 93, IX, da Carta da República, que estabelece como regra geral o princípio da publicidade dos atos processuais. Segundo Vossa Excelência, a resposta é negativa, em razão do fato de as partes ao ingressarem em juízo para questionar o procedimento arbitral, abrem mão do método alternativo e, conseqüentemente, da possibilidade de escolha sobre todas as regras¹⁷.

Nesse contexto, vale analisar a jurisprudência paulista a respeito da constitucionalidade do inciso IV, art. 189, do CPC, que ao menos no Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000 os magistrados optaram por estender o tenso debate entre o interesse público no segredo e na publicidade, oferecendo argumentos em favor do segundo, quais sejam: formar e difundir a jurisprudência arbitral, evitar o favorecimento de um conjunto restrito de advogados e árbitros, equiparar o processo arbitral ao judicial e a inexistência de interesse público a ser protegido nas causas arbitrais, já que essas seriam essencialmente de interesse privado¹⁸. Sobre o raciocínio do inciso em questão, o professor José Augusto Costa esclarece:

O raciocínio por trás dessa regra é o seguinte: admitindo-se e protegendo-se juridicamente a confidencialidade da arbitragem, compreendida como forma especial de exercício jurisdicional restrita ao campo da autonomia privada em matéria

¹⁶ BEZERRA, Carlos. Projeto de lei n. 4290/2021. Altera o art. 189 da Lei nº 13.105, de 2015, Código de Processo Civil, que dispõe sobre o sigilo dos atos processuais que versam sobre arbitragem. Brasília, Câmara dos Deputados, 3 dez. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2117684&filename=PL+4290/2021. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **O PL 4290/21 e o interesse social no sigilo arbitral: Há interesse público na proteção de situações jurídicas privadas**. Jota, 6 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-pl-4290-21-interesse-social-sigilo-arbitral-06032022>. Acesso em: 18 ago. 2022.

patrimonial, não haveria qualquer razão para o afastamento do sigilo sobre o litígio quando se busca os órgãos estatais para a realização de atos que não podem ser exercidos pelos árbitros. É regra perfeitamente razoável e em consonância com o que se identifica no direito comparado.

Entende-se, então, que o legislador busca não comprometer o sigilo da arbitragem sempre que se necessite do apoio jurisdicional para a realização de um ato que não possa ser ordenado pelos árbitros.

Entretanto, o PL nº 4290/21 possui importante valor social para avançar e incitar o presente debate. Uma solução razoável de depreender deste é a de ensejar a preservação do interesse público no desenvolvimento da arbitragem como forma de solução de litígios ao mesmo tempo que expõe a necessidade da análise individual dos casos para a atribuição da publicidade limitada.

Por fim, cabe observar a redação proposta para o inciso IV: “que versem sobre arbitragem inclusive sobre o cumprimento de carta arbitral, desde que a necessidade de confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo, consideradas a privacidade das partes e a proteção de segredos empresariais”. Essa possui objetivos legítimos e de interesse público para a conservação da regra de publicidade restrita, isto é, a privacidade e os segredos empresariais, sem prejuízo de outras eventuais causas suficientes para delinear a “necessidade de confidencialidade”. Existe aqui ainda o interesse público na proteção de situações jurídicas privadas, o que, aliás, é próprio de imensas parcelas dos Direitos contemporâneos¹⁹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema envolvendo a divulgação de informações relativas a litígios arbitrais sigilosos configura-se como uma das problemáticas mais atuais e de difícil solução do direito privado. Isso porque, de um lado, a arbitragem difundiu-se como método extrajudicial de resolução de disputas, especialmente nas de caráter societário e nas que envolvam contratos de longo prazo. Por outro lado, o sigilo propicia um ambiente de liberdade aos debates necessários à composição de interesses. Tal liberdade é de suma importância em discussões de alta complexidade ou que envolvam segredos comerciais ou estratégias de negócios, comumente travadas nos centros ou câmaras de arbitragem e mediação. Sem o sigilo e a confidencialidade,

¹⁹ COSTA, *Ibid.*

talvez não se justificasse a procura por esse mecanismo alternativo de solução de conflitos, em detrimento do acesso ao Poder Judiciário²⁰.

Porém, a partir da análise da Pesquisa Instituições Brasileiras²¹, fica claro que, a arbitragem no Brasil, de forma geral, possui um nível de transparência muito reduzido, mesmo o sigilo não sendo parte da natureza do instituto, imposição legal, nem jurisprudencial, mas sim decorre da vontade das partes. No entanto, como a grande maioria das instituições arbitrais prevê em seus regulamentos amplas normas de confidencialidade, o instituto do sigilo ainda prevalece. O dever de sigilo, no entanto, deve ser mitigado, por exemplo, quando a transparência e publicidade são fundamentais para operacionalização e a essência do negócio jurídico.

A recorrência da prática da arbitragem em sigilo pode impedir que a coletividade tenha acesso às informações sobre como determinado dispositivo da lei costuma ser interpretado ou põe em risco, por exemplo, que uma parte tenha vantagem indevida sobre a outra em um julgamento arbitral, pelo simples fato de estar mais habituada às arbitragens e conhecer a provável interpretação que o árbitro terá dos dispositivos de lei.

Nesse sentido, conforme a tese de Haddad, a maior transparência nos processos arbitrais pode ser benéfica à tomada de decisão das partes, paridade de armas, sanção reputacional, para o desenvolvimento do instituto do Direito e de seus operadores, além de maior autonomia e legitimidade da arbitragem.

Em razão de não haver um dispositivo na Lei de Arbitragem que trata especificamente do segredo de justiça nos processos que versem arbitragem, o endereçamento do tema cabe a interpretação do art. 189, IV do CPC, esta é a abordagem que melhor equilibra o interesse público e a regra constitucional da publicidade, além dos interesses das partes envolvidas nos procedimentos arbitrais, que ainda terão os mecanismos necessários à proteção devidamente motivada da sua intimidade.

A propositura do PL nº 4290/21 pode ensejar uma nova vertente no debate, além de instigar a construção de uma boa solução a presente situação-problema, de modo a preservar o interesse público no desenvolvimento da arbitragem como forma de solução de litígios e, ao mesmo tempo, tratar da necessidade da análise caso a caso para a atribuição da publicidade limitada.

²⁰ BIFANO, Elidie Palma; DA SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. O sigilo na arbitragem e os limites da atuação das autoridades fiscais em procedimentos de fiscalização. **Revista Direito Tributário Atual**. n. 36, 2016, p. 155-183.

²¹ HADDAD, *op. cit.*

Portanto, seria relevante que houvesse uma maior divulgação da aplicação da lei brasileira pela jurisdição privada da arbitragem. Isto possibilitaria que as futuras pesquisas sobre o tema viessem a ter mais informações à disposição e, assim, possibilitaria a construção de um debate mais bem fundamentado a partir dos casos concretos no âmbito nacional.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, D. A.; FREITAS, E. P. M. **Segredo de justiça e princípio da publicidade dos atos processuais: uma análise acerca das inovações trazidas pelo novo código de processo civil.** Anais Processo Jurisdição e efetividade da justiça III: Maranhão, 2017.

BEZERRA, Carlos. **Projeto de lei n. 4290/2021.** Altera o art. 189 da Lei nº 13.105, de 2015, Código de Processo Civil, que dispõe sobre o sigilo dos atos processuais que versam sobre arbitragem. Brasília, Câmara dos Deputados, 3 dez. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2117684&filename=PL+4290/2021. Acesso em: 18 ago. 2022.

BIFANO, Elidie Palma; DA SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. O sigilo na arbitragem e os limites da atuação das autoridades fiscais em procedimentos de fiscalização. Revista Direito Tributário Atual, n. 36, p. 155-183, 2016. BOSONI, Gustavo. **Nem tanto ao céu, nem tanto à terra: sigilo e publicidade na arbitragem e a (in)constitucionalidade do art. 189, IV do CPC.** Comitê Brasileiro de Arbitragem, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/category/artigos/>. Acesso em: 18 ago. de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

COSTA, José Augusto Fontoura. **O PL 4290/21 e o interesse social no sigilo arbitral: Há interesse público na proteção de situações jurídicas privadas.** Jota, 6 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-pl-4290-21-interesse-social-sigilo-arbitral-06032022>. Acesso em: 18 ago. 2022.

DE ASSIS, Andre Peralva Barbirato. **A publicação de atos do processo arbitral e suas exceções legais.** Conflitos e formas de solução, Rio de Janeiro, 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; BRAGA, FRANCISCO MAIA. **TJ/SP viola, a um só tempo, a confidencialidade da arbitragem e a cláusula de reserva de plenário.** Migalhas, 19 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/353291/confidencialidade-da-arbitragem-e-a-clausula-de-reserva-de-plenario>. Acesso em: 15 set. 2022.

FICHTNER, J. A. et al. **A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções.** Revista de Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais: ano 13, vol. 49, jan-mar 2012.

FRAZÃO, Ana. **Arbitragem, confidencialidade e transparência**. 2017. Disponível em: http://professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-11-01-Arbitragem_confidencialidade_e_transparencia.pdf. Acesso em: 17 ago. de 2022.

HADDAD, Ana Olivia Antunes. **A transparência do processo arbitral**. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09052021-223150/en.php>. Acesso em: 17 ago. 2022.

OLIVEIRA, G. J. de; FIGUEIROA, C. C. **Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade#:~:text=Arbitragem%20%C3%A9%20concili%C3%A1vel%20com%20os%20princ%C3%ADpios%20da%20transpar%C3%Aancia%20e%20publicidade&text=Com%20o%20advento%20da%20Lei,procedimento%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos>. Acesso em: 17 de ago. de 2022.

PINHO, J. A. G. de; SACRAMENTO, A. R. S. **Accountability: já podemos traduzi-la para o Português?**. Revista de Administração Pública, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária**. . Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 3, 2018. Acesso em: 17 ago. 2022

SANTOS, CLARA. **A confidencialidade na arbitragem**. Canal Arbitragem. Disponível em: https://www.canalarbitragem.com.br/materias/a-confidencialidade-na-arbitragem/#_ftn1. Acesso em: 17 ago. de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 02.03.2021.

SARTURI, Kátia Silene. **Eficiência econômica da arbitragem no Brasil: à luz da proteção à informação dos litigantes**. Revista Jurídica da UniFil: v. 14, n. 14, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma, **Recurso Especial nº 1.217.171**, relator ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 10 mar. 2020.

SUXBERGER, A.; RIBEIRO, A. C. R.N. **Arbitragem como meio de solução de conflitos nos contratos da Administração Pública: limites, forma e momento de previsão (Arbitration As a Means of Settlement of Conflicts in Public Administration Contracts: Limits, Form and Moment of Forecast)**. Revista de Estudos e Pesquisas do Terceiro Setor: Brasília, v. 4, n. 2, 2017.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Contornos e limites da confidencialidade na arbitragem empresarial no Brasil**. Estudios de Derecho Iberoamericano: vol. I, 2019.

WEBINAR: **Transparência no processo arbitral**. CAMARB, 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=GLEKi_M8uKM. Acesso em: 18 ago. 2022.

WEIXIA, Gu. *Confidentiality Revisited: Blessing or Curse in International Commercial Arbitration?* *The American review of international arbitration*. v. 15, 2005.

APLICABILIDADE DO *THIRD PARTY FUNDING* NO DIREITO BRASILEIRO

Marina Silva Caramuru¹

Resumo: O financiamento de demandas por terceiros já ocorre no exterior há anos, sendo a moderna figura do *Third Party Funding* algo já amplamente conhecido e em crescente movimento, notadamente na América do Norte e Europa. Por outro lado, tal instituto ainda é pouco difundido no Brasil, embora a realidade deste país justifique muito mais o seu uso, em especial por conta da crise econômica que atingiu o mercado nacional nos últimos anos. Ainda, a Constituição Federal de 1988 prevê como garantia inerente a todos os cidadãos do país o direito de acesso à Justiça, porém, não se vê outra alternativa para pagamento de custas processuais que não o Benefício da Justiça Gratuita, que a poucos aproveita. No mais, os custos para acesso à Arbitragem, no país, são quase proibitivos, de modo que o *Third Party Funding* poderia ser entendido como uma solução de acesso à Justiça. Na sequência, o presente estudo visa o efetivo cabimento do *Third Party Funding* no Brasil, bem como a maneira como referido conceito seria aplicado no ordenamento jurídico pátrio, por meio de instrumentos já existentes e em perfeito funcionamento. Estuda-se, portanto, o conceito de Cessão de Crédito, bem como de assistência processual, à luz do Código de Processo Civil. Ao final, reflete-se sobre a possível atuação dos *Funders* por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, já em ascensão no país.

Palavras-chave: financiamento; arbitragem; acesso à justiça; cessão de crédito; assistência processual.

Abstract: The funding of claims by a third-party is something that has been happening abroad for years, being the figure of the *Third-Party Funding* something already widely known and in growth, particularly in North America and Europe. On the other hand, such institute is still not widespread in Brazil, although the reality of this country justifies its use much more, especially due to the economic crisis that hit the national market in recent years. Also, the Federal Constitution of 1988 provides as inherent guarantee to all the citizens of the country the right of access to Justice, however, there is no other alternative for the payment of procedural costs other than the Free Justice Benefit, which few can take advantage of. In addition, the costs for access to Arbitration in the country are almost prohibitive, in a way that the Third-Party Funding could be understood as a solution to access to Justice. In the sequence, the present study aims at the effective fit of the Third-Party Funding in Brazil, as well as the way in which this concept would be applied in the legal order of the country, through tools already existing and in perfect operation. Therefore, it studies the concept of Credit Assignment, as well as procedural assistance, in the light of the Code of Civil Procedure. In the end, it studies on the possible

¹ Advogada com atuação em Contencioso Cível Estratégico. Especializada em Processo Civil (PUC-SP, 2019). MBA em Direito Empresarial (FGV, 2017). *Global Law Program - Contracts and the CISG* (FGV, 2016). Bacharelado em Direito (PUC-Campinas, 2010). *Washington Semester Program - Public Law* (American University, EUA, 2007).

performance of the *Funders* through Credit Rights Investment Funds, already on the rise in the country.

Key-words: financing; arbitration; access to justice; assignment of credit; procedural assistance.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O fenômeno do *Third Party Funding*; 2.1. Origem; 2.2. Conceito; 2.3. O instituto no mundo e no Brasil; 3. Problemática no Brasil; 3.1 A garantia constitucional de acesso à justiça; 3.2 Arbitragem; 4. O *Third Party Funding* como proposta de solução de acesso à justiça para as empresas em crise no Brasil; 4.1 Mecanismos para aplicação do *Third Party Funding* no Brasil; 4.1.1. Intervenção de terceiros no Código de Processo Civil; 4.1.2. Cessão de crédito; 4.1.3. Financiamentos por fundos de investimento; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização de meios alternativos de acesso à Justiça ou à Arbitragem por empresas em crise, em especial por meio do financiamento de demandas por terceiros, conhecido internacionalmente como o conceito de *Third Party Funding*.

Como referido instituto não se encontra regulamentado no Brasil, seja pela ausência de legislação específica, ou de orientações da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e/ou Superintendência de Seguros Privados (“Susep”), pretende-se estudar, a princípio, se é possível que terceiros não envolvidos na lide passem a integrar a demanda como parte interessada, financiando-a; e, num segundo momento, se tal medida é viável em termos práticos no cenário nacional, em demandas judiciais ou arbitrais.

Os custos para acessar os Tribunais Arbitrais tornaram-se praticamente proibitivos na conjuntura atual para diversas empresas atingidas pela crise econômica.

Por qualquer dos lados, verifica-se que o custo de demandar é elevado e exige que se pense em meios alternativos para que as empresas em crise possam ter suas lides discutidas no Poder Judiciário ou nos Tribunais Arbitrais, sendo o conceito de *Third Party Funding* já utilizado no exterior como uma opção viável para tanto.

Este artigo irá partir do pressuposto de que o *Third Party Funding* já é utilizado em outros países, estudando casos em que o instituto foi aplicado e se funcionou como solução eficaz para o acesso à Justiça para a empresa em crise envolvida. Ainda, o estudo irá tomar como base a doutrina internacional que apresenta como funciona o instituto, bem como

instrumentos semelhantes à disposição no ordenamento jurídico pátrio, que possibilitem a aplicação do conceito no Brasil.

2. O FENÔMENO DO THIRD PARTY FUNDING

2.1. Origem

Acredita-se que o fenômeno do financiamento de demandas por terceiros teve início nos Estados Unidos, a partir de duas figuras que já vinham sendo praticadas no país a partir da década de 80² e, inclusive, no restante do mundo: os denominados *pre-settlement funding* (“financiamento pré-acordo”) e *syndicated lawsuit* (“ação sindicalizada/consorciada”).

O primeiro conceito refere-se ao empréstimo realizado para o ajuizamento de um processo, na hipótese de os autores destas demandas encontrarem-se em situação de prejuízo pessoal. Assim, os empréstimos seriam concedidos tipicamente para cobrir despesas de subsistência durante litígios, garantindo o risco de danos de qualquer resolução futura em favor do litigante³.

Já no que se refere ao segundo conceito, trata-se de um processo judicial no qual um demandante solicita diretamente aos investidores individuais de seu caso para que compartilhem/dividam os valores da recuperação proporcionalmente⁴.

Ambos os institutos, por sua vez, tiveram origem no *contingency fee agreement*, que nada mais é que o contrato de honorários de êxito tradicional, pelo qual um advogado presta serviços adiantadamente, litigando em juízo, em troca de uma porcentagem da condenação para seu cliente.

Ainda, conceitualmente, pela natureza de “empréstimo” dos sistemas de financiamento acima identificados, a figura que empresta o dinheiro (mutuante) só recuperará seu investimento se o processo de quem pegou o dinheiro emprestado (mutuário) terminar em termos favoráveis.

Deste modo, o modelo de negócio do *Third Party Funding* (financiamento de demanda por terceiros) exsurge de uma necessidade de mercado, pois, por meio deste instituto, não somente se pode causar impactos sociais e econômicos, como também se comporta

² COFRESI, John; SHALTIEL, Yifat. **Litigation Lending for Personal Needs Act**: A Regulatory Framework to Legitimize Third-Party Litigation Finance, 58 CONSUMER FIN. L.Q. REP. 347, 347–350, 2004.

³ MCLAUGHLIN, Julia H. **Litigation Funding**: Charting a Legal and Ethical Course, 31 VT. L. REV. 615, 618, 2007.

⁴ MARTIN, Susan Lorde. **Syndicated Lawsuits: Illegal Champerty or New Business Opportunity?**. 30 AM. BUS. L.J. 485, 498, 1992.

investimentos e resultados mais expressivos – haja vista que funciona na dinâmica de “mercado de capitais”.

Assim, considerando a crescente indústria de investimentos com fins lucrativos havida nos Estados Unidos nas últimas décadas, com reflexo mundial até os dias atuais, rapidamente o conceito difundiu-se em outras jurisdições, como Reino Unido, Austrália e Alemanha, tornando-se especialmente popular no âmbito da arbitragem.

2.2. Conceito

O *Third Party Funding* nada mais é que o financiamento de demanda por terceiros pelo qual, como o próprio nome sugere e, de maneira simplificada, uma parte de um processo – judicial ou arbitral – procura um terceiro estranho à relação principal, para que lhe financie os custos da ação (taxas judiciárias, despesas e custas processuais, honorários de advogados e peritos, etc.). Em contrapartida, o financiador irá contar com uma “participação nos resultados” do processo, caso a parte financiada seja vencedora. Por outro lado, o financiador também assume o risco de perda do “investimento”, na hipótese de a parte financiada sucumbir. Neste ponto, convém ressaltar que alguns autores se referem a este tipo de contrato como um “empréstimo sem recurso”, pois não cabe o pedido de reembolso em face da parte financiada na hipótese de perda no processo. Trata-se, portanto, de uma forma de financiamento, cujo risco consiste, porém, no reembolso incerto, bem como no efetivo montante a ser restituído e no tempo que se levará para tanto.

Nesse modelo, tem-se que a estrutura segue o seguinte padrão:

[...] o modelo mais popular e de mais fácil descrição consiste no seguinte. A empresa de financiamento procede ao adiantamento de fundos para despesas (aí se incluindo todas as despesas, pagamentos de honorários de peritos e advogados e adiantamentos para preparos das custas processuais) sem garantia de reembolso pelo cliente (parte no processo). Apenas em caso de sucesso o financiador será reembolsado pelas despesas incorridas e obterá uma fatia dos resultados do processo ou um ‘fee’ de sucesso (ou uma combinação de ambos), geralmente em valores monetários mas podendo também consistir na entrega de bens ou ‘comodities’.⁵

Ocorre que, em se tratando de um procedimento que envolve um risco significativo – inclusive de não-sucesso, com perda absoluta do valor investido –, e investidores profissionais,

⁵ HENRIQUES, Gorjão Duarte. “Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*. Lisboa, ano 75, n. 3-4, jul-dez 2015, p. 573-624.

há de se observar que, muitos deles, impõem condições, como fórmulas ou *ratios* de participações.

A título de exemplo, cita-se a exigência de “pedidos indenizatórios mínimos”, em montante bastante expressivo – não é usual se exigir indenizações inferiores a 10 milhões de dólares – ou, também, a aplicação de um fator multiplicador de participação no resultado (ex. receber três dólares por cada um investido). Assim, para se avaliar a efetividade deste modelo participativo, tomam-se como parâmetros a variação de resultados em função da fase em que o direito exercido na ação é recuperado e o tempo necessário para que isto ocorra. HENRIQUES⁶ cita que, para o investidor aderir a um financiamento desta natureza, inicia-se um verdadeiro processo de *private equity*, inclusive para formação de um ‘portfólio’ para análise dos riscos.

Esta realidade, contudo, não é de todo desconhecida do mundo financeiro, onde projetos de *private equity* podem atingir estes *ratios* de múltiplos de três. Além disso, não se olvide que se trata de uma contratação empresarial, cabendo às partes a negociação dos termos do financiamento.

Lyon⁷ narra que, para se diferenciar os financiadores de demandas, não se deve tomar por base o tipo de empréstimo a ser oferecido, mas sim o tamanho e escopo dos investimentos. A principal diferença consistirá no fato de os empréstimos realizados em favor de indivíduos com processos de natureza civil indenizatória – *tort claims* – são normalmente calculados em milhares de dólares, nos Estados Unidos⁸, havendo uma grande oferta de financiadores.

Por outro lado, afirma que o financiamento de créditos comerciais é um mundo mais restrito, com menos *players* no mercado e participações significativamente. Nestes casos, os litigantes, de ambos os lados, são normalmente entidades corporativas, cujos financiamentos podem chegar milhões de dólares. Ainda, as matérias discutidas processualmente costumam versar sobre disputas contratuais, propriedade intelectual ou demandas antitruste (“*antitrust*”).

⁶ “Como é lógico, embora estes investimentos possam ser encarados pelos “funders” numa lógica de “portfólio”, de tal forma que se mitigam e mutualizam os riscos pela sua acumulação e dispersão (exactamente à semelhança do que sucede com a actividade seguradora), a verdade é que eles são objecto de sérias e aprofundadas diligências de variado nível: não só a situação contabilística e financeira da sociedade financiada é objecto de escrutínio, como também se procede à elaboração de uma “due dilligence” de carácter jurídico ao processo, à probabilidade de sucesso e à capacidade de recuperação do montante decorrente da condenação em face do devedor da decisão final. Sobre estes elementos são aplicadas taxas de probabilidade comparadas com o esforço e duração do investimento. Apesar da aparente facilidade de descrição do processo de investimento, a operação que leva à decisão deste é tudo menos de fácil demonstração”. (HENRIQUES, Gorjão Duarte, op. cit.)

⁷ LYON, Jason. **Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation.** UCLA Law Review, n. 58, p. 571, 2010-2011.

⁸ *Idem.* **The Litigation Financing Industry: The Wild West of Finance Should Be Tamed Not Outlawed,** 10 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 55, 2004.

2.3. O Instituto no Mundo e no Brasil

Quanto ao restrito mercado do *Third Party Funding* nos Estados Unidos, no ano de 2010, havia somente duas empresas que atuavam publicamente nesta área: *Juridica Investments* e *Burford Capital*, as quais, a princípio, investiam no contencioso cível e comercial norte-americano. Sem prejuízo, há diversas outras entidades, públicas ou privadas, que formaram divisões em fundos para investir nesta área, ao redor do mundo, incluindo a gigante *Credit Suisse*.

Contudo, é certo que o desenvolvimento dos mercados – em especial do mercado de capitais – direcionou o crescimento e desenvolvimento de diversas outras formas de financiamento, de maneira que, atualmente, não faltam instituições financeiras aptas a atuar na qualidade de *Third Party Funders* (“terceiros financiadores”).

Por conta de suas peculiaridades, inclusive de administração de riscos, estuda-se a efetiva aplicação do instituto do *Third Party Funding* no ordenamento jurídico pátrio, haja vista a completa ausência de disposição legal acerca do tema – seja por intermédio de legislação específica, de normas regulamentadoras ou sequer orientações da CVM, Susep ou outros órgãos nacionais.

Arelado a isto, some-se a ausência de jurisprudência sobre o tema e a parca literatura jurídica sobre o assunto, já que os poucos estudos existentes acerca desta discussão somente fazem uma breve referência à matéria, estando a maioria das obras voltadas exclusivamente à arbitragem.

Ocorre, porém, que há espaço para a difusão da ideia de financiamento de demandas por terceiros no contexto jurídico do Brasil, onde acredita-se, inclusive, que este modelo de negócio poderá florescer, notadamente pela forte atuação mercadológica em que se insere o país.

Primeiramente, vale partir do pressuposto que há, de fato, uma necessidade de acesso à Justiça que, por si só, já autoriza o cabimento da ideia de financiamento de demandas (judiciais ou arbitrais). Pois, se uma das partes se encontra impossibilitada economicamente de acessar o sistema judiciário ou arbitral para ver suas lides devidamente discutidas e apreciadas, referida restrição não deveria servir de impedimento, já que, em tantos outros aspectos, isto não ocorre – afinal, não é porque uma empresa se encontra no “vermelho” que se vê impedida de atuar no mercado.

Todavia, não é só a desabono que justifica o financiamento de litígios por terceiros. Também se pode citar o contingenciamento das empresas, bem como as opções quanto à gestão

de valores e aplicações de recursos financeiros, de modo que seja mais interessante o recurso de financiamento de demandas por terceiros, ao invés do que arcar com os custos para se litigar. A entrada de caixa imediata de um financiamento também contribui pela escolha deste modelo.

No mais, se há alguma chance às empresas de verem seus direitos atendidos, seja ganhando uma lide e recebendo o que lhe é devido, ou diminuindo seu prejuízo, esta chance não deveria ser subestimada e tais valores deveriam ser contabilizados em seu orçamento. Não raro, um dos ativos mais valiosos de uma empresa consiste justamente no direito de ação.

Portanto, de rigor que se analise o instituto do *Third Party Funding* para se aferir se se trata de uma alternativa viável também no Brasil para o efetivo acesso aos tribunais.

3. PROBLEMÁTICA NO BRASIL

3.1. A Garantia Constitucional de Acesso à Justiça

Sabe-se que, para se postular em juízo, no Brasil, faz-se necessário o pagamento de alguns valores, os quais podem ser elevados, o que dificulta, ainda mais, o acesso à justiça. A título de exemplo, destaca-se a necessidade de pagamento relativo a custas de distribuição, produção de provas (como perícias, diligências de Oficial de Justiça, expedição de cartas, etc.), e preparo de recursos. Somado a isto, pondere-se que a morosidade da justiça na condução dos processos eleva as despesas, podendo um processo judicial arrastar-se por diversos anos.

Além disso, no Brasil, adota-se o princípio da sucumbência, pelo qual se condena a parte perdedora a arcar com honorários ao advogado da parte vencedora – de modo que o litigante é duplamente penalizado, servindo como um evidente desestímulo para que se ingresse em juízo.

Os autores CAPPELLETTI e GARTH definem o princípio de acesso à justiça como a possibilidade de as pessoas reivindicarem “*os seus direitos e/ou resolverem seus litígios sob os auspícios do Estado*”, e concluem que “*primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente juntos*”⁹.

Para FIGUEIRA JÚNIOR, necessário que “*o acesso à justiça seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa (capaz de oferecer*

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça** (Título original: **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective**). Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1ª Ed., 1988-2002.

*mecanismos hábeis à consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita*¹⁰.

O acesso à justiça, portanto, deve ser entendido como um direito básico, para que os indivíduos possam exercer sua cidadania de maneira integral, de modo que o processo judicial vá além de um simples instrumento de jurisdição, mas passe a ser uma espécie de garantidor de que se tenha direito a decisões justas, seguindo uma ordem de valores de um determinado ordenamento jurídico: a efetiva tutela jurisdicional.

Com efeito, o princípio do acesso à justiça – também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação – encontra-se consolidado na própria Constituição Federal de 1988, que, no inciso XXXV do art. 5º, dispõe: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Referido princípio garantidor foi enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Outrossim, o Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado internacional do qual o Brasil aderiu, sobre Direitos Humanos, adverte que:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Assim, se por um lado se tem a prestação jurisdicional pelo Estado, garantida pela Constituição, por outro, espera-se certa contraprestação para o efetivo acesso ao referido direito. As partes podem fazer valer seus direitos, questionando seus problemas particulares perante um juiz, na esperança de que se resolvam os litígios, porém, com exceção da hipótese de assistência judiciária gratuita (vista a seguir), será necessário o pagamento das custas judiciais para a instauração do processo, como se fosse um verdadeiro serviço oferecido pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, vale a consideração acerca do benefício da Justiça Gratuita, garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição: “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. Cumpre ressaltar que a Lei nº 1.060/50 – que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados – foi parcialmente derogada pelo Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105/15), sendo que a nova lei adjetiva, nos seus artigos 98 a 102, apenas esclareceu algumas controvérsias

¹⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

decorrentes da antiga lei, tais como a pacificação de que as pessoas jurídicas podem ter acesso ao benefício, desde que comprovem, documentalmente, sua insuficiência de recursos para custear o processo.

Assim, em que pese se tenha garantido referido benefício, inclusive em favor de empresas, ainda há um grande número de litigantes que não se encontram em estado de absoluta miserabilidade, mas, do mesmo modo, não podem dispor de parte de seu orçamento para arcar com custas processuais – haja vista que são calculadas sobre o valor discutido nos autos, podendo superar o que a empresa pode dispor para tanto.

Portanto, embora o direito à Justiça Gratuita permita às partes necessitadas ajuizarem ou responderem a processos judiciais, consistindo numa espécie de “alternativa” de acesso à justiça, certo de que esta não deveria ser a única solução para aqueles que pretendem litigar, justamente porque nem todos são capazes de cumprir com todos os requisitos legais para fazer jus ao benefício.

3.2. Arbitragem

Se este é o cenário numa ação judicial, as dificuldades podem ser mais extremas no contexto de uma arbitragem, onde os custos iniciais são imensamente superiores.

De modo geral, pode-se definir a Arbitragem como *“a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”*¹¹.

Tem-se a Arbitragem por um *“mecanismo privado de solução de litígios”*¹², conforme conceitua Carlos Alberto Carmona. Trata-se, portanto, de um *“meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada”*, visto que decorre do princípio da autonomia da vontade, vigente no nosso ordenamento, pelo qual as partes contratantes podem estipular livremente, e como melhor lhes convier, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Inclusive, neste sentido, importa ressaltar que referido princípio norteia toda a regulamentação do instituto no Brasil, seguindo o mesmo caminho da arbitragem comercial internacional, visto que a legislação pátria disciplina somente determinadas matérias, e apenas

¹¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

¹² CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei nº 9.037/96. São Paulo: Atlas, 2009.

em caráter subsidiário ou supletivo à vontade das partes, quando ela não se encontra expressa na convenção arbitral. Evidentemente, que se deve observar certos limites à referida autonomia, notadamente no que concerne a questões de ordem pública.

Neste ponto, é importante ressaltar que, justamente por conta de a força do princípio basilar ser a autonomia da vontade das partes, somente podem ser submetidos à arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, conforme já exposto logo no artigo 1º da Lei nº 9.307/96 – com as alterações da Lei nº 13.129/15 –, que regulamenta a arbitragem no país. Ainda, necessário lembrar que a sentença arbitral pode ser revista pelo Poder Judiciário, em excepcionais circunstâncias de ofensa a direitos de terceiros e/ou graves nulidades¹³, em ofensa ao cumprimento de normas de ordem pública – o que é raro.

Sobre a autonomia da vontade das partes na arbitragem, CASADO FILHO entende que: *“Mesmo contendo limites, a autonomia das vontades é algo que permeia toda a arbitragem, seja nacional ou internacional, não apenas como seu fundamento de validade, mas como princípio orientador dos árbitros e das partes em todo o procedimento”*¹⁴.

Assim, por meio da Arbitragem, as partes submetem seu litígio para apreciação de um árbitro ou tribunal arbitral – que faz as vezes de um juiz togado – o qual, decidindo com base em tal convenção, sem qualquer intervenção estatal, profere decisão que possui eficácia entre as partes, assim como teria uma sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Por fim, é certo que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, nos termos do que dispõe o artigo 31 da Lei de Arbitragem.

Alguns autores definem o instituto como um meio de heterocomposição dos litígios, tendo em vista que a resolução do conflito decorre de decisão proferida por um terceiro isento e estranho à relação principal. Assim, *“a arbitragem é instância jurisdicional prática em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado ou público, com procedimentos próprios e força executória perante os tribunais estatais”*¹⁵.

Deste modo, a arbitragem consiste numa alternativa para solução de controvérsias, em detrimento à via Judiciária, e caracteriza-se por dois aspectos essenciais: *“são as partes da*

¹³ *Idem*. Arbitragem e Jurisdição. Revista dos Tribunais Online. vol. 1, set/2014, p. 833-844.

¹⁴ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o Novo Paradigma do Third Party Funding**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2014.

¹⁵ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comercio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

*controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão”*¹⁶.

Ainda, em se tratando de uma alternativa, a arbitragem, no Brasil, é facultativa e voluntária, de modo que não pode ser imposta às partes, exceto se anteriormente convencionado por meio de cláusula arbitral – e, ainda assim, este entendimento comporta discussão.

Portanto, tem-se, dentre as vantagens da arbitragem face à opção do Poder Judiciário, principalmente, a prevalência da autonomia da vontade das partes; a neutralidade decorrente da escolha das partes em relação aos árbitros, tribunais e inclusive da legislação; a exequibilidade da decisão proferida, também em outros países¹⁷; a celeridade, haja vista se tratar de iniciativa privada, a qual, por si só, tem interesses que privilegiam a rapidez da conclusão das demandas, além, claro, da determinação legal de que a sentença arbitral seja proferida dentro de seis meses (art. 23, Lei 9.307/96); a especialidade dos árbitros, tendo em vista que as partes podem escolher os julgadores com base em sua experiência prévia em determinada área; e, por fim, a confidencialidade, que também pode ser convencionada entre as partes, gerando absoluto sigilo sobre o processo arbitral.

Em que pese as diversas vantagens e peculiaridades do processo arbitral acima expostas, ocorre, porém, que os custos da arbitragem são muito elevados se comparados aos custos do Poder Judiciário. CASADO FILHO¹⁸ estimava que os valores, à época de sua pesquisa, necessários à condução de um procedimento arbitral em uma instituição de maior renome no Brasil poderiam chegar facilmente a R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Caso as partes optassem por instituição estrangeira, o valor seria de aproximadamente R\$200.000,00 (duzentos mil reais) para um valor de disputa na ordem de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares).

Pelo exposto, infere-se que os custos para se postular perante os Tribunais Arbitrais tornaram-se praticamente proibitivos na conjuntura atual do Brasil para diversas empresas atingidas pela crise econômica. Há, portanto, necessidade de se explorar alternativas de acesso à Justiça, também arbitral, sendo o *Third Party Funding* uma medida que já vem sendo adotada no contexto da arbitragem internacional.

¹⁶ CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: lei nº 9.307/96**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁷ A sentença arbitral é exequível em países que aderiram à *Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução das sentenças arbitrais estrangeiras*. No Brasil, referido Tratado Internacional foi aderido por força do Decreto nº 4.311/2002.

¹⁸ CASADO FILHO, Napoleão, *op. cit.*

4. O THIRD PARTY FUNDING COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA EMPRESAS EM CRISE NO BRASIL

4.1. Mecanismos para Aplicação do *Third Party Funding* no Brasil

Da análise do Capítulo anterior, verifica-se que, por qualquer dos lados, o custo de demandar é elevado e exige que se pense em meios alternativos para que as empresas em crise possam ter suas lides discutidas no Poder Judiciário ou nos Tribunais Arbitrais.

Neste contexto, percebe-se que o instituto do *Third Party Funding* já é utilizado no exterior como uma alternativa possível e que atinge sua finalidade. A seguir, portanto, pretende-se analisar a viabilidade de sua aplicação no Brasil.

Deste modo, analisa-se se o *Third Party Funding* pode ser entendido como uma opção viável de acesso à justiça, no Brasil, e por meio de quais mecanismos já existentes no nosso ordenamento jurídico referido instituto pode ser aplicado.

4.1.1. Intervenção de Terceiros no Código de Processo Civil

Primeiramente, faz-se necessário verificar a maneira de ingresso de terceiros – eventualmente *Funders* – em processos judiciais ou arbitrais no Brasil. No Direito Brasileiro, se admite que terceiros venham a intervir no processo, seja por meio da assistência, simples ou litisconsorcial; *amicus curiae*; denúncia à lide; ou chamamento ao processo, com previsões específicas nesse sentido no Código de Processo Civil.

No presente estudo, como se pretende analisar o cabimento do financiamento de demandas por terceiros, não vem ao caso o estudo dos institutos da denúncia à lide ou do chamamento ao processo, haja vista tratar-se de medidas que visam à inclusão do terceiro na própria lide, transformando-o posteriormente em parte, o que não faz sentido ao propósito do financiamento. Da mesma forma, em relação ao *amicus curiae*, considerando que se trata de uma figura de um terceiro para elucidação dos fatos no deslinde da demanda, de rigor que esta figura também seja afastada do estudo. Assim, passa-se a analisar as formas de intervenção por terceiros por meio da assistência processual.

O tema está previsto nos artigos 119 a 124 do CPC, em duas hipóteses distintas: a simples e a litisconsorcial. A intervenção permite ao assistente tentar influenciar na decisão da causa, já que ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes no litígio.

Na assistência simples, o interesse jurídico do terceiro é pressuposto de sua intervenção, não sendo permitido o querer meramente econômico ou afetivo, podendo haver, no entanto, repercussão econômica nesse interesse jurídico¹⁹. Nesta hipótese, o terceiro intervém para ser parte auxiliar, ou seja, deseja que a sentença seja favorável à parte que apoia, assumindo o risco de pagamento de custas do processo em proporção à atividade que houver exercido, conforme art. 94 do CPC.

Já na assistência litisconsorcial, o terceiro alega a existência de um interesse jurídico imediato na causa, isto é, a decisão tem potencial para afetar a relação jurídica de que seja parte. Desse modo, o terceiro mantém relação jurídica com a adversário de seu assistido. Assim, nos termos do art. 121/CPC, a assistência litisconsorcial pressupõe a existência de interesse jurídico onde o direito em litígio também é do assistente, ou seja, é preciso que o assistente também possa discuti-lo individualmente ou em litisconsórcio com o assistido. Em qualquer das hipóteses, contudo, o assistente atua como auxiliar de uma das partes.

Assim, tem-se, no conceito de assistência simples, justamente o que busca o *Funder*, ou seja, o terceiro que pretende financiar a demanda e, ao final, espera que o financiado seja vencedor, a fim de que possa retirar, da sentença, o seu principal retorno financeiro.

Importante ressaltar que a Lei de Arbitragem não limita a participação de assistentes, mencionando apenas “partes interessadas”. Da leitura do art. 1º, que estabelece que pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem, conjugado com o §1º, que permite que às partes “*escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”, pode-se concluir que também é possível a assistência simples na arbitragem.

4.1.2. Cessão de Crédito

Uma vez verificada a possibilidade de intervenção de terceiros em processos judiciais e arbitrais, passa-se a analisar a maneira pela qual esses terceiros – no caso, os *Funders* – podem ser beneficiados com parte do direito de seus financiados, em caso de sucesso na demanda, visto que se trata de seu motivador para a celebração do referido negócio.

¹⁹ Nesse sentido, ver também STJ, 3ª T., REsp n. 1.143.166/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 16.12.2010, publicado no DJe de 03.11.2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1032072&num_registro=200900104332&data=20111103&formato=PDF>. Acesso em: 17 fev. 2017.

De maneira geral, no Brasil, o instituto jurídico utilizado para a cessão de direitos é a Cessão de Crédito. Ela está prevista nos artigos 286 a 298 do Código Civil Brasileiro e consiste, em suma, no “*negócio jurídico bilateral, pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional*”²⁰.

Em outras palavras, é o contrato pelo qual o credor transfere sua posição a um terceiro estranho à relação obrigacional de origem. Deste modo, como o *Third Party Funding*, por sua vez, consiste justamente no financiamento de demandas por terceiros, pretende-se analisar se é possível que referido instituto seja aplicado, no ordenamento jurídico pátrio, por meio da operação de cessão de crédito.

A fim de se dar um conceito ao tema, transcreve-se as doutrinas de Silvio Rodrigues e Flávio Tartuce, respectivamente, para quem:

A cessão de crédito é o negócio jurídico, em geral de caráter oneroso, através do qual o sujeito ativo de uma obrigação a transfere a terceiro, estranho ao negócio original, independentemente da anuência do devedor. O alienante toma o nome de cedente, o adquirente o de cessionário, e o devedor, sujeito passivo da obrigação, o de cedido²¹.

A cessão de crédito pode ser conceituada como um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor, sujeito ativo de uma obrigação, transfere a outrem, no todo ou em parte, a sua posição na relação obrigacional. Aquele que realiza a cessão a outrem é denominado cedente. A pessoa que recebe o direito do credor é o cessionário, enquanto o devedor é denominado cedido²².

Por força de referido contrato de cessão, tem-se a formação de três figuras: o cedente (quem cede o crédito), o cessionário (quem adquire o crédito e se substitui no lugar do cedente) e o devedor (quem deve arcar com a obrigação). Ainda, cumpre ressaltar que o devedor da obrigação não pode se opor à cessão, seguindo o negócio jurídico independentemente de sua anuência.

De modo geral, a lei não exige qualquer formalidade para que a cessão tenha validade jurídica, notadamente entre cedente e cessionário. Assim, trata-se de negócio jurídico não solene, independentemente de forma específica predeterminada, que se aperfeiçoa com o simples consentimento das partes. Entretanto, para que a cessão tenha validade perante terceiros, de rigor que se opere mediante instrumento público ou particular revestido de algumas solenidades, quais sejam, conter a indicação do lugar onde foi realizado, a qualificação das

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

partes, bem como a data e o objetivo da cessão, nos termos do que dispõe o artigo 288 do Código Civil.

Outro ponto importante de ser enfatizado quanto à cessão de crédito é a necessidade de notificação do devedor acerca da cessão, conforme exige o artigo 290 do Código Civil. Por outro lado, basta que a notificação seja efetivamente realizada, sendo passível de comprovação, sem que seja preciso, contudo, que o devedor a contra-notifique ou se declare ciente por escrito – mas, caso isto ocorra, também se supre a notificação. Tal medida é imperativa para que o devedor fique sujeito às consequências da cessão, que terão início efetivo a partir do momento em que o devedor tiver conhecimento de sua realização.

Ainda, ressalte-se que a cessão transfere não somente a obrigação, mas também todos os seus acessórios, a teor do artigo 287 do Código Civil. Assim, serão cedidos, também, os juros, as multas e até as garantias da dívida, salvo se disponha expressamente em sentido contrário.

No que concerne ao crédito que pode ser cedido, há algumas vedações legais que devem ser observadas, conforme artigo 286, primeira parte, do Código Civil: “*O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; (...)*” (grifo nosso).

Quanto à proibição da cessão por conta da natureza da obrigação, Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

Não podem ser cedidos créditos atinentes aos vencimentos de funcionários ou os créditos por salários; os créditos decorrentes de direitos sem valor patrimonial; os créditos vinculados a fins assistenciais; os créditos que não possam ser individualizados, pois a cessão é negócio dispositivo, devendo ser seu objeto determinado, de forma que não valerá a cessão de todos os créditos futuros, procedentes de negócios etc.

Sem prejuízo do acima exposto, ressalta-se, também, outras proibições de cessão previstas no Código Civil, tais quais: cessão de obrigação de alimentos (art. 1.707); cessão envolvendo os direitos da personalidade (art. 11); cessão relativa ao direito de preferência ou preempção (art. 520); cessão envolvendo direito à herança de pessoa viva (art. 426); cessão de créditos já penhorados (art. 298); cessão do direito de revogar doação por ingratidão do donatário (art. 560); cessão envolvendo o benefício da Justiça Gratuita (art. 10, da Lei 1.060/50); entre outros.

Além das restrições legais, cumpre apontar que há algumas limitações de ordem principiológica, notadamente relativas aos conceitos de boa-fé²³ e função social²⁴ do contrato, como limitadores da autonomia privada, inclusive em sua eficácia interna, entre as partes contratantes.

Verificados tais requisitos, entende-se possível que o financiado ceda parte do seu direito ao terceiro financiador, especialmente caso sagre-se vencedor ao final da demanda, com a consolidação de seu direito. Assim, o *Funder* se tornará cessionário de parte do crédito do seu financiado, possuindo legítimo interesse no resultado final do processo, o que respeita, portanto, os pressupostos de legitimidade e interesse jurídico na causa – tal como previsto para o caso de intervenção de terceiros em processos, na modalidade de assistência simples.

CASADO FILHO²⁵ alerta para o risco de cessão do direito da empresa para o financiador, que implica ainda em transferência do poder decisório e da estratégia processual sobre o litígio para o financiador, que, afinal, assume todo o risco *alia* judicial, mas pode acabar por aceitar um acordo que ao qual a empresa não se submeteria não fosse pelo financiador.

Neste cenário, acredita-se que o *Third Party Funding* poderia ocorrer por meio da cessão de crédito da seguinte maneira: o terceiro responsável pelo financiamento da demanda assumiria a posição de cessionário, assumindo o crédito que era destinado, originariamente, em favor de quem o contratou – uma das partes litigantes –, sendo o crédito cedido no eventual êxito da demanda judicial ou arbitral, em detrimento do devedor – a parte contrária no processo.

Portanto, uma vez que é considerada lícita a cessão de determinados direitos, mediante operação de cessão de crédito, o litigante pode ceder parte de seu direito na demanda a seu *Funder*, que passará a atuar no processo (judicial ou arbitral) na qualidade de assistente simples, com interesse no resultado da demanda.

4.1.3. Financiamento por Fundos de Investimento

No Brasil, os Fundos de Investimento são regulados pela CVM, que apresenta uma série de instruções normativas com diretrizes e orientações sobre como os fundos devem ser estruturados e como devem operar no mercado nacional. Sem prejuízo, há de se observar, ainda,

²³ Enunciado n. 363 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

²⁴ Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁵ CASADO FILHO, Napoleão, *op. cit.*

as orientações de entidades representantes dos bancos, assim como o Fundo Garantidor de Créditos (FGC) e o Banco Central do Brasil (BACEN) no que concerne aos diversos Fundos de Investimento, embora referidos órgãos não tenham ingerência direta sobre sua estruturação e forma de atuação.

Como cediço, os Fundos de Investimento são assim denominados, por se organizarem em forma de condomínio, numa espécie de aplicação financeira coletiva, pela qual se reúne recursos de um grupo de cotistas investidores, permitindo assim investir em um variado leque de ativos, em diferentes mercados, por exemplo, numa carteira de títulos de Renda Fixa, Públicos, Cambiais, Derivativos, *Commodities*, Ações, etc.

Segundo a BM&FBOVESPA, companhia que administra mercados organizados de Títulos, Valores Mobiliários e Contratos Derivativos no país, os “FIDCs”, assim entendidos os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, caracterizam-se por aplicar metade de seus recursos em direitos creditórios²⁶.

Tem-se que os direitos creditórios são aqueles oriundos de créditos que uma entidade tem a receber, tais como títulos de crédito (duplicatas, cheques, etc.); contratos (ex. aluguel); créditos de operações industriais, financeiras, comerciais, de hipoteca, de prestação de serviços, imobiliárias, dentre outros.

No *Third Party Funding*, considerando que os gastos relativos ao financiamento de uma demanda judicial ou arbitral seriam suportados pelos investidores, a princípio, para que os mesmos possam gozar de parte do êxito no final do processo, estar-se-ia diante, portanto, de um direito creditório em favor do litigante que lhes contratou. Afinal, é certo que um dos litigantes terá, ao final do processo, caso saia vencedor, direito a uma determinada quantia em dinheiro, a qual seria futuramente rateada com o terceiro que lhe proporcionou o acesso à demanda, financiando-a.

Assim, partindo do pressuposto que se estaria tratando, justamente, de créditos desta natureza, acredita-se que o *Third Party Funding*, caso fosse operado no Brasil por meio de um Fundo, tal financiamento ocorreria por meio de um FIDC.

²⁶ “O Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) é uma comunhão de recursos que destina parcela acima de 50% do seu respectivo patrimônio líquido para aplicações em direitos creditórios. Cabe ao administrador, uma instituição financeira específica, constituir o fundo e realizar o processo de captação de recursos junto aos investidores através da venda de cotas.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo fez a análise da possibilidade de uso do chamado *Third Party Funding* como meio de financiamento de demandas por terceiros para acesso à arbitragem. Apesar deste instituto não estar atualmente regulamentado no Brasil, há países cujos que fazem uso deste mecanismo com relativo sucesso, tais como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália e Alemanha.

O Acesso à Justiça foi um ponto discutido, visto que, por vezes, a necessidade de recolhimento das aludidas custas judiciais pode se configurar em barreira intransponível por uma empresa que passe por dificuldades financeiras. Nesse contexto, a arbitragem, solução que garante a autonomia das vontades e permeia todo o seu processo, é uma solução por vezes mais célere que a Justiça Pública, podendo também proferir decisão que possui eficácia entre as partes, assim como teria uma sentença proferida pelo Poder Judiciário. Contudo, esta solução também necessita de aporte de recursos financeiros e o financiamento de créditos comerciais poderia ser aplicado como resposta, surgindo a questão do *Third Party Funding*.

No *Third Party Funding*, o financiador assume o risco de perda do “investimento”, na hipótese de a parte financiada perder a demanda, tratando-se, portanto, de um “empréstimo sem recurso”, pois não cabe o pedido de reembolso em face da parte financiada na hipótese de perda no processo. Por outro lado, o financiador obterá “participação nos resultados” do processo caso a parte financiada seja vencedora e é beneficiado pela cessão do direito do assistido, que implica também em transferência do poder decisório e da estratégia processual sobre o litígio para o financiador.

Apesar de não haver regulamentação que oriente o uso de financiamento de demandas por terceiros no Brasil, tal aplicação é mais incontroversa no que concerne à arbitragem, haja vista a maior liberdade entre as partes pela opção quanto às questões processuais.

Por outro lado, no processo judicial, analisou-se se o conceito poderia ser usado por meio da cessão de crédito, na qual o financiado cede parte do seu direito, caso saia vencedor ao final da demanda. Além disso, acredita-se que a melhor maneira de estruturar referida intervenção no processo seria por meio da assistência simples, pois o *Funder*, cessionário de parte do crédito do financiado, tem legítimo interesse no resultado final do processo em favor do financiado, o que respeita, portanto, os pressupostos de legitimidade e interesse jurídico na causa.

Ainda, da análise feita sobre os Fundos de Investimento no país, percebeu-se que a operação do *Third Party Funding* poderia ocorrer através de um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC), pois o financiado, justamente, cedeu parte de seu crédito ao *Funder*.

Descartou-se a possibilidade de o *Third Party Funding* ser usado para demandas consideradas de pouca relevância, visto que o financiador, via de regra, realiza uma análise de risco quanto à possibilidade de ter sucesso na demanda. Também não é reconhecido interesse jurídico desta modalidade na possibilidade de assistência litisconsorcial.

Logo, entende-se que não haveria óbice ao uso do *Third Party Funding* no Brasil para o financiamento de demandas judiciais ou arbitrais, sugerindo-se, para tanto, que a operação ocorra por meio de cessão do crédito da parte financiada. O mecanismo para a intervenção no processo a ser utilizado seria, como observado na pesquisa, a assistência processual simples, podendo ainda o financiador (*Funder*) operar via FIDC.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

BM&FBOVESPA. **Fundos de investimentos em direitos creditórios – FIDC**. Disponível em <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-fixa-privada-e-publica/fundos-de-investimentos-em-direitos-creditorios-fidc.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988; Lei nº 1.060/50; Lei nº 9.307/96; Lei nº 10.406/02; Lei nº 13.105/15; Lei nº 13.129/15.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. Recurso Especial n. 1.143.166/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 16.12.2010, publicado no DJe de 03.11.2011.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça** (Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*). Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1ª Ed., 1988-2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem e Processo**: um comentário a Lei nº 9.037/96. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Arbitragem e Jurisdição. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 1. p. 833-844. Set 2014. Disponível em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o Novo Paradigma do *Third Party Funding***. Tese (Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

COFRESI, John; SHALTIEL, Yifat. **Litigation Lending for Personal Needs Act: A Regulatory Framework to Legitimize Third-Party Litigation Finance**, 58 CONSUMER FIN. L.Q. REP. 347, 347–50, 2004.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HENRIQUES, Gorjão Duarte. **“Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal**. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal. Lisboa, ano 75, n. 3-4, jul-dez 2015.

LYON, Jason. **Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation**. UCLA Law Review, n. 58, p. 571, 2010-2011. Disponível em: <https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub4656_1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

MARTIN, Susan Lorde. **Syndicated Lawsuits: Illegal Champerty or New Business Opportunity?** 30 AM. BUS. L.J. 485, 498, 1992. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1714.1992.tb00665.x/full>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **The Litigation Financing Industry: The Wild West of Finance Should Be Tamed Not Outlawed**, 10 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 55, 2004. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=jcfl>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

MCLAUGHLIN, Julia H. **Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course**. 31 VT. L. REV. 615, 618, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL: DA ORIGEM AOS PROJETOS DE LEI N.º 4.257/2019 E N.º 4.468/2020

Kauê Henrique Neto¹

Gustavo Henrique Olescki²

Resumo: O presente estudo estende-se ao tema da arbitragem no Brasil, suas vantagens e conquistas nos últimos 25 anos, partindo da sua implementação por meio da promulgação da Lei nº 9.307/1996. Em seguida, aborda-se um tema mais atual no âmbito da arbitragem: a arbitragem tributária. Inicia-se com a exposição da referida especialidade aplicada em Portugal, país pioneiro no assunto e onde o instituto existe há mais de 15 anos, analisando, ainda, os projetos de leis que tramitam atualmente no Congresso Brasileiro e que visam a criação e implementação da arbitragem tributária no Brasil. Por fim, reflete-se acerca do ônus e bônus da arbitragem e, especificamente, em relação à arbitragem tributária, concluindo-se que, caso aprovado, poderá beneficiar o Direito Tributário Brasileiro.

Palavras-chave: Arbitragem; Arbitragem Tributária; Projeto de Lei nº 4.257/2019; Projeto de Lei nº 4.468/2020.

Abstract: This paper addresses the issue of arbitration, its advantages, and achievements in the last 25 years since the enactment of Act n.º 9.307/1996. Also, it addresses the most current issue in the field of arbitration: tax arbitration. It begins with a study of tax arbitration in Portugal, a pioneering country on the subject and where the institute has existed for over 15 years. It also analyzes the bills currently being processed in the Brazilian Congress, which aim to create tax arbitration in Brazil. Finally, it reflects on the burden and bonus of arbitration and, specifically, in relation to tax arbitration, concluding that, if approved, it could benefit the Brazilian Tax Law.

Key words: Arbitration; Tax Arbitration; Bill n.º. 4.257/2019; Bill n.º. 4.468/2020.

SUMÁRIO: 1. A Arbitragem, suas vantagens e 25 anos da Lei nº 9.307/1996; 2. A Arbitragem Tributária em Portugal; 3. Análise do Projeto de Lei nº 4.257/2019; 4. Análise do Projeto de Lei nº 4.468/2020; 5. Considerações finais; 6. Referências.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). Advogado no escritório Toledo Marchetti Advogados Associados. cursando *Master of Business Administration* em Gestão Tributária na Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aluno ouvinte no programa de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Ex-membro do Grupo de Pesquisas e Competições em Arbitragem Comercial (UNICURITIBA). Ex-membro do Grupo de Pesquisas de Precedentes Judiciais (UNICURITIBA).

² Acadêmico do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Curitiba. Estagiário de Direito Tributário. Ex-membro do Grupo de Pesquisas e Competições em Arbitragem Comercial (UNICURITIBA). Ex-membro do Grupo de Pesquisas e Competições em Direito Tributário (PUCPR). Ex-membro do Grupo de Pesquisas de Precedentes Judiciais (UNICURITIBA). Ex-membro do Grupo de Pesquisas de Tutelas Provisórias (UNICURITIBA).

1. A ARBITRAGEM, SUAS VANTAGENS E 25 ANOS DA LEI N.º 9.307/1996

Em 23 de setembro de 2021, a Lei nº 9.307/1996 completou 25 anos de vigência no Brasil. Com isso, são 25 anos de evolução, crescimento e, principalmente, aprimoramento dos procedimentos arbitrais que acontecem no Brasil.

Nestes anos, grandes marcos foram atingidos, como a declaração da constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2001³, a promulgação da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁴, bem como a abertura de diversas instituições arbitrais.

Ainda, em 2015, houve a primeira reforma significativa da Lei nº 9.307/1996, com a inclusão de diversos artigos, permitindo, por exemplo, a utilização da arbitragem pela Administração Pública, positivando o entendimento jurisprudencial já consolidado desde a época.

Portanto, percebe-se uma evolução significativa e rápida, de modo que a arbitragem se torna mais conhecida à sociedade e utilizada para resolução dos conflitos entre as signatárias das convenções e cláusulas arbitrais.

Com grande apoio do Poder Judiciário, através de decisões bem fundamentadas e coerentes, a arbitragem é vista como uma oportunidade para resolução extrajudicial rápida, especializada, confidencial e, sobretudo, flexível o suficiente para atender às necessidades individuais das partes envolvidas.

Criou-se, nesses 25 anos, grande confiança e credibilidade no instituto da arbitragem nacional e internacional no Brasil, que conta hoje com uma das maiores instituições arbitrais do mundo, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)⁵.

Entretanto, há ainda muito o que aperfeiçoar. Não é possível afirmar que durante esse trajeto de 25 anos a arbitragem não lidou com preconceitos e desconhecimento por parte da sociedade jurídica, a qual julgou inútil ou inadequada, principalmente no contexto brasileiro.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira nº 5206**. Origem: Reino da Espanha. Requerente: *MBV Commercial and Export Management Establishment*. Requerido: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Julgamento: 12 dez. 2001. Publicação: 19 dez. 2001.

⁴ BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁵ Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Contudo, diante das dificuldades enfrentadas é que surge a necessidade de evoluir e foi assim que o direito arbitral caminhou ao longo dos anos. Nesse sentido é que surge a relevância e importância do presente estudo.

A mais recente inovação na arbitragem brasileira, embora exista em outros países já há tempo⁶, é a arbitragem tributária. Conforme abordado em sequência, há dois projetos de leis tramitando atualmente no Congresso Nacional que visam permitir a utilização da arbitragem para resolução de disputas tributárias.

As vantagens da arbitragem tributária são aquelas já citadas em qualquer procedimento arbitral: celeridade, especialidade e confidencialidade. Entretanto, os projetos de lei propostos para arbitragem não são perfeitos, de modo que há diversas críticas que são feitas pela comunidade arbitral e tributarista.

Abaixo, analisa-se, primeiro, a arbitragem tributária prevista no ordenamento jurídico português, um dos primeiros ordenamentos a permitir a arbitragem tributária, e os resultados lá obtidos. Diante da análise de ordenamento jurídico internacional, adota-se uma metodologia de estudo comparado entre esta legislação e a brasileira.

Em sequência, analisam-se o Projeto de Lei n.º 4.257/2019 e Projeto de Lei n.º 4.468/2020, abordando seus pontos positivos, mas também negativos, novamente evidenciando a metodologia de estudo comparado adotado. Por fim, discorre-se sobre a possibilidade de a arbitragem tributária de fato obter êxito no Brasil, elencando o bônus para sociedade, bem como o ônus previsto com os atuais projetos em trâmite.

2. A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL

Por meio do Despacho n.º 5097/2009, de 07 de janeiro de 2009, do Secretário de Estado da Justiça, alterado pelo Despacho n.º 5880/2018, de 01 de junho de 2018, da Secretaria de Estado da Justiça de Portugal, criou-se o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), em Portugal, o qual poderá resolver litígios de direito público nas áreas administrativas, bem como disputas de natureza tributária.

Para as disputas envolvendo direito tributário, aplica-se o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2-11, e que contém previsão

⁶ Atualmente, é possível citar países como a Itália e Alemanha que tem previsão e possibilitam a arbitragem tributária em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Mais detalhes sobre ambos os ordenamentos disponíveis em Corrado Magnani, *Le Commissioni Tributarie no Trattato di Diritto Tributario*, 3º v., Milão, Cedam, 1994, p. 321.

expressa acerca da possibilidade de resolução, pela via arbitral, de litígios que importarem na apreciação da legalidade de atos tributários, vinculando o Fisco ao CAAD. O referido Decreto-Lei, entretanto, limita o valor das arbitragens de até dez milhões de euros.

Com a chamada Reforma do Contencioso Administrativo, há previsão legal em Portugal permitindo a arbitragem com a Administração Pública desde 2004, ao passo que no Brasil essa novidade chegou mais de 10 anos depois, com a reforma da lei arbitral em 2015.

Os procedimentos arbitrais tributários tramitam, exclusivamente, no CAAD, sendo o contribuinte e o Fisco automaticamente vinculados ao referido Centro. Portanto, não há liberdade de escolha⁷ da instituição arbitral, o que, para alguns, não seria condizente com o instituto da arbitragem⁸.

Nos procedimentos arbitrais tributários em Portugal, ao contrário da praxe da arbitragem comercial brasileira, a transparência assume lugar fundamental, visto que todas as decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais em matéria tributária do CAAD são publicadas em seu site oficial⁹. Portanto, a vantagem da confidencialidade que normalmente os procedimentos arbitrais têm não se aplica às arbitragens tributárias portuguesas.

A escolha dos árbitros, à luz do artigo 7º do Decreto-Lei nº 10/2011 da lei portuguesa, fica restrita aos *juristas com vasta experiência em direito tributário*, tendo critérios um tanto quanto genéricos. No Brasil, percebemos que os projetos de lei abordados nas linhas subsequentes têm previsões diversas em relação à escolha dos árbitros.

Segundo entrevista dada pelo Dr. Nuno Villa-Lobos, presidente do CAAD em 2021:

os árbitros são escolhidos dentre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público. O critério para aderir essa capacidade encontra-se no n. 2 do mesmo artigo (art. 7º) qual seja: os árbitros devem ser juristas com, pelo menos, 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente por meio do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e da docência no ensino superior, entre outros, podendo ser escolhidos pelas partes ou pelo Conselho Deontológico do CAAD, mediante sorteio público.¹⁰

⁷ Uma vez que, obrigatoriamente, os contribuintes e o Fisco são obrigados à arbitragem institucional no CAAD, de acordo com o Decreto-Lei nº 10/2011, não havendo liberdade de escolha da instituição arbitral e muito menos por uma arbitragem *ad hoc*.

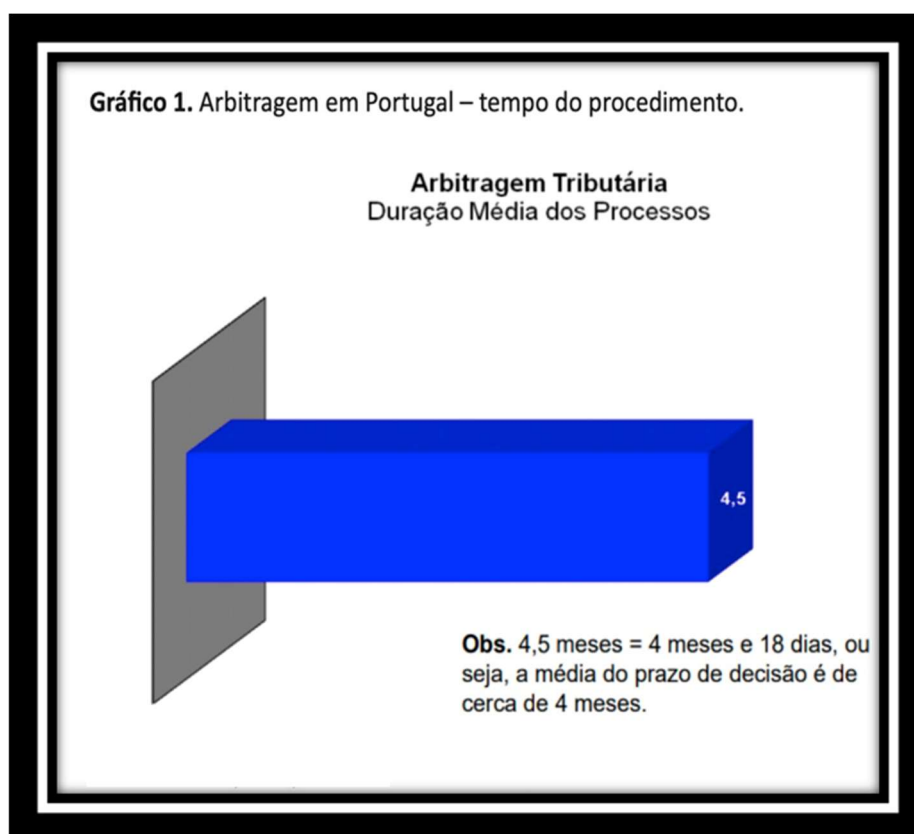
⁸ JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 297-312.

⁹ Disponível em <<https://www.caad.org.pt>> Acesso em: 18 nov. 2021.

¹⁰ VILLA-LOBOS, Nuno. **Arbitragem tributária: a experiência portuguesa**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/nuno_apresentacao_nvl_-_vf_-_17-09-2017_0.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

Ainda, a lei portuguesa é clara quando afirma que a competência dos árbitros é objetiva, sendo permitido apenas declarar a ilegalidade de liquidação de tributos, autoliquidação, retenção na fonte, pagamentos por conta, atos de determinação da matéria tributável, de determinação de matéria “coletável” e de atos de fixação de valores patrimoniais, vedando-se o uso da equidade, tudo conforme o artigo 2º do Decreto-Lei nº 10/2011.

Outro destaque que a arbitragem tributária tem em Portugal é o tempo de duração dos procedimentos. De acordo com os dados publicados pela CAAD, um procedimento arbitral tributário dura em média 4 meses e 18 dias. Ou seja, em apenas 138 dias, o Fisco e o Contribuinte envolvidos em um litígio tributário já obtêm decisão, a qual poderá ser recorrida ao Tribunal Constitucional de Portugal na parte em que recusa a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada (artigo 25, Decreto-Lei nº 10/2011):



Fonte: Relatório Anual do Funcionamento da Arbitragem Tributária (CAAD 2021)¹¹.

¹¹ Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/Relatorio_de_Actividade_de_Arbitragem_Tributaria.pdf?v=1. Acesso em: 30 de jan. de 2023.

Outro ponto interessante apontado pelo Dr. Nuno Villa-Lobos é que ocorre uma verdadeira luta contra a litigância suprimida, ao afirmar que:

não havendo possibilidade de solução rápida, os contribuintes desistiram de buscar seus direitos. Há muitos procedimentos arbitrais cujos valores são pequenos e, nesses casos, o contribuinte, obtendo êxito, recebe de volta os encargos adiantados na apresentação da questão junto ao Centro. Tal possibilidade possui o condão de ampliar o acesso, ao permitir que valores pequenos também sejam objeto de arbitragem tributária no CAAD.

De acordo com dados publicados em 2020, 66,2% dos procedimentos arbitrais tributários em Portugal têm valor de até €60.000,00. Conclui-se que a arbitragem é meio possível para qualquer cidadão resolver suas disputas tributárias, seja pessoa física ou jurídica, sendo eficiente, com decisões em até 4 meses, acessível, com custas razoáveis, bem como transparente, com a publicação das decisões no sítio eletrônico do CAAD.

O modelo de arbitragem tributária adotado em Portugal assume, para o Brasil e o mundo, posição de destaque e de verdadeiro orientador das reformas necessárias que almeja. Sem uma lei bem formulada e estratégica, como o Decreto-Lei nº 10/2011 de Portugal, não será possível a concepção de uma justiça fiscal e tributária capaz de realizar os princípios constitucionais norteadores do sistema tributário nacional.

3. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N.º 4.257/2019

O projeto de Lei n.º 4.257, apresentado em 6 de agosto de 2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia, visa alterar a Lei n.º 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), para, dentre outras medidas, viabilizar o procedimento arbitral no âmbito da defesa das execuções fiscais no Brasil.

Em relação à proposta de arbitragem no âmbito tributário e nos termos da explicação da ementa, o projeto objetiva permitir ao “executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia”¹².

O objetivo da proposta brasileira é reduzir o volume de execuções fiscais, pois, a enorme quantidade já existente acaba por dificultar a marcha processual, prejudicando a celeridade e a efetividade da execução, podendo resultar em um “instrumento de solução mais ágil dos litígios tributários mais complexos, proporcionando uma análise mais especializada e

¹² BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4257, de 2019**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>> Acesso em: 12 out. 2021.

mais eficiente de documentos, fatos e questões jurídicas envolvidas, resultando em maior eficiência arrecadatória.”¹³. Em 2020, 86.8% dos processos da Justiça Federal eram execuções fiscais, o que equivale a 34,9 bilhões de reais em discussão, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁴.

Não se descartando, ainda, a possibilidade de utilizarmos a arbitragem para solucionar questões de menor complexidade, podendo trazer uma maior agilidade e capacidade de solução, conforme a experiência portuguesa nos evidencia¹⁵.

O projeto apresentado teve diversas propostas de emendas, dentre elas, para estabelecer a notificação prévia da administração pública pela autoridade competente sobre a instauração do procedimento arbitral. O relator, Otto Alencar, também alterou de um para dois anos o prazo inicialmente estipulado para que o árbitro possa participar de mais de um procedimento de um mesmo particular ou grupo econômico¹⁶, propondo, ainda, a possibilidade de alcançar também as ações anulatórias e consignatórias, conforme alteração por ele sugerida, abaixo transcrita.

Art. 41-T. O executado pode optar pelo procedimento arbitral previsto nos arts. 16-A a 16-F caso, ao ajuizar a ação prevista no art. 164 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou a ação anulatória do ato declarativo da dívida, prevista no art. 38 desta lei, garanta o juízo por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

Demonstrando-se um método de otimização para as execuções fiscais e processos relacionados, considerando que estes são os principais responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, representando “aproximadamente 36% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2020”, conforme divulgado pelo relatório Justiça em Números, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021”¹⁷.

Referido projeto busca desafogar o atual procedimento para cobrança de dívidas ativas, possibilitando que o executado opte pela arbitragem. Apesar do Projeto de Lei n.º 4.257/2019

¹³ PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl&marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 21 out. 2021.

¹⁴ Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

¹⁵ YURGEL, Ana Paula Ointo. **Arbitragem Tributária Em Portugal: Possibilidade De Inserção Do Instituto No Direito Tributário Brasileiro**. Revista Tributária das Américas, vol. 8/2013, p. 109 a128, Julho – Dez.

¹⁶ BRASIL. Parecer (SF) Nº 82, DE 2019, Presidente: Senador Omar Aziz, Relator: Otto Alencar. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg_getter/documento?dm=8028147&ts=1630421298557&disposition=inline>. Acesso em: 24 out. 2021.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> - Acesso em: 24 out. 2021.

se aproximar da arbitragem de direito regida pela Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), há alguns pontos que desviam da regra geral ali estabelecida, como a escolha da câmara de arbitragem, a escolha do árbitro e a possibilidade de anulação da sentença arbitral caso seja contrária à súmula ou decisão do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à escolha da câmara de arbitragem, o art. 16-C do Projeto de Lei estabelece que o “processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”. Isto é, veda a arbitragem *ad hoc*, a qual não existe vinculação a um determinado procedimento de uma instituição de arbitragem, e sim ao procedimento estabelecido pelas partes¹⁸.

Assim, não se admite a livre convenção de procedimentos entre as partes, pois estas deverão estar vinculadas a um determinado procedimento, fiscalizado por uma câmara de arbitragem e, conseqüentemente, limitadas à jurisdição privada estabelecida pela câmara, impossibilitando o uso da equidade pelos árbitros.

Estabelece, ainda, em seu art. 13, que “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” poderá compor o tribunal arbitral, estipulando também “outras regras com relação à nomeação, à função e aos poderes dos árbitros nas demais disposições de seu Capítulo III”¹⁹.

Por fim, dispõe no art. 16-F sobre a anulação da sentença arbitral, determinando que:

Art. 16-F: Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

Colocando fim, portanto, às discussões e controvérsias existentes sobre a vinculação do tribunal arbitral aos precedentes judiciais. Sobre o tema, Guilherme Rizzo Amaral explica que:

¹⁸ “A expressão latina *ad hoc* significa ‘para isto’, isto é, indica algo criado ou constituído especialmente para realizar uma determinada tarefa. Neste contexto, a arbitragem *ad hoc* é uma arbitragem que pode ser estabelecida com base em regras e procedimentos criados pelas partes especificamente para aquele caso concreto. Além disso, a arbitragem *ad hoc* deve ser administrada pelas próprias partes e pelos árbitros, sem que, normalmente, sejam adotadas as regras de arbitragem padronizadas de alguma instituição de arbitragem e sem que, sob qualquer hipótese, o procedimento arbitral seja submetido à condução de alguma instituição arbitral.” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 82).

¹⁹ PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 21 out. 2021.

No âmbito da arbitragem tributária, assim como no âmbito da arbitragem de direito em geral, o árbitro deverá seguir precedente sempre que estes forem vinculantes para a última instância judicial. Tal vinculação não se confunde com os efeitos diretos do controle concentrado de constitucionalidade, que retira a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, não permitindo que venha a ser aplicada pelo juiz ou pelo árbitro.²⁰

De tal forma, o Projeto de Lei n.º 4.257/2019 segue a corrente doutrinária que entende haver a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais²¹.

Em suma, o que se concluiu a respeito do Projeto de Lei de 2019 é que se assemelha às práticas portuguesas sobre o instituto, como, por exemplo, a determinação de transparência das decisões e proibição de arbitragens tributárias *ad hoc*.

Por outro lado, vê-se algumas lacunas no projeto de lei que podem interferir negativamente no instituto e desincentivar a utilização, caso o Projeto seja aprovado nos termos atualmente previstos. Por exemplo, não há critério objetivo para nomeação de árbitros, o que pode deduzir que se aplica a regra geral previsto na Lei de Arbitragem, em seu art. 13, sendo qualquer pessoa capaz e de confiança das partes. Corre-se risco de decisões equivocadas, visto que não há previsão de mínima atuação no mercado tributário, como ocorre em Portugal. Como já abordado, a legislação lusitana obriga um mínimo de dez anos de experiência por árbitro e que o árbitro tenha uma reputação inabalada no meio jurídico e tributário, o que difere muito da abrangência da lei proposta para o Brasil.

Além disso, esse Projeto de Lei também não tem previsão em relação aos valores máximos que poderão ser discutidos em sede arbitral. Essa lacuna pode trazer dois principais problemas: (i) casos milionários, ou até mesmo bilionários, poderão ser discutidos na arbitragem, o que pode ser visto como negativo do ponto de vista de interesse público; e (ii) poderá desincentivar os pequenos contribuintes a se utilizarem da arbitragem, o que vai de encontro com o objetivo do instituto conforme concebido em Portugal.

Por fim, destaca-se que o Projeto de Lei, diferente da reforma arbitral de 2015, não sugere mudanças na Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, mas sim da Lei de Execuções Fiscais, lei processual e exclusivamente tributária. O que se espera, para proporcionar maior segurança aos contribuintes, é uma lei autônoma e individual referente à arbitragem tributária,

²⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **O controle dos precedentes na arbitragem tributária**. In: PISCITELLI, Thatiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Farecelli de (Coord.). *Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2019. p. 376.

²¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial Precedent and Arbitration: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?** London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

como ocorre em Portugal. No mínimo, espera-se que o Projeto de Lei aprovasse modificações na Lei Arbitral (9.307/1996), e não na lei específica de execuções fiscais. Até porque, caso o Projeto de Lei de 2019 seja aprovado, certamente impactará a Lei nº 9.307/1996, a qual terá que também ser reformada para inserir a arbitragem tributária em seu escopo, o que atualmente não existe.

Conforme abordado abaixo, o Projeto de Lei nº 4.468/2020 visa solucionar esse problema. Busca-se, no novo Projeto de 2020, criar uma lei autônoma e exclusiva para o instituto da arbitragem tributária e não meramente reformar lei tributária já existente. Assim, já parte de premissa mais vantajosa que o Projeto de 2019 e tende a ter uma redação mais adequada à realidade da arbitragem tributária.

4. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N.º 4.468/2020

O projeto de Lei n.º 4.469/2020, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro, propõe a instituição da arbitragem especial tributária e permite, nos termos da explicação da ementa:

A instauração de arbitragem especial tributária, com a finalidade de solucionar controvérsias sobre matérias de fato no curso de fiscalização ou de quantificar crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, estabelece condições para o seu processamento e dispõe sobre o tribunal arbitral, o compromisso e o laudo arbitral e a ação de anulação de laudo arbitral.²²

Ou seja, optou-se, nesse projeto, “por prever a possibilidade de utilização da arbitragem (chamada de arbitragem especial tributária) para solução de questões exclusivamente fáticas e como alternativa aos procedimentos que ocorrem antes da constituição do crédito tributário”²³.

Assim, não se trata de uma forma alternativa para a resolução de conflitos tributários, pois não há conflito a ser discutido quando se inicia a fiscalização, momento em que há apenas o exercício do Poder Público de fiscalizar os contribuintes²⁴.

²² BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 25 out. 2021.

²³ PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁴ TOLEDO, José Eduardo. **Arbitragem tributária e o PL 4468/2020**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Data de publicação: 09/09/2021. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>> - Acessado em 25 out. 2021.

O projeto de lei em questão ostenta, de tal forma, uma natureza preventiva para solução de conflitos sobre matérias de fato, nos termos do art. 1º do referido projeto. A essência da proposta é “prevenir controvérsias tributárias, para evitar questionamentos antes mesmo dos lançamentos tributários e aplicações de multas”²⁵.

Entretanto, o Projeto de Lei n.º 4.468/2020 recebeu críticas em relação à sua aplicabilidade. Diferente do Projeto de Lei n.º 4.257/2019, o Projeto de 2020, apresentado pela Senadora Daniella Ribeiro, não ataca os problemas do contencioso tributário e tende a conferir, segundo parecer publicado por Giacomo Paro e Jessica Scott Banfield:

Maior qualidade à solução de fiscalizações, evitando que discussões tributárias absolutamente sem fundamento tomem nossos tribunais administrativos, que consultas sejam respondidas de maneira pouco técnica por desconhecimento sobre as operações do consultante ou as características de uma transação complexa ou mesmo que habilitações de crédito levem anos para serem concluídas.²⁶

Há de ressaltar, também, assim como feito no tópico anterior, os pontos de aproximação e distanciamento entre o Projeto de Lei n.º 4.468/2020 e a Lei de Arbitragem, sendo estes: a impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei n.º 9.307/1996; a previsão de regras procedimentais; previsão de árbitro desempatador; e a possibilidade de anulação da sentença arbitral caso seja contrária à súmula ou decisão do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, e diferentemente também do Projeto de Lei n.º 4.257/2019, a proposta da arbitragem especial tributária não faz menção à aplicação subsidiária da Lei de Arbitragem, isso porque, nos termos da justificção do projeto, é afirmado que a “Lei nº 9307/96, na sua versão original, seria insuficiente para dispor sobre a arbitragem tributária. Daí o cabimento do procedimento aqui apresentado”²⁷, indicando que:

Outrossim, a presente lei traz um procedimento diferenciado daquele previsto na Lei 9.307/96, diante da especificidade da medida, assim como em vista dos necessários ajustes em decorrência da particularidade da relação fisco e contribuinte, que foram adaptados para o sucesso do instituto.²⁸

²⁵ BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei n.º 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 25 out. 2021.

²⁶ PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl& marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 25 out. 2021.

²⁸ BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei n.º 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 26 out. 2021.

Entende-se, assim, não haver a necessidade de aplicação subsidiária da Lei de Arbitragem, pois a arbitragem especial tributária cria um procedimento próprio, conforme redação dada aos seus arts. 3º a 6º.

Em seu art. 5º, é determinado que “formalizada a opção pela utilização da arbitragem especial, será designada audiência para assinatura do compromisso arbitral” que indicará: i) o local; ii) a lei aplicável; iii) a qualificação das partes; iv) a qualificação dos árbitros; v) a indicação de árbitro desempataador; vi) a matéria objeto da arbitragem; vii) o local do laudo arbitral; viii) a obrigatoriedade de cumprimento das normas da lei especial tributária; ix) o prazo para apresentação do laudo arbitral; x) a fixação dos honorários dos árbitros; xi) a definição da responsabilidade pelos pagamentos das custas, despesas e honorários dos árbitros; xii) as provas que serão produzidas; e xiii) a definição dos fatos considerados como incontroversos para solução do conflito.

Além de outras regras gerais estabelecidas nos demais artigos, como o idioma do procedimento arbitral, índices de correções de valores e a determinação, por força do seu art. 9º, da designação de um árbitro desempataador:

Art. 9º Na hipótese de decisão não unânime entre os três árbitros, será designado árbitro desempataador no prazo de 30 dias, se assim estiver previsto pelas partes no compromisso arbitral.

Parágrafo único. O árbitro desempataador analisará toda a documentação do processo e emitirá decisão adotando uma das posições anteriores, justificando-as, sendo vedada a reabertura da instrução processual para determinar a realização de novas provas e diligências.

Esta última determinação também foi objeto de críticas por Giacomo Paro e Jessica Scott, pois:

A dúvida que permeia nesse tocante é se o árbitro desempataador concordar com a conclusão atingida pelo árbitro de entendimento minoritário, ou seja, aquele que discordou dos outros dois árbitros que compõem o Tribunal Arbitral. Nessa hipótese, ao fim e ao cabo, ainda não se atingiria uma decisão unânime nem mesmo majoritária, ficando dois votos para cada opinião de decisão sobre as questões apresentadas.²⁹

²⁹ PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl&marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 21 out. 2021.

Por fim, imperioso ressaltar que, assim como o Projeto de Lei nº 4.257/2019, a arbitragem especial tributária também se vincula à jurisprudência pátria e decisões do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade da sentença arbitral, o que é visto com bons olhos e traz mais segurança aos contribuintes.

Como o Projeto de 2019, o Projeto de 2020 também se distancia do modelo português de arbitragem tributária, mas, apesar das falhas e críticas apontadas acima, parece mais adequado à realidade arbitral no Brasil. Portanto, espera-se a aprovação do Projeto de Lei nº 4.469/2020 em detrimento do Projeto de Lei nº 4.257/2019, tendo em vista a especialidade da lei e a melhor redação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante os 25 anos de vigência da Lei Arbitral Brasileira, a arbitragem sempre esteve em constante evolução e mudança. No início, como é de costume, houve muita especulação sobre o instituto, questionando se era meio plausível e eficiente para resolução de disputas.

Sem sombra de dúvida, não há qualquer questionamento pela doutrina ou jurisprudência sobre a importância que a arbitragem tem no mundo jurídico contencioso. A partir de decisões elaboradas e fundamentadas pelo Poder Judiciário, a arbitragem foi conquistando espaço e confiança, sendo recomendável hoje no mundo empresarial.

Com o tempo, a Administração Pública também reconheceu que a arbitragem é meio interessante para resolução das suas disputas, principalmente no tocante ao interesse público e a rápida resolução de disputas envolvendo o Estado.

A partir da reforma da Lei nº 9.307/1996 em 2015, o movimento para permissão da arbitragem tributária ganhou força. Diversos estudos comparativos entre a arbitragem tributária em Portugal e as possibilidades de implementação no Brasil foram realizados. Não demorou muito para surgir os dois mencionados projetos de leis que visam implementar a arbitragem tributária no Brasil.

Com isso, a arbitragem tributária no Brasil vem ganhando força, buscando desafogar o sistema judiciário estatal, no qual, atualmente, os litígios tributários representam o maior percentual de processos em trâmite no judiciário brasileiro.

Além disso, os esforços demonstrados pelos projetos de leis que tratam da matéria perseguem não só a redução de litígios no judiciário, mas também a celeridade e a especialização dos procedimentos, questões estas que se relacionam e que foram recentemente

reforçadas pelo relatório “Sistematização do Diagnóstico do Contencioso Tributário Nacional”, divulgado pelo CNJ em 2022, o qual expõe a “dificuldade intransponível na aplicação do princípio constitucional da razoável duração do processo, expresso no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, aos litígios tributários no Brasil”.

Entretanto, há muito ainda a ser estudado e discutido com os arbitralistas e tributaristas para que, um dia, o Brasil consiga apresentar os mesmos dados positivos apresentados pelo CAAD de Portugal em 2020.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Judicial Precedent and Arbitration: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?** London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **O controle dos precedentes na arbitragem tributária.** In: PISCITELLI, Thatiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Farecelli de (Coord.). *Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2019.

BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 4257, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acessado em: 12 out. 2021.

BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 4468, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 24 out. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.** Promulga a Convenção sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Parecer (SF) Nº 82, DE 2019, Presidente: Senador Omar Aziz, Relator: Otto Alencar. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=8028147&ts=1630421298557&disposition=inline>. Acesso em: 24 out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira nº 5206**. Origem: Reino da Espanha. Requerente: *MBV Commercial and Export Management Establishmente*. Requerido: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Julgamento: 12 dez. 2001. Publicação: 19 dez. 2001.

CORRADO, Magnani. **Le Commissioni Tributarie no Trattato di Diritto Tributario**, 3º v., Milão, Cedam, 1994.

CUTERA, Achille. **Principii di Diritto e Política Doganale**. Padua. Cedam, 1941.

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

JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEPRI, Eugenio, **Istituzioni di Diritto e Técnica Doganale**, Roma, Guido Editore, 1962.

LORENZO, Mario di, **Corso di Diritto Doganale**, Milão, Giuffrè, 1947, p.163, e Renato Alessi, **Monopoli Fiscali, Imposti di Fabbricazione e Dazi Doganale**, Turim, UTET, 1956.

MICHELI, G.A., **Curso de Derecho Tributario**, Madri, Editoriales de Derecho Tributario, 1975.

MICHELI, Gian Antonio Micheli. **Corso di Diritto Tributario**. Turim, UTET, 1969.

PARO, Giacomo; BANFIELD, Jessica Scott. **Arbitragem tributária no Brasil: considerações sobre os Projetos de Lei 4.257/2019 e 4.468/2020**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 68. ano 18. p. 115-136. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3230>>. Acesso em: 21.10.2021.

SZKLAROWSKY, Leon, **Arbitragem – Uma Nova Visão**, na Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 58, RT, setembro/outubro de 2004.

TOLEDO, José Eduardo. **Arbitragem tributária e o PL 4468/2020**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Data de publicação: 09/09/2021. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/arbitragem-tributaria-e-o-pl-4468-2020/>>. Acesso em 25 out. 2021.

TORRES, Heleno Taveira, **Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes**, na Revista de Direito Tributário nº86, Malheiros.

VILLA-LOBOS, Nuno. **Arbitragem tributária: a experiência portuguesa.** Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/nuno_apresentacao_nvl_-_vf_-_17-09-2017_0.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

YURGEL, Ana Paula Ointo. **Arbitragem Tributária Em Portugal: Possibilidade De Inserção Do Instituto No Direito Tributário Brasileiro.** Revista Tributária das Américas, vol. 8/2013, p. 109 a128, Julho – Dez.

MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM ARBITRAGENS DOMÉSTICAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Caio Viana de Barros Thomé¹

Carolina Marcondes Fraga²

Resumo: o presente artigo tem como objeto a possibilidade de mitigação da publicidade de arbitragens com a Administração Pública, avaliando em qual medida deve-se admitir a confidencialidade em procedimentos dessa natureza. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo. Partindo do pressuposto de que a confidencialidade deve ser resguardada tanto quanto possível na arbitragem, analisou-se diretrizes estabelecidas por tribunais arbitrais internacionais, bem como decretos editados tratando dessa questão. Concluiu-se que limitações à publicidade em arbitragens domésticas com o Poder Público devem ser admitidas pelo ordenamento jurídico, a exemplo do Decreto nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: arbitragem; confidencialidade; administração pública; publicidade.

Abstract: the scope of this paper are the exceptions to the transparency of arbitrations involving the Public Administration, and to what extent confidentiality should be admitted in procedures of this nature. To do so, the paper uses the deductive method. Based on the assumption that confidentiality should be enforced as much as possible in arbitration, this paper analysis the guidelines set forth by international arbitration tribunals and Brazilian decrees on the subject. The paper concludes that limitations to publicity in domestic arbitrations involving the Public Authorities should be admitted by the legal system, taking the parameters established under Decree No. 46.245/2018, of the State of Rio de Janeiro, as a reference.

Keywords: arbitration; confidentiality; government; publicity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Confidencialidade na arbitragem com a Administração Pública; 2.1. Confidencialidade enquanto uma das vantagens do procedimento arbitral; 3. Análise de decisões arbitrais internacionais; 4. Edição de decretos que tratam da publicidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública; 4.2. Similaridades e particularidades dos decretos já editados; 4.3. Análise comparativa dos decretos e tendências; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado no escritório Tauil & Chequer Advogados Associado a Mayer Brown.

² Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas (CJA/CBMA). Estagiária no escritório Tauil & Chequer Advogados Associado a Mayer Brown.

1. INTRODUÇÃO

José Cretella Neto já escrevera que, na sociedade contemporânea, o patrimônio imaterial e informacional das corporações “é dezenas ou centenas de vezes mais elevado do que o dos ativos materiais, como instalações e equipamentos”.³ Tal reflexão mostra-se extremamente pertinente na atual conjuntura da arbitragem brasileira, em que, com o avanço de procedimentos com a Administração Pública, vem se flexibilizando a confidencialidade da arbitragem.

O princípio da publicidade tornou-se regra nas arbitragens com o Estado a partir da Lei nº 13.129/2015, que acrescentou o §3º ao art. 2º da Lei nº 9.307/1996⁴ (Lei de Arbitragem). Contudo, tratando-se a confidencialidade de um dos diferenciais do procedimento arbitral, muito se tem debatido acerca de quais as hipóteses em que o sigilo ainda poderá ser preservado, mesmo quando um dos polos do procedimento for ocupado pela Administração Pública.

Assim, o presente artigo, levando em conta que a confidencialidade é uma característica relevante da arbitragem, busca contribuir para a discussão quanto à possibilidade de mitigação da publicidade de procedimentos arbitrais com a Administração Pública e, caso se entenda ser essa possível, em quais hipóteses e em qual medida deve-se preservar o sigilo.

O tema é importante, porque, com o amadurecimento dos debates quanto à arbitrabilidade objetiva e subjetiva de temas relacionados à Administração Pública,⁵ o número de arbitragens dessa natureza, que já é expressivo, tende apenas a crescer. Se a reforma de 2015 já permitia que o Estado se utilizasse de tal método de resolução de disputas, a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) colocou fim a qualquer dúvida.

Nesse contexto, diversos entes federativos vêm editando atos infralegais que regulam a publicidade dos procedimentos em que estejam envolvidos seus órgãos. Como essa regulamentação infralegal é incipiente, é necessária maior reflexão doutrinária acerca das diretrizes que devem orientar a edição e interpretação de tais normas.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivos analisar como a doutrina brasileira trata a confidencialidade em procedimentos arbitrais, especialmente naqueles envolvendo a Administração Pública; verificar quais diretrizes os tribunais arbitrais internacionais têm

³ CRETELLA NETO, José. **Quão sigilosa é a arbitragem?**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 25/2010, pp. 43-70.

⁴ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)" (Brasil, 1996).

⁵ A arbitrabilidade objetiva refere-se às matérias que podem ser submetidas à arbitragem: “*para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (parte final do art. 1º da Lei nº 9.307/96). Por anos, debateu-se se questões afetas à Administração Pública poderiam ser enquadradas nesse conceito.

seguido para mitigar a publicidade em arbitragens de investimento, assim classificados os procedimentos voltados à resolução de disputas entre investidores estrangeiros e Estados, derivadas de tratados de investimento⁶; e, a partir disso, avaliar, comparativamente, os decretos estaduais e municipais já editados sobre esse tema.

Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica, utilizando-se como referência preponderantemente artigos publicados sobre o tema a partir de 2015 (ano de promulgação da Lei n.º 13.129/2015), decisões arbitrais paradigmáticas e levantamento de recortes jurisprudenciais. Adotou-se o método dedutivo, pois, partindo do pressuposto de que a confidencialidade deve ser resguardada tanto quanto possível na arbitragem, analisou-se a compatibilidade dos decretos já editados com tal premissa.

O presente artigo, então, está estruturado da seguinte maneira: (i) a confidencialidade como regra da arbitragem em geral; (ii) exceções à confidencialidade, em especial, no caso de envolvimento do Estado; (iii) diretrizes lançadas por decisões proferidas em arbitragens de investimento quanto à limitação à transparência; e (iv) comparação dos atos infralegais dos entes federativos brasileiros.

2. CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.2. Confidencialidade Enquanto uma das Vantagens do Procedimento Arbitral

No Brasil, a arbitragem não é necessariamente confidencial. Para tanto, depende do acordo das partes na convenção de arbitragem, seja ao preverem a confidencialidade, seja por decidirem aderir a regulamento que a determine. De todo modo, um dos diferenciais que levam os sujeitos à via arbitral é a possibilidade de sigilo e descrição.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de José Emílio Nunes Pinto:

Já examinamos que a confidencialidade é uma expectativa das partes ao elegerem a via arbitral para a solução de suas controvérsias. Ao buscarem um caminho que possa assegurar a confidencialidade, as partes estimam que, para a condução de seus negócios e operações e continuidade da sua relação negocial, o conhecimento por parte do público da mera existência da controvérsia ou de dados e informações que

⁶ DERAIS, Yves; SICARD-MIRABAL, Josef A. **Introduction to Investor-State Arbitration**. Kluwer Law International BV, 2018, p. 1.

sejam trazidos à discussão será detrimental, podendo, inclusive, causar danos a seus interesses e patrimônio.⁷

Da mesma forma, Ronaldo Vasconcelos e Mateus Pires Zottarelli entendem que a confidencialidade é uma expectativa das partes que submetem conflitos à arbitragem:

Com o passar dos anos, a comunidade arbitral foi acostumada a associar a privacidade do procedimento arbitral como um dever implícito de confidencialidade, de modo que, sob o manto da boa-fé objetiva, a confidencialidade se tornou uma expectativa das partes, na qual se cria um dever paralelo de proteção das informações prestadas, inerente a todo, ou grande parte, dos procedimentos.⁸

Não se ignora que existem autores que questionam o entusiasmo da comunidade jurídica brasileira com a confidencialidade das arbitragens. No entanto, mesmo pensadores como Guilherme Setogutti Pereira – que põe em questão a confidencialidade dos procedimentos em face do princípio do *full disclosure* do direito societário – reconhece que, embora não haja uma previsão legal expressa, a regra é o sigilo das arbitragens brasileiras.⁹

A corroborar que a confidencialidade contribui para a escolha da arbitragem, mencione-se, além de estudo de Christian Bühring-Uhle nos anos 1990 para arbitragens internacionais,¹⁰ relatório recente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr em conjunto com o Instituto de Pesquisas Ipsos, específico para arbitragens domésticas.¹¹ Por meio de pesquisas com profissionais do setor, concluiu-se que dentre os principais fatores de predileção pela arbitragem consta a confidencialidade.

Ademais, as câmaras arbitrais brasileiras, como a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI,¹² Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem

⁷ PINTO, José Emílio Nunes. **A confidencialidade na arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, 2005, pp. 25-36.

⁸ VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. **Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública**: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do Instituto. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 70, Abr-Maio-Jun 2021, p. 15.

⁹ “Em nenhum momento a legislação brasileira impõe a confidencialidade como regra procedimental obrigatória da arbitragem. Mas a confidencialidade sem dúvida é uma prática arbitral, de modo que, exceto nas situações em que a lei impõe um regime de publicidade (como nas arbitragens envolvendo o Poder Público), uma arbitragem sob regime de publicidade (ainda que parcial) é uma autêntica avis rara” (PEREIRA, Guilherme Setogutti J. Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords.). **Processo Societário**. Vol. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 219-239).

¹⁰ BÜHRING-UHLE, Christian. **Arbitration and mediation in international business**. Kluwer Law International, 1996.

¹¹ ABBUD. André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBAr-Ipsos**. Disponível em <https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

¹² “ARTIGO 9º Confidencialidade

1 Inexistindo acordo em contrário entre as partes e salvo se vedado pela lei aplicável:

a) o Procedimento, mas não o fato deste estar a ocorrer, ter ocorrido ou vir a ocorrer, é privado e confidencial;

CIESP/FIESP,¹³ o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM/CCBC,¹⁴ CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil,¹⁵ Câmara FGV de Mediação e Arbitragem,¹⁶ a AMCHAM Brasil¹⁷ e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA,¹⁸ preveem que os procedimentos arbitrais submetidos aos seus respectivos regulamentos são, via de regra, confidenciais.

Nas arbitragens *had doc*, o Regulamento de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law – Uncitral* não alça a confidencialidade à qualidade de característica inerente dos procedimentos arbitrais, deixando que as partes o decidam por meio

b) qualquer acordo entre as partes deverá ser mantido em sigilo, exceto se uma parte tiver o direito de revelá-lo, na medida em que essa revelação seja exigida pela lei aplicável ou seja necessária para efeitos da sua implementação ou execução.” (CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL – CCI. **Regulamento de arbitragem em vigor a partir de 1º de janeiro de 2021.** Disponível em <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹³ “10.6. É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento à determinação legal.” (CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Regulamento de arbitragem.** Disponível em <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁴ “14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.” (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL CANADÁ – CAM/CCBC. **Regulamento de arbitragem 2012.** Disponível em <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁵ “13.1 O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros, demais profissionais que atuarem no caso e às próprias partes, divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade e o disposto no presente regulamento.” (CAMARB – CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. **Regulamento de arbitragem – Versão de 12 de agosto de 2019.** Disponível em <[https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/10/regulamento-de-arbitragem-camarb-2019_atualizado2019](https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2019/10/regulamento-de-arbitragem-camarb-2019_atualizado2019.pdf)>.pdf. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁶ “Art. 46 - Os processos de arbitragem deverão transcorrer em absoluto sigilo, sendo vedado aos membros da Câmara FGV, aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento, salvo se expressamente autorizado por todas as partes ou em caso de ordem judicial.” (CÂMARA FGV DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Regulamento de arbitragem da Câmara FGV.** Disponível em <<https://camara.fgv.br/artigos/versao-de-2016-vigente>>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁷ “20.1. Salvo acordo entre as Partes ou decisão do Tribunal Arbitral em sentido contrário, o procedimento arbitral é sigiloso, sendo vedado a todos os membros do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, aos(às) árbitros(s), às Partes e a quaisquer outros eventualmente envolvidos divulgar quaisquer informações a ele relacionadas, salvo mediante autorização escrita de todas as Partes.” (AMCHAM BRASIL. **Regulamento de arbitragem novo.** Disponível em <<https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2021/arbitragem-comercial-regulamento.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022).

¹⁸ “17.1. Salvo acordo em contrário das partes, ou se exigido por lei aplicável às partes, os membros do Tribunal Arbitral e do Centro manterão confidencialidade sobre os assuntos relacionados à arbitragem, salvo aqueles porventura já de domínio público ou que já tenham sido de alguma forma divulgados.” (CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CBMA. **Regulamento de arbitragem.** Disponível em <<https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2022/01/Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022).

de sua autonomia privada.¹⁹ Mesmo assim, o art. 7º do Regulamento de Arbitragem da Uncitral prevê que os árbitros devem tomar medidas para evitar a divulgação de informações confidenciais e sensíveis das partes, tais quais segredos de indústria e Estado.

Analogamente, a *International Bar Association – IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* determina que todos os documentos produzidos pelas partes no âmbito do procedimento arbitral, a não ser que sejam de domínio público, devem ser mantidos em sigilo pelas partes e árbitros e não podem ser utilizados para qualquer propósito estranho à arbitragem.²⁰

Privilegiando a confidencialidade dos procedimentos arbitrais, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 189, IV, prevê que processos que versem sobre arbitragem, como ações anulatórias de sentença arbitral, cumprimento de sentença arbitral e/ou de carta arbitral, deveriam ser mantidos em sigilo desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. Logo, apesar de a jurisprudência mais recente dos tribunais brasileiros mitigar tal disposição, mesmo em conflitos tipicamente comerciais,²¹ é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro admite, em regra — ou, ao menos, *deveria* admitir —, a confidencialidade das arbitragens.

Assim, partindo-se da premissa de que a arbitragem é um método de resolução de disputas que tem um papel chave no acesso à justiça²² e que o sigilo é um diferencial que fomenta a adoção de procedimentos arbitrais, não é exagero dizer que a confidencialidade na resolução de disputas arbitrais promove interesse público. Isto é, não opera apenas a favor das partes que estão litigando.

A esse respeito, José Emílio Nunes Pinto, por mais que não o faça sob a ótica do acesso à Justiça, coaduna com o entendimento de que a preservação da confidencialidade da arbitragem fomenta interesse público no desenvolvimento da atividade econômica:

[...] Portanto, muito antes de servir como um meio capaz de afetar o interesse público, a confidencialidade se destina a preservá-lo. Isso, no entanto, não significa que, em

¹⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW – UNCITRAL. **Uncitral arbitration rules**. Vienna, Áustria, 2021. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

²⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION – IBA. **IBA rules on the taking of evidence in international arbitration**. Londres, Reino Unido, 2021. Disponível em <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

²¹ PRADO, Viviane Muller. NANI, Ana Paula Ribeiro. A flexibilização do sigilo arbitral: as discussões na administração pública, no mercado de capitais e no judiciário. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 70/2021, pp. 201-226.

²² CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 82-83.

casos como os que o Estado e empresas estatais figuram como partes, bem como os que envolvam as companhias abertas, a confidencialidade não venha a ceder, em parte, espaço à publicidade, mas certo é que, mesmo nesses casos, a divulgação que se pode esperar estará limitada a órgãos competentes para a condução de atividades de controle ou divulgação limitada ao público em geral.²³

Pedro A. Batista Martins, por outro lado, ressalta que a confidencialidade da arbitragem promove direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988:

Vê-se que a arbitragem une os valores da liberdade e os conceitos do Estado soberano. Esse campo de liberdade se alia à garantia de confidencialidade e ao direito à privacidade, elementos implícitos ao contemporâneo princípio do *due process of law*. Informação é poder – que liberta ou aprisiona – daí estar elevada à categoria dos direitos individuais elencados em nossa Constituição. Não é sem razão que a confidencialidade é da própria natureza do instituto arbitral.²⁴

Destarte, por mais que seja controverso o paradigma da confidencialidade como característica inerente à arbitragem, é possível afirmar que o sigilo, além de desejável, segue sendo a regra dos procedimentos arbitrais domésticos.

2.3. A Confidencialidade em Arbitragens Envolvendo a Administração Pública

Ao lado de arbitragens sobre mercado de capitais e sócios minoritários,²⁵ a arbitragem com a Administração Pública é uma das principais exceções à confidencialidade dos procedimentos. Diferentemente dos procedimentos nos quais há apenas interesses particulares em jogo, quando as disputas afetam assuntos de interesse do Poder Público, impõe-se a observância do princípio da publicidade, conforme dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988.²⁶ A razão de ser dessa exigência constitucional reside na necessidade de se permitir o controle dos atos administrativos, como bem observado por Alex Hatanaka:

²³ PINTO, José Emílio Nunes. **A confidencialidade na arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, 2005, pp. 25-36.

²⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. In **Revista Brasileira de Arbitragem** (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2003, Volume 0 Issue 00), pp. 7 - 15.

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 52/2017, pp. 63-69.

²⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2022).

O princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal consagra o dever da Administração de manter plena transparência de seus atos, sendo inadmissível em um Estado Democrático de Direito que o povo, titular final do poder, seja privado de acesso a informações que a todos interessam ou que individualmente os afetam. Trata-se de imperativo para que o cidadão e a sociedade possam supervisionar e controlar o trato da coisa pública e deve ser respeitado, também, nos litígios que envolvem a Administração.²⁷

Por conta da aparente incompatibilidade entre o princípio da publicidade e a típica confidencialidade dos procedimentos arbitrais, muito se debateu acerca da possibilidade de conflitos envolvendo a Administração Pública serem submetidos à arbitragem²⁸. A propósito, Carlos Alberto Carmona já vislumbrava a possibilidade de compatibilizar sigilo e publicidade:

Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida entre as partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral.²⁹

De modo a pacificar, ao menos parcialmente, o apontado dilema, a Lei n.º 13.129/2015, modificando a Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), de um lado, autorizou a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta, “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem). De outro, determinou que a arbitragem que envolva a administração pública “respeitará o princípio da publicidade” (art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem).

A partir da Reforma de 2015 da Lei de Arbitragem, há certo consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à publicidade dos procedimentos envolvendo a Administração Pública, por mais que seja essa a exceção em procedimentos arbitrais tipicamente comerciais. Nesse sentido, publicou-se, em agosto de 2020, o Enunciado n.º 15 da I Jornada de Direito Administrativo,³⁰ segundo o qual incumbe à Administração Pública promover a publicidade

²⁷ HATANAKA, Alex Sandro. O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei n.º 9.307/1996. **Revista Brasileira de Arbitragem**. vol. XIII: 2016, p. 7.

²⁸ PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. **A flexibilização do sigilo arbitral**: as discussões na administração pública, no mercado de capitais e no judiciário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 70, 2021, p. 2.

²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2, ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

³⁰ “Enunciado 15: A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação.” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CEJ/CJF. Enunciados da I Jornada de Direito Administrativo. 2020. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>>. Acesso em: 14 out. 2022).

das arbitragens da qual seja parte, em observância à Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).³¹

Contudo, diversos doutrinadores têm defendido que a aplicação do princípio da publicidade em arbitragens com a Administração Pública comporta limitações. Selma Maria Ferreira Lemes já havia elucidado, antes da reforma de 2015, que, mesmo sendo a transparência a regra das arbitragens com o Poder Público: “os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral”³².

Atualmente, as maiores divergências pairam, então, sobre quais seriam as exceções à publicidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública. Ronaldo Vasconcelos e Mateus Pires Zottarelli elucidam, seguindo, *grosso modo*, o critério delineado por Selma Maria Ferreira Lemes, que deve se manter a confidencialidade, nas arbitragens de tal natureza, “(i) quando há estratégias comerciais ou segredos industriais em jogo ou, até mesmo, (ii) quando há fatos que possam influenciar na regular competitividade do mercado financeiro”.³³

Outros referenciais relevantes podem ser extraídos de parecer da Advocacia-Geral da União. Em processo administrativo instaurado a partir de e-mail enviado à sua Ouvidoria-Geral,³⁴ requisitaram-se todas as manifestações e decisões que levaram à exclusão da União da arbitragem n.º CCI 23.960. Viviane Prado e Ana Nani, analisando trechos do Parecer, destacam:

[...] Sustentou que as informações constantes dos processos arbitrais que revelarem a estratégia de negócio de empresas públicas ou outorgadas que possam gerar alguma vantagem competitiva a outros agentes econômicos devem ser consideradas sigilosas, assim como os processos que contenham informações ou documentos relacionados à defesa da União nos processos arbitrais, que devem ser considerados sigilosos em razão da necessidade de não restar revelada a estratégia de defesa da União.³⁵

³¹ Assim dispõe o seu art. 5º: “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.” (BRASIL. Lei n.º 12.527/2011. Brasília, Distrito Federal, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 14 out. 2022)

³² LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 17:342/54, jul./set., 2002, p. 20.

³³ VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. **Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do Instituto**. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 70, Abr-Maio-Jun 2021, p. 15.

³⁴ ADOGACIA GERAL DA UNIÃO. **Informações 0003/2020/CORDNEA/NEA/CGU/AGU**”, NUP 00.688.001198/2020-19. Interessados: Ouvidoria-Geral da AGU; Assunto: Dever de Informação, 2020.

³⁵ PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. **A flexibilização do sigilo arbitral: as discussões na administração pública, no mercado de capitais e no judiciário**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 70: 2021, p. 3-4.

Percebe-se, portanto, que é admitida a confidencialidade em arbitragens com a Administração Pública. Entretanto, por essa demandar a ponderação de princípios constitucionais, é necessário o estabelecimento de claras diretrizes.

3. ANÁLISE DE DECISÕES ARBITRAIS INTERNACIONAIS

Para esclarecer de qual forma pode-se mitigar a publicidade de procedimentos arbitrais com a Administração Pública, passa-se à análise de decisões proferidas em arbitragens internacionais de investimento, que, conforme definido, consistem em procedimentos voltados à resolução de disputas entre investidores e Estados, derivadas de tratados de investimento.³⁶

Primeiro, no caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, procedimento ICSID nº ARB/05/22, o tribunal arbitral proferiu a Ordem Processual n.º 3, dispondo sobre a publicidade do procedimento e dos documentos juntados pelas partes. Nessa hipótese, considerando que o regulamento de arbitragem aplicável não impunha a confidencialidade, mas também não estipulava a publicidade, o tribunal arbitral decidiu que não poderiam ser divulgados documentos e informações que pudessem colocar em risco a integridade do procedimento arbitral, ao menos até a prolação da sentença:

- (a) Todas as partes devem se abster de divulgar a terceiros:
 - i. a ata ou o registo de quaisquer audiências;
 - ii. qualquer dos documentos produzidos no processo arbitral pela parte contrária, quer no âmbito de um exercício de divulgação, quer de outra forma;
 - iii. qualquer dos pedidos ou memoriais escritos (e quaisquer declarações de testemunhas ou relatórios de peritos anexos); e
 - iv. qualquer correspondência entre as partes e/ou o Tribunal Arbitral trocada em relação ao processo arbitral. (tradução livre)³⁷

Segundo, no caso *Abaclat and Others (former Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic*, procedimento ICSID nº ARB/07/05, o tribunal arbitral também proferiu Ordem Processual n.º 3 que versava sobre o grau de transparência com o qual o procedimento deveria ser tratado. Nessa arbitragem, decidiu-se que a publicidade deveria ser restrita apenas

³⁶ DERAIS, Yves; SICARD-MIRABAL, Josef A. **Introduction to Investor-State Arbitration**. Kluwer Law International BV, 2018, p. 1.

³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Processual n.º 3 do Procedimento Arbitral ICSID n.º ARB/05/22**. Requerente: Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. Requerido: República Unida da Tanzânia. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2006. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

ao quanto estritamente necessário, a fim de resguardar, a integridade do procedimento e os direitos das partes. Confira-se:

Essa omissão do regramento do ICSID levou vários autores e tribunais a tomarem a posição de que a Convenção e o Regulamento do ICSID não impedem as partes de divulgarem o seu caso, ou mesmo de divulgarem sentenças e outras decisões pertinentes. No entanto, sendo amplamente reconhecido que as partes podem participar em discussões gerais sobre o caso em público, alguns tribunais consideraram apropriado estabelecer limites expressos a essa liberdade, exigindo que as partes limitem a discussão pública do caso 'ao que for considerado necessário', 'ao mínimo necessário', sujeito apenas a qualquer obrigação de divulgação imposta externamente, pela qual qualquer um deles possa estar legalmente vinculado', ou 'ao que for necessário, e não seja utilizado como instrumento para antagonizar as partes, exacerbar as suas diferenças, pressionar indevidamente uma delas, ou tornar a resolução do litígio potencialmente mais difícil [...]

À luz das considerações anteriores, embora o Tribunal partilhe a opinião de que a transparência na arbitragem de investimentos deve ser encorajada como meio de promover a boa governança dos Estados, o desenvolvimento de um corpo de jurisprudência bem fundamentado e coerente no direito internacional de investimentos e, conseqüentemente, a segurança jurídica e a confiança no sistema de arbitragem de investimentos, também acredita-se que as considerações de transparência não devem justificar medidas que exacerbam o litígio ou comprometam a integridade do processo de arbitragem. Além disso, as considerações de transparência podem não prevalecer sobre a protecção de informações privilegiadas e/ou de outra forma protegidas contra a divulgação ao abrigo da legislação interna de uma Parte. (tradução livre).³⁸

Os critérios lançados nesses paradigmas parecem ter encontrado aderência na prática arbitral. Afinal, pesquisando-se na base de dados da plataforma *Kluwer Arbitration*, aplicando-se recortes jurisprudenciais temáticos e temporais,³⁹ localizou-se 17 sentenças e/ou ordens processuais arbitrais proferidas em arbitragens de investimento no ano de 2022. Desse universo, apenas 7 tratavam de confidencialidade do procedimento⁴⁰ e as outras 10 não.⁴¹ Das 7 sentenças

³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Processual n.º 3 do Procedimento Arbitral ICSID n.º ARB/07/5**. Requerente: Abaclat e Outros. Requerido: República da Argentina. Washington, DC, Estados Unidos da América, 2010. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0002.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

³⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 143-144.

⁴⁰ (i) Tennant Energy, LLC v. Government of Canada – Sentença; (ii) Finley Resources Inc., MWS Management Inc. and Prize Permanent Holdings, LLC v. United Mexican States – Ordem Processual n.º 2; (iii) Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua – Ordem Processual n.º 3; (iv) Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua – Ordem Processual n.º 1; (v) Resolute Forest Products INC. v. Government of Canada – Sentença; (vi) Neustar, Inc. v. Republic of Colombia – Ordem Processual n.º 2; e (vii) Renergy S.a.r.l. v. Kingdom of Spain – Sentença

⁴¹ (i) AHG Industry GMBH & CO. KG v. Republic of Iraq – Sentença; (ii) Mr. Bedri Selmani v. Republic of Kosovo – Sentença; (iii) Resolute Forest Products INC. v. Government of Canada – Declaração de entendimento divergente de coárbitro; (iv) Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. v. Estado Plurinacional de Bolivia – Sentença; (v) Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua – Ordem Processual n.º 2; (vi) Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. The Kingdom of Spain – Sentença; (vii) Mainstream Renewable Power Ltd and others v. Federal Republic of Germany – Sentença; (viii) Renergy S.a.r.l. v. Kingdom of Spain – Declaração de

e/ou ordens processuais consultadas que versam sobre a confidencialidade, em cem por cento dos casos foi estabelecida alguma restrição à publicidade a despeito de um Estado figurar como parte da disputa.

Entende-se que a legislação brasileira e os regulamentos das câmaras arbitrais mencionados acima são compatíveis com a solução dada nesses precedentes. De um lado, é verdade que a transparência deve prevalecer nos procedimentos com a Administração Pública, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. De outro, não é menos verdade que o sigilo de informações sensíveis do Estado e da privacidade e autonomia privada dos particulares também deve ser salvaguardado nos termos dos arts. 5º, X, XII e XXXIII, bem como 93, IX, da Constituição de República de 1988.

Como se sabe, não há direitos absolutos. Ou seja, se, como se viu, a confidencialidade dos procedimentos arbitrais não pode ser tida como dado inerente, comportando relativizações, o mesmo deve valer para a publicidade. Afinal, os direitos constitucionais são máximas de otimização,⁴² devendo-se, diante das particularidades do caso concreto, dar-se a devida transparência aos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, sem, contudo, aviltar os direitos dos particulares à proteção de informações sensíveis e confidenciais.⁴³

Portanto, as ordens processuais analisadas revelam que tribunais arbitrais internacionais corroboram com o entendimento de que, para fins de possibilitar a publicidade e, por conseguinte, o controle social dos procedimentos arbitrais, não é necessário que se dê a eles amplo e irrestrito acesso, sob pena de colocar em risco a integridade das arbitragens e os direitos das partes.

entendimento divergente de coárbitro; (ix) Koch Industries, Inc. and Koch Supply & Trading, LP v. Canada – Ordem Processual nº 2; e (x) AES Corporation v. THE Argentine Republic – Impugnação ao tribunal arbitral.

⁴² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

⁴³ “De acordo com a interpretação civil contemporânea, não se pode conceber que existam direitos absolutos, mesmo naqueles direitos dotados de oponibilidade erga omnes, como os direitos reais, que se sujeitam a regras limitativas impostas pela função social do direito de propriedade, consagrada na Carta Política (art. 5.º, XXIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Isso porque, de acordo com o postulado essencial da historicidade dos institutos de Direito Civil, 'tudo assume uma dimensão histórico-relativa', devendo-se, pois, avaliar, em cada caso, o merecimento de tutela do interesse presente em cada situação jurídica subjetiva, ou seja, em cada direito, poder, faculdade, etc. [...].” (BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 49/2016, pp. 157-172).

4. EDIÇÃO DE DECRETOS QUE TRATAM DA PUBLICIDADE EM ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.2. Similaridades e Particularidades dos Decretos já Editados

Frente às apontadas decisões de tribunais arbitrais internacionais, analisa-se se, então, se os decretos brasileiros já editados que têm como escopo a publicidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública também admitem, em algum grau, a proteção da confidencialidade.

A competência para legislar sobre arbitragem é concorrente entre a União, Estados e Municípios, nos termos do inciso XI do art. 24 da Constituição Federal de 1988.⁴⁴ À União, cabe a edição de normas gerais e a regulamentação dessa legislação para a Administração Pública federal, tarefa já efetivada quando da edição da reforma de 2015 da lei de arbitragem, dispondo sobre a publicidade de procedimentos envolvendo a Administração Pública, e, a princípio, com o Decreto nº 8.465/2015 (chamado de "Decreto dos Portos", que viria a ser revogado após sofrer duras críticas doutrinárias,⁴⁵ dando lugar o Decreto n.º 10.025/2019).

Assim, restou aos Estados e aos Municípios dispor, no âmbito de suas respectivas esferas, sobre como essa transparência seria garantida concretamente. Tomando como contraexemplo, em maior ou menor grau, o Decreto dos Portos de 2015, os entes federativos editaram, cronologicamente, as seguintes regulamentações: o Decreto nº 46.245/2018, do

⁴⁴ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2022).

⁴⁵ “Consideramos mais do que um exagero, na verdade grave equívoco, o recente Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, que dispõe sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Ao prever em seu art. 3º, IV, que todas as informações sobre os processos no setor portuário serão tornadas públicas, a norma, ao que indica, afasta qualquer hipótese de incidência da confidencialidade nessas arbitragens. A nosso ver, se o que a norma pretende é a ampla e irrestrita publicidade nas arbitragens do setor portuário, a par do desmedido e radical extremismo, pode redundar em “tiro no pé”, pois esquece que tanto o privado como a própria Administração Pública podem, em certa medida e em casos específicos, ter informações ou dados relevantes que não mereçam ser tornados públicos”. (MARTINS, Julia Girão Baptista. Administração pública: arbitragem e confidencialidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 53, 2017, p. 8).

estado do Rio de Janeiro⁴⁶; o Decreto nº 64.356/2019, estado de São Paulo;⁴⁷ o Decreto nº 59.963/2020, do município de São Paulo;⁴⁸ e o Decreto nº 9.929/2021 do estado de Goiás.⁴⁹

Relevante, nesse contexto, a análise das similaridades e das particularidades de cada um desses Decretos. Primeiro, todos, sem exceção, estabelecem que os atos do procedimento arbitral serão públicos, mas excepcionam a essa regra, no mínimo, as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. Enquanto as primeiras estão previstas em leis esparsas,⁵⁰ as segundas foram elencadas no art. 189, I a IV, do Código de Processo Civil de 2015.⁵¹

Alguns Decretos foram mais específicos: o Decreto nº 59.963/2020, do município de São Paulo, dispõe que também serão sigilosas as informações “necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial”, enquanto o Decreto nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro, ressaltou, em seu art. 13, as hipóteses “de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público”.

Tais Decretos são praticamente idênticos no tocante ao que consideram “atos do procedimento arbitral”, bem como quanto à preservação de certo grau de privacidade nas audiências. Veja, exemplificativamente, o disposto nos § 1º e 3º do art. 12 do Decreto nº 9.929/2021 do estado de Goiás:

⁴⁶ RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018.** Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. nº 032, Parte I.

⁴⁷ 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. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Palácio dos Bandeirantes, 31 de julho de 2019.

⁴⁸ SÃO PAULO. **Decreto nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020.** Regulamenta o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020, para o fim de dispor sobre o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da Cidade de São Paulo.

⁴⁹ GOIÁS. **Decreto nº 9.929, de 24 de agosto de 2021.** Dispõe sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a administração pública estadual seja parte. Diário Oficial do Estado de Goiás.

⁵⁰ Confira-se alguns exemplos: conforme art. 25, §1º, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), “[o] acesso, a divulgação e o tratamento de informação [...] sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento [...]”. No mesmo sentido, o art. 206 da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) dispõe que, havendo nos autos “[...] segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.”

⁵¹ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º Para o atendimento deste artigo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, os laudos periciais, o termo de arbitragem ou instrumento congênere e as decisões dos árbitros. [...]

§ 3º As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, aos secretários do Tribunal Arbitral, às partes, aos respectivos procuradores, às testemunhas, aos assistentes técnicos, aos peritos, aos funcionários da câmara arbitral e às pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

Por outro lado, a diferença mais expressiva entre os Decretos reside na atribuição de competência para a divulgação da informação, bem como no meio por meio do qual essa deve ser publicada. Segundo os dois Decretos mais antigos, dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, cabe à Procuradoria Geral do Estado a disponibilização dos atos do procedimento arbitral. No caso de São Paulo, o órgão deverá sempre disponibilizá-los na rede mundial de computadores (art. 12, § 2º), enquanto, no caso do Rio de Janeiro, a disponibilização ocorrerá apenas “mediante requerimento de eventual interessado” (art. 13, § 2º).

O Decreto nº 46.245/2018, do Rio de Janeiro, novamente é mais específico, ao dispor acerca de quais seriam, de forma complementar, as incumbências do tribunal arbitral. De um lado, a esse cabe decidir “sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes”. De outro, a instituição arbitral poderá, quando consultada, “informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido”.

Já para os dois últimos Decretos, do Município de São Paulo e do estado de Goiás, a promoção da publicidade caberia apenas aos tribunais arbitrais. Esses, nos termos do Decreto nº 59.963/2020, do município de São Paulo, devem, exceto se houver convenção entre as partes, “fornecer o acesso às informações de que trata o caput deste artigo, especialmente sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido” (art. 16, § 1º). O Decreto nº 9.929/2021, do estado de Goiás, foi mais radical, ao estabelecer que “às câmaras arbitrais competirá assegurar a publicidade dos atos minuciados no § 1º deste artigo, sob pena de descredenciamento” (§ 2º do art. 12).

Portanto, em uma análise descritiva, percebe-se que, apesar das semelhanças entre os Decretos editados, há também divergências relevantes, especialmente no que diz respeito ao agente responsável por promover a publicidade e os contornos da divulgação exigida.

4.3. Análise Comparativa dos Decretos e Tendências

Frente à forma como os Decretos tratam a matéria, vê-se que, com exceção do Decreto dos Portos, todos, em maior ou menor grau, expressam alguma preocupação com a preservação da confidencialidade, assim como as mencionadas ordens processuais. Afinal, todos colocam ressalvas à regra da publicidade, em atenção às hipóteses já previstas em lei de sigilo ou segredo de justiça. Ronaldo Vasconcelos e Mateus Zottarelli, notando essa tendência, observam que:

Sucintamente, portanto, pode-se dizer que, no âmbito da arbitragem e Administração Pública nacional, a legislação tem levado em consideração, ou pelo menos tentado, a confidencialidade usual do instituto, atentando-se todos os danos e perigos que a divulgação de certas informações pode gerar às partes, sem, no entanto, deixar de lado o respeito aos princípios constitucional de publicidade e transparência dos atos administrativos.⁵²

Especialmente o Decreto nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro, é o mais detalhista e descritivo quanto aos contornos da publicidade e da confidencialidade em arbitragens envolvendo a administração pública. Isso porque é o único que prevê que: (i) a disponibilização das informações, pela Procuradoria Geral do Estado, ocorrerá apenas “mediante requerimento de eventual interessado” (art. 13, § 2º), e (ii) caberá aos Tribunais Arbitrais decidir sobre os pedidos formulados pelas partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Assim, dentre aqueles analisados, nota-se que o Decreto nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro, é o mais consistente com a premissa de que a confidencialidade deve ser preservada o tanto quanto possível à garantia, concomitantemente, da publicidade, porque é o que melhor estabelece as formas como poderão ocorrer mitigações à transparência das arbitragens envolvendo a Administração Pública.⁵³

Por outro lado, considerando a cronologia dos Decretos editados, nota-se uma tendência a se transferir a responsabilidade pela promoção da publicidade das Procuradorias às câmaras

⁵² VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do Instituto. **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 70, Abr-Maio-Jun 2021, p. 16.

⁵³ “Além disso, é possível observar a predisposição quanto ao princípio da confidencialidade nesses decretos, ao verificarmos a estipulação de que o sigilo ou sigilo das informações dependerá de autorização expressa do próprio tribunal, o qual analisará os pedidos formulados por quaisquer dos integrantes, considerando a confidencialidade dos documentos e das informações protegidos por lei e/ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes” (VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do Instituto. **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 70, Abr-Maio-Jun 2021, p. 16).

arbitrais, sendo nesse sentido as disposições do Decreto nº 59.963/2020, do município de São Paulo, e do Decreto nº 9.929/2021, do estado de Goiás. Especialmente o mais recente, estabelece a pena de descredenciamento aos tribunais que não atenderem a essa exigência.

Nesse contexto, verifica-se a importância de que as câmaras arbitrais se atentem ao tema e estabeleçam, em seus regulamentos, diretrizes para possíveis mitigações ao princípio da publicidade em arbitragens envolvendo a Administração Pública. Algumas Câmaras já têm realizado essa tarefa, conforme indicam as autoras Viviane Prado e Ana Nani:

A título de exemplo, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) editou a Resolução Administrativa 15/2016 que, em seu artigo 1º, dispõe: “nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96 (LGL\1996\72), as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.”⁵⁴ A Câmara de Comércio Internacional (CCI) também divulgou o relatório “Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration”⁵⁵ (revisado em 2017) explicando sobre as regras da Câmara em disputas envolvendo os entes estatais. Referido relatório menciona, por exemplo, que as partes poderão acordar sobre o nível de transparência a ser adotado quanto às alegações apresentadas, às decisões etc.⁵⁶

Note-se que, nos regulamentos mencionados, pressupõe-se por conferir às partes autonomia para acordarem quais informações serão confidenciais no procedimento arbitral, o que, desde que essas se atentem às diretrizes estabelecidas nos Decretos, parece-nos uma boa tendência. Afinal, conforme explanado no capítulo 1.1, a confidencialidade e a autonomia das partes são vantagens significativas proporcionadas pela arbitragem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando a frase de José Cretella Neto, se atualmente o patrimônio informacional das corporações é mais valioso do que seus ativos materiais, o ordenamento brasileiro deve preservá-lo tanto quanto possível.

⁵⁴ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em: 12 out. 2022.

⁵⁵ Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-involving-states-state-entities-icc-rules-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>. Acesso em: 12 out. 2022.

⁵⁶ PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. A flexibilização do sigilo arbitral: as discussões na administração pública, no mercado de capitais e no judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 70, 2021, p. 4.

Dessa forma, em vista da Reforma de 2015 da Lei de Arbitragem que incluiu, dentre outras questões, a publicidade como regra das arbitragens com a Administração Pública (cf. art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem), o desafio que se coloca é criar critérios seguros para discernir as situações em que é necessário mitigar tal publicidade.

A prática internacional das arbitragens de investimento proporciona diretrizes sólidas para essa ponderação. Constatou-se que tribunais arbitrais internacionais têm entendido que a transparência não pode colocar em risco a integridade do procedimento nem das partes, fixando que (i) não podem ser publicizadas informações enquadradas nas hipóteses legais de sigilo, especialmente de segredo industrial e de comércio; (ii) apenas terceiros previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral podem assistir às audiências; e (iii) o tribunal arbitral deve ter a liberdade de avaliar no caso concreto a necessidade de manter informações em sigilo.

A partir dessa perspectiva, analisou-se, comparativamente, decretos brasileiros estaduais e municipais que tratam da temática. O decreto que parece adotar a técnica legislativa mais coerente com a prática internacional e que deve, portanto, jogar luzes sobre a interpretação dos demais é o de nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro, pois é o que melhor detalha como a publicidade deve ser promovida sem que sejam comprometidas informações sensíveis das partes e do procedimento.

6. REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil**: Pesquisa CBar-Ipsos. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. **Sentença do Procedimento Arbitral SCC nº 2016/135**. Requerente: Green Power Partners K/S e outros. Requerido: The Kingdom of Spain. Estocolmo, Suécia, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-11567.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

BÜHRING-UHLE, Christian. **Arbitration and mediation in international business**. Kluwer Law International, 1996.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DERAINS, Yves; SICARD-MIRABAL, Josef A. **Introduction to Investor-State Arbitration**. Kluwer Law International BV, 2018.

HATANAKA, Alex Sandro. O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9.307/1996. **Revista Brasileira de Arbitragem**. vol. XIII: 2016, p. 7/35. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/13.49/RBA2016001>. Acesso em: 9 out. 2022.

ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. **Sentença do Procedimento Arbitral ICC nº 24443/MHM/HBH**. Requerente: Mr. Bedri Selmani. Requerido: Republic of Kosovo. Paris, France, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12124.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Pcessual nº 2 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/21/25**. Requerente: Finley Resources Inc. e outros. Requerido: United Mexican States. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12136.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Pcessual nº 3 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/21/16**. Requerente: Riverside Coffee, LLC. Requerido: Republic of Nicaragua. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12126.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Pcessual nº 1 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/21/16**. Requerente: Riverside Coffee, LLC. Requerido: Republic of Nicaragua. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12127.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Pcessual nº 2 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/20/7**. Requerente: Neustar, Inc. Requerido: Republic of Colombia. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12132.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Sentença do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/14/18**. Requerente: Renergy S.a.r.l. Requerido: Kingdom of Spain. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-11688.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Sentença do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/20/21**. Requerente: AHG Industry GMBH & CO. KG. Requerido: Republic of Iraq. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-19983.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Sentença do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/21/26.** Requerente: Mainstream Renewable Power Ltd and others. Requerido: Federal Republic of Germany. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-11778.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Declaração de entendimento divergente de coárbitro do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/14/18.** Requerente: Renergy S.a.r.l. Requerido: Kingdom of Spain. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-11687.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Processual nº 2 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/14/18.** Requerente: Koch Industries, Inc. and Koch Supply & Trading, LP. Requerido: Canada. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12143.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Impugnação ao tribunal arbitral do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/14/18.** Requerente: Koch Industries, Inc. and Koch Supply & Trading, LP. Requerido: Canada. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-11730.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Sentença do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB(AF)/18/5.** Requerente: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Requerido: Estado Plurinacional de Bolivia. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12152.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Pocessual nº 2 do Procedimento Arbitral ICSID nº ARB/21/16.** Requerente: Riverside Coffee, LLC. Requerido: Republic of Nicaragua. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-12125.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Processual n.º 3 do Procedimento Arbitral ICSID n.º ARB/05/22.** Requerente: Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. Requerido: República Unida da Tanzânia. Wasington, DC, Estados Unidos da América, 2006. Diponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES – ICSID. **Ordem Processual n.º 3 do Procedimento Arbitral ICSID n.º ARB/07/5**. Requerente: Abaclat e Outros. Requerido: República da Argentina. Washington, DC, Estados Unidos da América, 2010. Disponível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0002.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. 17:342/54, jul./set., 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. **A arbitragem na visão do Poder Judiciário**. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International 2003, pp. 7 - 15.

MARTINS, Julia Girão Baptista. **Administração pública: arbitragem e confidencialidade**. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 53, 2017.

PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. A flexibilização do sigilo arbitral: as discussões na administração pública, no mercado de capitais e no judiciário. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 70, 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (Coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION – PCA. **Sentença Arbitral do Procedimento Arbitral PCA Nº 2018-54**. Requerente: Tennant Energy, LLC. Requerido: Government of Canada. Haia, Países Baixos, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-19963.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION – PCA. **Sentença Arbitral do Procedimento Arbitral PCA Nº 2016-13**. Requerente: Resolute Forest Products INC. Requerido: Government of Canada. Haia, Países Baixos, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-19968.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION – PCA. **Declaração de entendimento divergente de coárbitro do Procedimento Arbitral PCA Nº 2016-13**. Requerente: Resolute Forest Products INC. Requerido: Government of Canada. Haia, Países Baixos, 2022. Disponível em <<https://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-KACES-19969.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 52/2017.

VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. Publicidade na Arbitragem com a Administração Pública: Seis Anos da Lei nº 13.129/2015 e Consolidação do Instituto. **Revista Brasileira de Arbitragem**. nº 70, Abr-Maio-Jun 2021.

A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE QUANTO A APLICAÇÃO DO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Maria Carolina Leitão Monteiro de Barros¹

Resumo: O presente artigo trata da possibilidade de aplicar o procedimento arbitral nas execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública em face do contribuinte. Para isso, foi abordado o conceito do referido método de resolução de conflito, com ressalva sobre o Sistema Multiportas e a crítica perante a resistência do Poder Judiciário para aplicar os métodos alternativos de resolução de conflito, no âmbito do Direito Tributário. Ademais, foram abordados outros vocábulos importantes para a elucidação do tema em questão, sob a análise dos seus princípios norteadores, bem como foi analisado o Projeto de Lei nº4.257/2019, as propostas de alteração da Lei de Execução Fiscal, o Projeto de Lei nº4.468/2020 e as principais vantagens para aplicação da arbitragem nestas ações judiciais. O presente trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica para trazer à tona o pensamento dos atuais doutrinadores, experientes no assunto, no sentido de contribuir para uma análise minuciosa da forma a qual o Poder Judiciário se posiciona e encontra resistência em aplicar um novo método de resolução de conflito no ordenamento jurídico. O fato é que o presente artigo não visa esgotar o tema abordado e sim, demonstrar alternativas concretas para desafogar as inúmeras demandas inerentes às execuções fiscais através da aplicação de mudanças, inclusive, perante o Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Arbitragem; Execução Fiscal; Princípios; Vantagens; Regulamentação.

Abstract: This article deals with the possibility of applying the arbitration procedure in tax executions promoted by the Public Treasury against the taxpayer. For this, the concept of the method of conflict resolution was approached, with the exception of the Multi-door System and the criticism of the resistance of the Judiciary to apply alternative methods of conflict resolution, within the scope of Tax Law. In addition, other important words were addressed to elucidate the subject in question, under the analysis of its guiding principles, as well as the Bill Number. 4.257/2019, the proposals to amend the Tax Enforcement Law, the Bill Number. 4.468/2020 and the main advantages for the application of arbitration in these lawsuits. The present work used the bibliographic research to bring to light the thinking of current scholars, experienced in the subject, in order to contribute to a thorough analysis of the way in which the Judiciary is positioned and finds resistance in applying a new method of resolution. of conflict in the legal system. The fact is that this article does not aim to exhaust the topic addressed, but rather to demonstrate concrete alternatives to relieve the numerous demands inherent to tax executions through the application of changes, including before the Legislative Power.

¹ Advogada e Administradora Pública. Atualmente, é Residente Jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós graduanda em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas.

Keywords: Arbitration; Tax Enforcement; Principles; Advantages; Regulation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Uma breve análise dos meios alternativos de solução de conflito no sistema brasileiro; 3. O processo judicial tributário x o procedimento arbitral; 3.1 os princípios fundamentais da arbitragem; 3.2. A arbitragem no direito tributário brasileiro; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como principal objetivo demonstrar como o Poder Judiciário encontra-se congestionado para a resolução de conflitos cada vez mais céleres, eficientes e eficazes.

Inicialmente, serão apresentados alguns conceitos de suma importância para que o leitor entenda a necessidade da utilização de um sistema multiportas para a resolução de conflitos em face de uma cultura enraizada no que tange a ideia da judicialização. Em face do marco histórico advindo com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), serão apresentados os conceitos básicos dos métodos adequados de resolução de conflitos presentes no atual ordenamento.

Assim sendo, breves comentários serão feitos trazendo à tona os principais argumentos de que, com o advento do referido diploma legal, houve, conseqüentemente, uma provocação inegável de diminuição de trabalho do Judiciário, através do uso da negociação, da mediação, da conciliação e da arbitragem, ora objeto do presente estudo.

Neste sentido, será proposta uma análise perante a celeridade do procedimento arbitral e a capacidade de resolução de conflitos cada vez mais precisos, informais e confidenciais. O presente artigo terá como principal objetivo demonstrar que o procedimento arbitral deve ser visto como uma alternativa adequada por meio de Poder Público, para cobrar do particular o crédito pecuniário pois, se assim não entender, o congestionamento judicial e a morosidade do Poder Judiciário continuarão sendo um assunto em alta.

No que tange a arbitragem, ora objeto do presente estudo, importante se faz ressaltar alguns princípios aplicáveis a tal método de resolução de conflito. Para tanto, será analisada a sua vertente como instituto jurídico e a sua feição como meio/técnica de solução de controvérsias equivalente ao instrumento processual estatal.

Não obstante ao exposto, será feita uma análise quanto a necessidade de observância do Projeto de Lei nº 4.257/2019, de autoria do Senador Antônio Anastasia, e do Projeto de Lei nº

4.468/2020, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro, que buscaram por modernizar as relações entre contribuintes e Fisco bem como descongestionar o Poder Judiciário com a instituição da arbitragem nas execuções fiscais e a implementação da arbitragem especial tributária. Os referidos projetos são responsáveis por trazer à tona, no ordenamento jurídico pátrio atual, a aplicação da arbitragem no universo jurídico, porém, ainda possuem muitas discussões em face da delimitação de seu objeto de estudo.

Ademais, o presente trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica para trazer à tona o pensamento dos atuais doutrinadores, experientes no assunto, qual seja, a aplicação da arbitragem como método de resolução de conflitos no Direito Tributário Brasileiro. Além disso, artigos de lei acerca da problemática trouxeram embasamento à respectiva pesquisa.

Por fim, ressalta-se que o trabalho em questão não pretende esgotar o tema abordado e sim, contribuir para uma análise minuciosa da forma a qual o Poder Judiciário se posiciona e encontra resistência em aplicar um novo método de resolução de conflito no ordenamento jurídico, que visa, por si só, desafogá-lo das inúmeras demandas inerentes às execuções fiscais, bem como ainda faz-se necessárias muitas mudanças por meio do Poder Legislativo para aplicar, da melhor forma possível o referido método no Direito Tributário Brasileiro.

2. UMA BREVE ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO NO SISTEMA BRASILEIRO

No cenário atual, é notória a morosidade e o congestionamento do Poder Judiciário para que os indivíduos possam solucionar algum litígio. A judicialização de conflitos e o acesso à Justiça têm sido tema recorrente de estudos jurídicos e neste viés, exsurge a questão da utilização dos meios consensuais de pacificação social, como métodos alternativos à decisão jurisdicional.²

A cultura da judicialização ainda se encontra enraizada perante a população brasileira e neste sentido, gradativamente, se assegura a necessidade de uma solução justa e tempestiva para a resolução dos conflitos. Perante este viés, o fato é que o Poder Judiciário não pode ser o único a solucionar litígios e por isso, a aplicação da autodefesa, autocomposição e da heterocomposição, como meios alternativos de solução de conflitos, vêm ganhando força.

² ZACARIAS, Fabiana; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A Judicialização de conflitos e os meios consensuais: Alternativas de Pacificação social e acesso à Justiça. Ribeirão Preto. **IV Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n.º 4, p. 583-604, out/2016.

Nas palavras de Neves:

A autodefesa consiste na imposição a vontade de uma parte em detrimento da pretensão da outra, não sendo objeto de estudo no presente feito, razão pela qual não se aprofundará sobre tal tema. A autocomposição é uma forma de solucionar os conflitos, sem a interferência da jurisdição, de um terceiro, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral desses sujeitos.³

Por sua vez, “a heterocomposição consiste no método no qual soluciona-se um conflito por uma fonte supra partes, ou seja, ocorre a intervenção de um terceiro que vem a decidir a controvérsia, impondo a solução aos litigantes”⁴.

Neste ínterim e em razão da necessidade de um ambiente cada vez mais célere e eficaz na esfera judicial, tem-se levantado à tona a urgência da utilização de um Sistema Multiportas para a resolução dos conflitos propriamente ditos.

O Sistema Multiportas trata-se de um mecanismo de aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos a partir do qual, as partes em litígio têm à sua disposição variadas formas de estabelecerem acordos autonomamente, ou com a intervenção direta e decisiva de um terceiro.⁵

Inicialmente intitulado por Frank Sander (professor da Universidade de Direito de Harvard) de ‘Tribunal Multiportas’, a ideia de se utilizar do referido mecanismo no Sistema Brasileiro adveio de uma conferência (*Pound Conference*), realizada em 1976, onde fora discutido exatamente a ineficácia do Poder Judiciário Americano para atender a todas as demandas judiciais com celeridade, eficiência e eficácia.⁶

Pautado na premissa de que o Poder Judiciário não daria conta de resolver de forma adequada todos os conflitos a ele submetidos, Frank Sander propôs a adoção de formas alternativas à clássica via judicial para a resolução de conflitos.⁷ É através da Teoria do

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 6.

⁴ MAIOR, Nivea Maria Santos Souto. A autocomposição nos conflitos judiciais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 15, n. 1, p. 271-280, 2020.

⁵ SOLANO, Luisa Maria Moreira. A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <[⁶ ALMEIDA, Rafael Alves de \[et al\]. **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p.30-31.](https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20%C3%A9%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de,porta%2C%20dentre%20as%20j%C3%A1%20citadas.> Acesso em: 14 set. de 2022.</p></div><div data-bbox=)

⁷ SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. *In*: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). **The Pound Conference: perspectives on justice in the future**. St. Paul: West Publishing, 1979, p.68.

“Tribunal Multiportas” em que o professor compreendeu que o Poder Judiciário não é a única opção apta a solucionar os litígios.

Conforme leciona Leonardo Cunha:

A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.⁸

Apesar do Sistema Multiportas tratar-se de uma grande alternativa para a resolução de conflitos no sistema judiciário brasileiro, o fato é que, em âmbito nacional, ainda é árdua a discussão acerca da utilização de novos métodos em face dos já, antigamente, utilizados. Realmente, ainda existe uma grande resistência em ater-se ao novo, principalmente, ao tratarmos sobre matéria tributária, ora objeto do presente estudo.

Atualmente, existe um posicionamento do Pretório Excelso (STF) acerca da utilização da conciliação como um método de resolução de conflito eficaz; sob a presidência da Ministra Ellen Gracie foi fomentado o movimento: “Conciliar é legal”⁹. Porém, a cultura da judicialização ainda é extremamente enraizada no atual Poder Judiciário Brasileiro.

Com o advento do movimento acima exposto, observa-se que nasce uma concreta tentativa de mudança por parte dos juristas brasileiros acerca da utilização dos novos métodos de resolução de conflito, porém, ainda continua nítida a resistência ao cumprimento da prestação jurisdicional frente aos demais países no globo terrestre.

O fato é que, através da promulgação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, o CPC/15, houve um marco histórico no ordenamento jurídico pátrio atual uma vez que o respectivo diploma legal apresentou expressa previsão de métodos adequados de resolução de conflitos, denominados, também, de métodos alternativos.

Dentre os principais métodos alternativos de solução de conflitos tem-se a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. O Conselho Nacional de Justiça entende que:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não

⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 637.

⁹ MARTINS, Kallyd da Silva. **Arbitragem Tributária: Um modelo eficiente na resolução de conflitos fiscais**. Tese (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP-SP. São Paulo, 2021, p. 12.

tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.¹⁰

O respectivo método de resolução de conflito, encontra-se pautado na Lei nº 13.140 de 2015, que em seu artigo 2º, a entende como uma atividade técnica de mediação na qual um terceiro parcial, indicado ou aceito pelas partes, sem qualquer tipo de poder decisório, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Já, a conciliação, apesar da Lei supracitada e o CPC/2015 tratá-la como sinônimo da mediação, na prática, possui uma sutil diferença uma vez que, neste caso, a técnica utilizada para aproximar as partes na mediação é mais direta, pois há a participação de um conciliador que não possui qualquer vínculo entre as partes e que pode sugerir soluções para o encerramento do litígio.¹¹

O Conselho Nacional de Justiça, também, apresenta um significado concreto sobre o vocábulo propriamente dito. Senão, vejamos:

A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.¹²

No que tange a negociação, o legislador assegurou a utilização do respectivo método alternativo de resolução de conflito para os casos em que não envolvam qualquer tipo de afetividade entre as partes e, estas, por meio de um acordo/negócio, resolvem, por si só, o conflito instaurado.¹³

Não obstante aos métodos acima apresentados, importante se faz tecer breves comentários acerca da arbitragem, neste momento, pois trata-se do objeto principal do presente estudo.

A arbitragem, enquanto uma espécie de heterocomposição, trata-se do meio que mais se aproxima com o Poder Judiciário pois é nesta modalidade em que há a figura do árbitro que,

¹⁰ Conciliação e Mediação. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 24 jan. de 2023.

¹¹ FERNANDES, Alessandro; PRETTI, Gleibe. Os métodos alternativos de solução de conflitos. Jus.com.br, 2022. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/98339/os-metodos-alternativos-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em: 14 de setembro de 2022>. Acesso em: 24 jan. de 2023.

¹² Conciliação e Mediação. Conselho Nacional de Justiça, *Op. cit.*

¹³ TÔRRES, Lorena Lucena. Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem: métodos adequados para soluções de conflitos. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/760592354/negociacao-conciliacao-mediacao-e-arbitragem-metodos-adequados-para-solucoes-de-conflitos>>. Acesso em: 14 set. de 2022.

embora possa ser escolhido pelas partes, detém o poder de decisão e, possui validade de sentença bem como o procedimento em si versa, única e exclusivamente direitos patrimoniais disponíveis, conforme dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.¹⁴

No âmbito brasileiro, a arbitragem está disciplinada na Lei nº 9.307/96, também conhecida como a Lei da Arbitragem e, como meio alternativo de solução de conflitos é, talvez, o mais bem estruturado dos meios, posto que o Estado confere a ela algumas faculdades jurisdicionais, dentre elas: outorgar às decisões arbitrais, força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação pelos tribunais estatais; sua sentença vale como título executivo, entre outras.¹⁵

De forma ilustrativa, observa-se abaixo uma tabela comparativa no que tange as principais características dos métodos de resolução de conflitos acima expostos.

	Mediação	Conciliação	Arbitragem
Tipo de Solução de Controvérsia	Autocomposição	Autocomposição	Heterocomposição
Natureza Jurídica	Atividade técnica não jurisdicional	Atividade técnica não jurisdicional	Natureza jurisdicional
Características	Mediador não decide o conflito e funciona como facilitador entre as partes	Conciliador não decide o conflito e sugere soluções para o litígio	Árbitro decide o conflito e impõe a decisão às partes
Legislação	Lei Federal nº 13.140/2015 e Artigos 165 a 175 do CPC/15	Artigos 165 a 175 do CPC/15	Lei Federal nº 9.307/1996

Pois bem. O fato é que, com o advento do CPC/2015, houve uma provocação de um inegável efeito de diminuição de trabalho para o Judiciário bem como houve o oferecimento para cada caso concreto, um caminho para uma resposta adequada, lembrando-se, sempre, da precípua finalidade do Tribunal Multiportas.¹⁶

¹⁴ GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. Lei da Arbitragem: Resumos de Processo Civil. Estratégias Concursos, 2021. Disponível em: <<https://www.estrategiacursos.com.br/blog/lei-da-arbitragem/>>. Acesso em: 14 set. de 2022.

¹⁵ MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**. v. 16, n. 27-28, 2013. p. 49.

¹⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 250-251.

Com a utilização de novos métodos adequados a cada caso, prestigia-se, desta forma, a vontade das partes e se busca dar eficiência na fruição dos direitos.¹⁷

Logo, é claro e evidente que o Poder Judiciário se encontra em crise e necessita de reformas urgentes para desafogar o aumento da demanda, bem como dar efetividade e segurança aos cidadãos perante seus direitos. Neste sentido e, em virtude de os métodos tradicionais não resolverem, sozinhos, as demandas sociais, necessário se faz que o sistema judiciário, como um todo, passe por uma reforma com o objetivo de aplicar, cada vez mais, os meios consensuais para solucionar seus conflitos, principalmente no âmbito do Direito Tributário, ora objeto do presente estudo.

3. O PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO X O PROCEDIMENTO ARBITRAL

É importante que a sociedade entenda que os métodos alternativos de resolução de conflitos são técnicas que não visam subtrair o trabalho do advogado ou desvalorizar a competência do Poder Judiciário, muito pelo contrário, eles visam auxiliar, somar e incrementar o conteúdo das decisões bem como desafogar o Poder Judiciário como um todo.

Em razão da resistência quanto à aplicação dos referidos métodos no sistema judiciário brasileiro, o surgimento do processo judicial tributário aparece como uma alternativa ao ente público perante as inúmeras execuções fiscais frente à contribuintes devedores.

A ação de execução fiscal busca imprimir uma forma célere e eficaz de obter a satisfação do crédito dos entes públicos (assim entendidos a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, consoante o art. 1º da Lei nº 6.830/1980), de forma a rapidamente exigir do contribuinte executado a prestação da obrigação tributária devida e não adimplida.¹⁸

Deve-se ter em mente que o procedimento executivo fiscal é baseado em um título que, a princípio, ainda, não foi submetido ao crivo do judiciário, mas, mesmo assim, a Fazenda se utiliza do mesmo em razão da sua presunção de certeza e liquidez, fato este considerado como prova pré-constituída pelo próprio artigo 204 do Código Tributário Nacional (CTN) c/c artigo 3º da Lei de Execuções Fiscais (LEF).

¹⁷ MARTINS, *Op. cit.*, p. 13.

¹⁸ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in) constitucionais da execução fiscal. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 127, 2012, p. 63-84.

A Administração Pública, bem como as suas autarquias, em razão da autoexecutoriedade de seus atos administrativos, pode constituir, unilateralmente, a seu favor, um título executivo extrajudicial, o que dispensaria a necessidade de um prévio processo de conhecimento (judicial ou arbitral) para ver reconhecido um crédito pecuniário em face do particular.

A propósito, a Lei de Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980), em seu artigo 1º, assim preleciona:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

O artigo é claro ao afirmar que o respectivo instrumento será regido por lei própria e, caso ela não possua regulamentação específica sobre o tema, aplicar-se-á, subsidiariamente, o Código de Processo Civil de 2015.

Considerando o teor do artigo supracitado, é essencial que os preceitos do CPC/15 sejam observados pelas partes para a aplicação da mais ampla defesa e possibilidade discursiva do executado, ora contribuinte, principalmente no que tange aos métodos de resolução “amigáveis” de conflito.

O fato é que, apesar do CPC/15 prever a arbitragem como um meio alternativo de resolução de conflito, é notório que o ente público, diante de tal questão, dispensaria a necessidade de aplicá-lo de modo a cobrar o crédito do contribuinte pela via arbitral, por exemplo, uma vez que, através de procedimento próprio, que é a execução fiscal, poderá, sem mais delongas, realizar a cobrança.

Através da ação de execução fiscal, o executado, por meio da principal peça de defesa que são os embargos à execução, poderá alegar toda e qualquer matéria de defesa que entenda cabível para atacar a exigibilidade do título que instrui a ação. Porém, isto não significa que ela será, desde já, apreciada pelo Judiciário até porque, não existe um prazo limite para que uma ação judicial se finde.

Diferentemente do procedimento judicial, o arbitral tem um prazo legal de 6 (seis) meses para ser finalizado (art. 23 da Lei n.º 9.307/1996) podendo haver prorrogação de comum acordo entre as partes (art. 23, §2º da referida lei). Portanto, incontestável é a rapidez e a celeridade do procedimento arbitral, de modo que se torna uma opção atrativa para aqueles que o desejam.¹⁹

¹⁹ MARTINS, *Op. cit.*, p. 41.

Inclusive, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, através de uma palestra realizada no V Congresso Internacional CBMA Arbitragem, destacou a importância da arbitragem como alternativa para resolução de controvérsias:

Aproveito para mencionar aqui a reverência, a deferência que o Tribunal (Superior Tribunal de Justiça) tem por essa solução adequada de conflitos. Espero que ela (a Arbitragem) prossiga nessa saga de sucesso. Para nós, do Judiciário, é vital que isso aconteça. Como eu disse, é uma das soluções para o que vivemos: a palavra é colapso. Estamos numa situação de 80 milhões de processos, um processo para cada 2,3 habitantes. Taxa de congestionamento alta. Nós temos que desjudicializar e buscar a solução adequada de conflitos, ainda mais com a qualidade que a Arbitragem é prestada, é muito relevante para nós.²⁰

Neste interim, Júnior²¹ expõe alguns benefícios da adoção do instituto da arbitragem, dentre eles:

- a) Especialização: na arbitragem, é possível nomear um árbitro especialista na matéria controvertida ou no objeto do contrato entre as partes. A solução judicial de questões técnicas impõe a necessária perícia que, além do tempo que demanda, muitas vezes não conta com especialista de confiança das partes do ponto de vista técnico.
- b) Rapidez: na arbitragem, o procedimento adotado pelas partes é abissalmente mais célere que o procedimento judicial.
- c) Irrecorribilidade: a sentença arbitral vale o mesmo que uma sentença judicial transitada em julgado e não é passível de recurso.
- d) Informalidade: o procedimento arbitral não é formal como o procedimento judicial e pode ser, nos limites da Lei 9.307/1996, estabelecido pelas partes no que se refere à escolha dos árbitros e do direito material e processual que serão utilizados na solução do conflito.
- e) Confidencialidade: a arbitragem pode ser sigilosa e nesse particular diverge da publicidade que emana, em regra, dos processos judiciais a teor do art. 189 do CPC.

O processo arbitral deve ser visto como uma alternativa adequada por meio de Poder Público, para cobrar do particular o crédito pecuniário pois, se assim não entender, o congestionamento judicial e a morosidade do Poder Judiciário continuarão sendo um assunto em alta.

²⁰ CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (2022, outubro). Mais um destaque da programação do V Congresso Internacional CBMA de Arbitragem. Em palestra, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, destacou a importância da arbitragem como alternativa para resolução de controvérsias. LinkedIn. Disponível em: <https://www.linkedin.com/posts/cbma-centro-brasileiro-de-media%C3%A7%C3%A3o-e-arbitragem_vcongressointernacionalcbmadearbitragem-museudoamanha-activity-6966416162003791872-143P?utm_source=share&utm_medium=member_desktop>. Acesso em: 14 mar. 2023.

²¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22.

Aliás, no que tange à via arbitral, importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, em precedente anterior à Constituição da República de 1988 (célebre caso Lage), já havia admitido a arbitragem em litígios que envolvessem a Administração Pública.²²

Ultrapassado tal fato, o grande questionamento que o leitor deve estar se indagando é se o crédito tributário se trata de um direito patrimonial disponível que possibilite, por si só, a aplicação do procedimento arbitral.

A resposta é sim! O crédito tributário não é indisponível.

Tal assertiva pode ser corroborada mediante simples consulta, por exemplo, à recente Medida Provisória n.º 899/2019, que estabelece uma espécie de REFIS permanente, ao regulamentar o artigo 171/CTN e prevê a possibilidade de transação do crédito tributário.²³

Neste sentido, observa-se que, se pode haver uma livre disposição do crédito tributário, não faz o menor sentido, o Poder Público não utilizar da via arbitral como meio de resolver os conflitos tributários, até porque a Lei de Execução Fiscal prevê a utilização do CPC/15 (diploma legal que prevê os meios alternativos de resolução de conflito) como fonte subsidiária dos fatos em que a LEF não prevê.

Ademais, não adianta o Poder Judiciário se pautar nos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da celeridade e da eficiência, se perdura o congestionamento das demandas judiciais executivas e a incapacidade de dar respostas efetivas ao contribuinte.

O fato é que no atual mundo contemporâneo, onde a economia encontra-se a cada dia mais acelerada, conseqüentemente há uma enorme necessidade de utilizar-se de vias alternativas de resolução de conflitos de modo a expandir cada vez mais os negócios nacionais e internacionais. É notório que a arbitragem, neste cenário, assume um papel muito importante uma vez que reflete em uma necessidade de que os conflitos sejam resolvidos mais rápidos e de forma eficiente.

Sem dúvidas, a morosidade da justiça tributária com que hoje nos deparamos representa um prejuízo econômico efetivo para os contribuintes e não poucas vezes para a administração fiscal.²⁴

²² DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STRÄTZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Arbitragem Tributária: perspectivas para o direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 21, n. 3, 2020, p. 271.

²³ *Ibidem*, p. 278.

²⁴ DE SOUZA, Dayane. Arbitragem em matéria tributária. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/arbitragem-em-materia-tributaria/326180149#:~:text=Conclus%C3%A3o>>. Acesso em: 24 jan. de 2023.

Feitas as considerações acima, entende-se que a adoção de métodos adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem, deve ser vista e pensada de acordo com cada caso concreto de modo que, apenas em *ultima ratio*, seja utilizada, pela Fazenda Pública, o procedimento judiciário-fiscal para proceder com a cobrança do crédito tributário.

3.1. Os Princípios Fundamentais da Arbitragem

Os princípios constituem os fundamentos de todas as ciências e, no que tange ao meio jurídico, eles são considerados alicerces e pilstras do ordenamento como um todo.

No que tange a arbitragem, ora objeto do presente estudo, importante se faz ressaltar alguns princípios aplicáveis a tal método de resolução de conflito. Para tanto, será analisada a sua vertente como instituto jurídico e a sua feição como meio/técnica de solução de controvérsias equivalente ao instrumento processual estatal, de acordo com o estudo realizado pelo Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Claudio de Almeida Santos, através do seu Artigo Científico intitulado ‘Os princípios fundamentais da Arbitragem’.

A respeito do juízo arbitral, enquanto instituição, existem dois princípios basilares que dão sustentáculo a sua concepção, quais sejam: autonomia da vontade e a boa-fé.²⁵

A vontade jurídica nada mais é do que a projeção humana capaz de produzir efeitos na esfera jurídica. Estes efeitos, inclusive, podem ser retratados através da elaboração de normas, códigos, legislações e regras sociais, por exemplo.

Tal fato não se difere no instituto da arbitragem uma vez que é possível identificar que ele é moldado, instituído e movimentado pela força criadora da vontade. O fato é que a vontade é capaz de produzir a própria lei da arbitragem.

Com efeito, no caso do juízo arbitral, caso não exista um convênio, por falta de manifestação de vontade das partes em manifestarem o desejo de auto compor-se, a lide somente será solucionada através do Poder Judiciário. Logo, é notório que a solução dos conflitos, em regra, é confiada ao Estado, porém, caso as partes manifestem a vontade livre e consciente de desejarem a via arbitral, o procedimento, em si, ganha vida e, por conseguinte, se movimenta.

²⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Os princípios fundamentais da arbitragem**. Universitas. Jus, n. 3, 1999, p. 2.

É neste viés que a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei da Arbitragem) ganha força uma vez que a mesma foi criada e orientada para privilegiar a vontade das partes, o que, por si só, reforça o verdadeiro significado do princípio da autonomia da vontade.

Nas palavras de Francisco Cláudio de Almeida, no procedimento arbitral:

(...) os princípios gerais do direito, as normas expressas em lei, os usos e costumes, as regras internacionais de comércio e os regulamentos corporativos, serão livremente escolhidos pelas partes, sendo a expressão da vontade limitada, única e exclusivamente, pelos bons costumes e a ordem pública.

Tal fato encontra-se previsto no artigo 2 e seus parágrafos da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Não é demais lembrar que a Lei Geral de Arbitragem cuida apenas da Arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Apesar de tratar-se de uma norma de natureza geral, ela não exclui a possibilidade de estender a Arbitragem ao âmbito do direito público, no Brasil, desde que haja uma lei regulamentando tal fato.²⁶

Nesta esfera, importante salientar a necessidade de uma lei que regulamente a aplicação da Arbitragem em sede de Execuções Fiscais e, inclusive, na fase administrativa, uma vez que o crédito tributário, conforme amplamente discutido acima trata-se de um direito patrimonial disponível capaz de ensejar, por si só, a adoção do referido método de resolução de conflito nas ações que envolvam Fisco X Contribuinte.

3.2. A Arbitragem no Direito Tributário Brasileiro

A proposta de criação de uma legislação que aplique a Arbitragem no Direito Tributário ganhou força nos últimos anos em razão do Projeto de Lei nº 4.257/2019, de autoria do Senador Antônio Anastasia. O referido projeto tem por objetivo modernizar as relações entre

²⁶ *Ibidem*, p. 13.

contribuintes e Fisco e descongestionar o Poder Judiciário com a instituição de uma execução fiscal administrativa e da arbitragem tributária.

Em outras palavras, a sua proposição insere-se no contexto de um Sistema Multiportas que vem progressivamente contagiando as estruturas da Administração Pública Brasileira.²⁷

A principal mudança que o atual Projeto de Lei faria diante da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980) seria o acréscimo dos artigos 41-A a 41-R, destinados à regulamentação da execução extrajudicial da dívida ativa, os artigos 41-S e 41-T, relativos às disposições finais e transitórias e, o acréscimo dos artigos 16-A a 16-F, destinados à instituição, no direito pátrio, da arbitragem em matéria tributária.²⁸

Assim dispõe o Projeto de Lei, no que tange aos artigos 16-A a 16-F, ora objeto do presente estudo:

Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federação.”

Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano.”

Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial.”

Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios.”

Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral.

²⁷ MACHADO, Carlos Henrique. A Nova Processualidade Fiscal e o Recrudescimento do Discurso da Arbitragem Tributária no Brasil: Uma Análise do Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. *Economic Analysis of Law Review*. v. 11, n. 2, 2020, p. 126-158.

²⁸ DE PINHO, *Op. cit.*, p. 287.

Resta claro e evidente que o Projeto de Lei, ainda, possui algumas lacunas a serem preenchidas, como por exemplo, demonstrar como será feita a qualificação dos árbitros, a composição do tribunal arbitral e a forma de escolha das câmaras de arbitragem para decidir as controvérsias tributárias.

Ademais, o mesmo Projeto de Lei limita a atuação da arbitragem uma vez que a condiciona à prévia garantia do juízo, conforme se depreende através da leitura do artigo 16-A. Torna-se, portanto, contrassenso, condicionar o contribuinte a garantir o juízo para que ele possa utilizar-se da arbitragem uma vez que o próprio método de resolução de conflito tem um alto custo para o contribuinte.

Tal fato por si só, irá criar ainda mais resistência, no universo jurídico, para aplicar a arbitragem nos processos de execução fiscal.

Mesmo diante de inúmeras críticas as quais o Projeto possui, o mesmo, após encontrar-se parado por 2 (dois) anos, recentemente, ganhou um novo impulso perante a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Atualmente, o projeto já foi aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e tramita de forma terminativa na CCJ, ou seja, se aprovado, segue direto para a Câmara dos Deputados.²⁹

Até o dado momento, o PL ainda não foi aprovado, mas não obsta ressaltar a mudança significativa que ele prevê no nosso ordenamento jurídico pátrio atual.

Não obstante ao Projeto de Lei nº 4.257/2019, a Senadora Daniella Ribeiro, apresentou junto ao Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.468/2020 que tem por principal objetivo instituir uma Arbitragem Especial Tributária que será aplicada, ainda no curso da fiscalização, ou seja, antes da formalização do lançamento, com o objetivo de prevenir a provocação ao Poder Judiciário, conforme preleciona o artigo 1º do referido projeto. Senão, vejamos:

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

²⁹ AMORIM, Felipe; RIBAS, Mariana. Projeto sobre arbitragem tributária ganha novo impulso no Senado. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/projeto-sobre-arbitragem-tributaria-ganha-novo-impulso-no-senado-29042022>>. Acesso em: 14 set. de 2022.

Em outras palavras, o presente projeto de lei limita a sua atuação às matérias fáticas, vedando discussões acerca da constitucionalidade de normas jurídicas, sobre lei em tese e/ou qualquer tipo de discussão contrária à entendimento consolidado em incidente de demanda repetitiva, em sede de repercussão geral, ou até mesmo, disciplinado em súmula vinculante.

O árbitro trata-se de um juiz de fato e de direito e, neste sentido, não haveria qualquer óbice para ele ter a competência em afastar as normas jurídicas que não encontrem fundamento. Neste sentido, novamente, o Projeto de Lei que visa instituir a Arbitragem no Direito Tributário encontra dificuldades em ser implementado.

Observa-se que os dois projetos de Lei, apesar de diversos, são complementares e, tratam-se de uma grande conquista para o universo jurídico.

Face o exposto, nota-se que ainda há um enorme bloqueio legislativo para implementação da Arbitragem no universo jurídico tributário, porém, o fato do Poder Legislativo começar a pensar implementar o referido método de resolução de conflito nos processos tributários, por si só, demonstram que a cultura da judicialização está começando a ser deixada de lado.

Embora ainda não exista uma Lei específica que regulamente tal tema no ordenamento jurídico pátrio atual, o Poder Legislativo caminha ao lado de prevenir a judicialização dos conflitos bem como observa a necessidade da redução de custos da máquina judiciária, sem desrespeitar o princípio da autonomia da vontade, no que tange à vontade das partes em solucionar os conflitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo demonstrar a resistência que o ordenamento jurídico pátrio atual possui quanto à aplicação dos métodos de resolução de conflito no Direito Tributário, no que tange à cobrança ao particular do crédito pecuniário.

Para isso, fez-se necessário trazer à tona alguns conceitos inerentes ao sistema multiportas, para que o leitor entenda a sua finalidade quanto à desmitificação da ideia de judicialização. O Código de Processo Civil de 2015 foi considerado um marco histórico ao prever os meios alternativos de resolução de conflitos logo, inegável a necessidade de a Fazenda Pública aplicá-lo subsidiariamente, no que tange à cobrança do crédito tributário.

Conforme exposto, este pensamento, para o Poder Público, não faz o menor sentido uma vez que, através da Lei de Execução Fiscal, o ente federado possui um meio direto de realizar

a cobrança em face do contribuinte ao invés de adotar da Arbitragem, como alternativa à resolução do conflito.

Passada esta fase, o presente trabalho apresentou a necessidade do Poder Judiciário se pautar nos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da celeridade e da eficiência, para evitar o congestionamento das demandas judiciais executivas bem como demonstrou que o procedimento judiciário-fiscal para proceder com a cobrança do crédito tributário deve ser usada como *ultima ratio*, até porque existe um método mais eficiente e eficaz de resolver o conflito.

Neste sentido, foi analisada a arbitragem como instituto jurídico e a sua feição como meio/técnica de solução de controvérsias equivalente ao instrumento processual estatal, sob o aspecto do princípio da autonomia da vontade das partes.

Não obstante ao exposto, foi feita uma análise quanto à necessidade de regulamentação do tema através de um diploma legal que possa prever as peculiaridades da Arbitragem no Direito Tributário Brasileiro. Para isso, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.257/2019, de autoria do Senador Antônio Anastasia, e do Projeto de Lei nº 4.468/2020, de autoria da Senadora Daniella Ribeiro que buscaram por modernizar as relações entre contribuintes e Fisco bem como descongestionar o Poder Judiciário com a instituição da arbitragem nas execuções fiscais e da arbitragem especial tributária.

Apesar dos referidos projetos serem responsáveis por trazer à tona, a aplicação da arbitragem no universo jurídico, o presente trabalho se preocupou em demonstrar que, apesar de complementares, ainda possuem muitas discussões em face da delimitação de seu objeto de estudo.

Assim, foi demonstrado que o Poder legislativo, ainda, possui grande dificuldade de implementar o método de resolução de conflito no ordenamento jurídico, porém, a criação dos respectivos Projetos demonstra que a cultura da judicialização está começando a ser deixada de lado, sem deixar de levar em consideração a autonomia da vontade das partes em terem solucionado os conflitos inerentes aos seus direitos patrimoniais disponíveis.

Ratifica-se, ainda, que o presente trabalho foi elaborado através da metodologia de pesquisa bibliográfica para que trouxesse embasamento ao estudo em questão. Não obsta salientar que o objetivo não foi esgotar o tema abordado e sim, contribuir à pesquisa científica para análise da forma a qual a Arbitragem deve ser aplicada como método alternativo de resolução de conflitos no Direito Tributário Brasileiro.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de [et al]. **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

AMORIM, Felipe; RIBAS, Mariana. **Projeto sobre arbitragem tributária ganha novo impulso no Senado**. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/projeto-sobre-arbitragem-tributaria-ganha-novo-impulso-no-senado-29042022>>. Acesso em: 14 set. 2022.

CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (2022, outubro). **Mais um destaque da programação do V Congresso Internacional CBMA de Arbitragem. Em palestra, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, destacou a importância da arbitragem como alternativa para resolução de controvérsias**. [Postagem]. LinkedIn. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/cbma-centro-brasileiro-de-media%C3%A7%C3%A3o-e-arbitragem_vcongressointernacionalcbmadearbitragem-museudoamanha-activity-6966416162003791872-143P?utm_source=share&utm_medium=member_desktop>. Acesso em: 14 set. 2022.

Conciliação e Mediação. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 14 set. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; STRÄTZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Arbitragem Tributária: perspectivas para o direito brasileiro**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 21, n. 3, 2020.

DE SOUZA, Dayane. **Arbitragem em matéria tributária**. Jus.com.br, 2016. Disponível em: <https://daaaycs.jusbrasil.com.br/artigos/326180149/arbitragem-em-materia-tributaria#:~:text=Conclus%C3%A3o>>. Acesso em: 14 set. 2022.

FERNANDES, Alessandro; PRETTI, Gleibe. **Os métodos alternativos de solução de conflitos**. Jus.com.br, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98339/os-metodos-alternativos-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em: 14 set. 2022.

GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. **Lei da Arbitragem: Resumos de Processo Civil. Estratégias Concursos, 2021**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-da-arbitragem/>>. Acesso em: 14 set. de 2022.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in) constitucionais da execução fiscal. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 127, 2012.

MACHADO, Carlos Henrique. A Nova Processualidade Fiscal e o Recrudescimento do Discurso da Arbitragem Tributária no Brasil: Uma Análise do Projeto de Lei nº 4.257, de 2019. **Economic Analysis of Law Review**. v. 11, n. 2, 2020.

MAIOR, Nivea Maria Santos Souto. A autocomposição nos conflitos judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 15, n. 1, 2020.

MARASCA, Elisângela Nedel. **MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA**. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 16, n. 27-28, 2013. DOI: 10.21527/2176-6622.2007.27-28. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>>. Acesso em: 12 ago. de 2022.

MARTINS, Kallyd da Silva. **Arbitragem Tributária: Um modelo eficiente na resolução de conflitos fiscais**. Tese (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP-SP. São Paulo, 2021.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de; PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa. **Arbitragem Tributária–Desafios Institucionais Brasileiros e a Expediência Portuguesa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (Ed.). **The Pound Conference: perspectives on justice in the future**. St. Paul: West Publishing, 1979.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Os princípios fundamentais da arbitragem**. Universitas. Jus, n. 3, 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22.

SOLANO, Luisa Maria Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de Solução de Conflitos**. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20%C3%A9%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de,porta%2C%20dentre%20as%20j%C3%A1%20citadas>> Acesso em: 14 set. de 2022.

TÔRRES, Lorena Lucena. **Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem: métodos adequados para soluções de conflitos**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/760592354/negociacao-conciliacao-mediacao-e-arbitragem-metodos-adequados-para-solucoes-de-conflitos>>. Acesso em: 14 set. de 2022.

ZACARIAS, Fabiana; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A Judicialização de conflitos e os meios consensuais: Alternativas de Pacificação social e acesso à Justiça. Ribeirão Preto. **IV Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. n. 4, out/2016.

A ESCOLHA DOS ÁRBITROS NA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ANGOLA E BRASIL

Ismael Fiaça¹

Maria Luisa Cito Alves²

Resumo: Paralelamente à evolução das relações interpessoais, os métodos de resolução de conflitos têm se expandido a fim de abranger outros meios mais céleres e eficientes, os quais vão além da apreciação da causa pelo poder judiciário. Comumente conceituados como métodos alternativos de resolução de litígio, a adoção de mecanismos como a negociação, mediação, conciliação e a arbitragem têm sido cada vez mais comum no cenário comercial. Tal realidade não se difere quando o assunto recai sobre litígios que envolvam a administração pública. O que a princípio nos parecia inviável, uma vez superada quaisquer dúvidas quanto a legalidade e possibilidade jurídica destes métodos de resolução de litígio pelos órgãos públicos, a inclusão de cláusulas arbitrais nos contratos envolvendo a administração pública se tornou cada vez mais recorrente. Ocorre-nos, entretanto, alguns desafios os quais ainda demandam superação. Dentre estes, têm-se o método de escolha dos árbitros nas arbitragens que envolvam a administração pública. Nesse sentido o presente estudo, de uma forma breve, busca analisar como tem ocorrido a escolha dos árbitros nos casos das chamadas arbitragens administrativa. Para tanto, foi adotado o método de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, realizando um estudo comparado entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e angolano, verificando ao final, possíveis regulamentações, para que ao fim possa apontar métodos adequados para a solução do problema.

Palavras-chaves: Arbitragem; Administração Pública; Escolha dos Árbitros

Abstract: Parallel to the evolution of interpersonal relationships, conflict resolution methods have expanded to cover other faster and more efficient means, which go beyond the assessment of the case by the judiciary. Commonly regarded as alternative dispute resolution methods, the adoption of mechanisms such as negotiation, mediation, conciliation and arbitration have been increasingly common in the commercial scenario. This reality is similar when the matter of disputes involves public administration. What at first seemed unfeasible to us, once any doubts have been overcome as to the legality and legal possibility of these dispute resolution methods by public administration, the inclusion of arbitration clauses in contracts involving public administration has become increasingly recurrent. However, we have some challenges that still require overcoming. Among these is the method of choosing arbitrators in arbitrations involving public administration. In this sense, the present study, in a straightforward way, seeks to analyze

¹ Advogado. Mestrando em Direito. Docente da Universidade Óscar Ribas e membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA.

² Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestranda em Direito Comercial Internacional pela Universidade de Lisboa e Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA.

how the choice of arbitrators has occurred in the cases of so-called administrative arbitrations. For this, a comparative analysis was used between the Brazilian and Angolan legal systems checking the adoption of possible regulations so that, in the end, can point out appropriate methods for solving the problem.

Key Words: Arbitration; Public administration; Choice Of Arbitrator.

SUMÁRIO: 1. Métodos Alternativos de Resolução de Litígio e a Administração Pública; 2. Admissibilidade da Administração Pública na Arbitragem; 3. A Escolha do Árbitro Conforme o Ordenamento Jurídico Brasileiro; 4. A Contratação da Câmara Arbitral no Brasil; 5. Arbitragem Institucional Como Regime Regra nos Contratos Administrativos no Ordenamento Jurídico Angolano; 6. Critérios da Escolha dos Árbitros pela Administração Pública no Direito Angolano; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É sabido que o Estado *a priori*, não é capaz, por si só, de satisfazer todas as necessidades públicas. Daí que, visando suprir as necessidades públicas, acabam por socorrer-se à contratação de particulares.

Entende-se que, são em certa medida, os particulares detêm os meios e as técnicas necessárias para que as execuções de certas atividades de modo menos oneroso e dispendioso, do que se eventualmente fossem executadas pelo próprio Estado, justificando, assim, a realização de contratos com entes privados.

Contudo, como em toda relação jurídica, das eventuais relações estabelecidas entre o Estado e os particulares, podem decorrer alguns conflitos, os quais deverão serem dirimidos de forma judicial ou extrajudicial.

A primeira forma de dirimir possíveis conflitos, como se sabe, é aquela em que o litígio é submetido à um tribunal estadual para análise e decisão de um juiz togado; diferente da segunda, que é aquela que poderá ser dirimida sem que haja a intervenção de um ente estatal, essencialmente de quatro formas, nomeadamente: (i) *pela negociação*; (ii) *pela mediação*; (iii) *pela conciliação*, ou; (iv) *pela arbitragem*.

Segundo o professor Celso Cunha³ a negociação é um processo de resolução de conflitos através do qual uma ou ambas as partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas.

³ CUNHA, Pedro Cunha. **Conflito e Negociação**. Porto Edições Asa. 2001, p. 49

A mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro, neste caso denominado mediador, o qual tem por objetivo facilitar o diálogo entre as partes, fazendo com que estas, de forma pacífica, consigam alcançar uma solução para a sua divergência, fortalecendo, assim, suas relações e preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam⁴.

Definimos a conciliação como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que um terceiro imparcial, denominado conciliador, após ouvir as partes, por meio de perguntas, propostas e sugestões, orientam as partes a encontrar soluções (a partir da lide) que possam melhor atender ao interesse das partes. Por fim, as partes celebrarão um acordo, colocando fim ao conflito e a extinção de um possível processo judicial⁵.

Arbitragem, por sua vez, constitui em modo de resolução de litígio, entre duas ou mais partes, no qual as partes se submetem à decisão de um terceiro imparcial e de confiança. Diferente dos demais métodos de resolução de litígio, na arbitragem, o terceiro, denominado árbitro, irá decidir por uma solução baseando-se em suas convicções. Esta solução irá vincular as partes, possuindo efeitos análogos à sentença judicial⁶.

Portanto, o recurso à arbitragem por parte da Administração Pública constitui, em nosso entender, uma questão de necessidade, em outras palavras, o Estado usa da arbitragem porque precisa e não porque quer.

2. ADMISSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ARBITRAGEM

Sem dúvida, o principal atrativo da arbitragem consiste na ampla autonomia da vontade que permeia esse método de solução de controvérsias. Como se verá adiante, todas as vantagens que a arbitragem assume em relação ao processo estatal, derivam da liberdade conferida às partes, não só em relação à escolha dos árbitros e da legislação (material e procedimental aplicável), mas também no que concerne à flexibilidade com que o árbitro conduz o procedimento⁷.

⁴ BACCELAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**, Editora Saraiva. 2012, p. 86

⁵ *Idem*.

⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, AS., 2013.p. 33

⁷ AMARAL, Paulo Osterna CK. Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo o Poder Público, *In: Arbitragem e Poder Público*, Editora Saraiva, 2010, p. 332

Dispõe o n.º 3 do artigo 1.º da Lei sobre Arbitragem Voluntária da Angola (LAV) que: “o Estado, em geral, e as pessoas coletivas públicas de direito privado podem celebrar convenções de arbitragem, (i) para dirimir questões respeitantes a relações de direito privado; (ii) nos contratos administrativos; (iii) nos casos especialmente estabelecidos por lei”.

Nos termos desta deposição, fica evidente a admissibilidade da Administração recorrer-se a arbitragem perante o Direito angolano. Para tanto, haverá como condições de validade, a atuação despidido do *ius imperii*, limitando-se a apreciar os litígios de direito privado.

Como exemplo, tem-se a Lei angolana dos contratos públicos, a qual prevê no artigo 341.⁸ a possibilidade do recurso à arbitragem, ou a outros meios de resolução alternativa de litígios emergentes, no que se refere à conflitos que decorram das relações estabelecidas entre o ente público e o ente privado.

Do mesmo modo, a possibilidade de a Administração Pública recorrer à jurisdição arbitral, atualmente encontra-se pacificada no Brasil.

Muito embora o assunto tenha sido anteriormente questionado, principalmente em razão a ausência de previsão expressa quanto a possibilidade da Administração em firmar uma convenção de arbitragem, posto que tal situação iria ao contrário ao princípio constitucional da legalidade, a utilização da arbitragem como método de solução de conflito envolvendo a Administração Pública brasileira é uma realidade antiga⁹.

Contudo, somente com o advento da Lei 13.129/2015, que houve a previsão legal expressa quanto a possibilidade da Administração Pública brasileira de recorrer à jurisdição arbitral, tornando o tema pacífico, tanto na doutrina brasileira, quanto na jurisprudência e legislação nacional.

Contudo, conforme será apresentado no decorrer deste estudo, a presente matéria ainda está pendente de certas regulamentações, vindo a esbarrar com alguns novos dilemas, em especial no que tange às questões inerente ao princípio da publicidade dos atos públicos; a escolha dos árbitros e da câmara arbitral; e questões de alocação orçamentária¹⁰.

⁸ Artigo 341. 1. Da Lei n.º 41/20 de 23 de Dezembro: O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido, para resolução de litígios emergentes da execução de contratos, nos termos da presente Lei e demais legislação.

⁹ A possibilidade de inserção da convenção de arbitragem nos contratos de obra pública no Brasil pode ser conferida desde 1993, no artigo 54, §2º da Lei 8.666.

¹⁰ Sobre alguns dos novos desafios enfrentados pela Administração Pública brasileira quanto ao uso do recurso da arbitragem vide: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/com-seguranca-juridica-arbitragem-na-administracao-publica-se-expande>. Acessado em: 2 out. 2022.

3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A ARBITRAGEM

Conforme exemplificado no tópico anterior, a possibilidade de o ente estatal ser parte em um processo arbitral é uma realidade tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no angolano.

Ocorre que esta admissibilidade não é irrestrita. Vale dizer que, em ambos os ordenamentos jurídicos, há questões, ou tópicos, que impedem a Administração Pública de socorrer-se à jurisdição arbitral¹¹.

De modo geral, somente os litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à apreciação do tribunal arbitral¹². A questão ganha maiores desdobramentos quando refere-se às relações jurídicas, uma vez que, em ambos os ordenamentos, há a contemplação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Talvez a maior falácia esteja no conceito que a expressão “interesse público” nos aparenta ter. Não há dúvidas de que o interesse público seja indisponível, porém a atuação do Estado como agente econômico é uma realidade, administrando patrimônio, que em muitas vezes agrega mais ao interesse coletivo se disposto¹³. É o caso, por exemplo, o investimento do patrimônio público para a realização da revitalização de uma estrada. Muito embora o Estado tenha disposto de verba econômica, a realização desta obra contribuirá com o desenvolvimento da coletividade em diversos aspectos, seja na acessibilidade, seja no fomento da economia com o escoamento de produtos, ou e então na segurança dos que trafegam naquele local.

Outro ponto que gera questionamento quanto a possibilidade de a arbitragem ser escolhida pela Administração Pública consiste no conceito de “indisponibilidade”. Para tanto, tem-se que afastar a ideia de que dispor de algo implique na ação de “abrir mão” do mesmo.

Sobre este tema vale ressaltar o entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

¹¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem e suas consequências nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 26, p. 211-228, 2016, p. 215.

¹² PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional** – A Determinação de um Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005. pp.103-105.

¹³ Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 167 et seq. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 54, p. 20-57, jul./set. 2017, p. 29.

É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante. É im procedente, portanto, o argumento segundo o qual a Administração não poderia aderir à arbitragem por não poder “abrir mão” de seus direitos, ou “transigir” na aplicação da Lei. O argumento é falacioso, pois a arbitragem não implica quaisquer dessas práticas¹⁴.

Assim, para melhor compreender a que matérias a Administração Pública está apta a recorrer à arbitragem, preferimos adotar o termo transigibilidade¹⁵. Este critério refere-se à possibilidade de celebrar concessões, negociações sobre o direito em questão, ou seja, serem objetos de contratos¹⁶.

4. A ESCOLHA DO ÁRBITRO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei de Arbitragem Brasileira, em seus artigos 13º a 18º, determinou algumas qualidades a serem observados para a atribuição da função de árbitro. Conforme estabelece estes artigos, somente poderá ser nomeado árbitro: 1) *uma pessoa natural*; 2) *plenamente capaz*; e 3) *imparcial e independente*.

Contudo, os critérios e qualidades a serem observados para o exercício da função de árbitro poderá sofrer maiores restrições conforme a vontade das partes; critérios apontados pelas câmaras arbitrais (quando a arbitragem for institucional), ou ainda, consoante as particularidades sobre o assunto objeto da jurisdição arbitral. Este é o caso das arbitragens que envolvem a administração pública.

Considerando que os contratos realizados com a administração pública, muito embora possam tratar apenas sobre bens disponíveis, é evidente que os mesmos sempre refletirão sobre

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, AS., 2013. p. 218.

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico – Conjur**, 4 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

aspectos correlacionados ao interesse público. Em razão desta característica em particular certos princípios constitucionais deverem ser observados.

Neste contexto, em razão do princípio da legalidade, consoante ao disposto no caput artigo 37º da Constituição Federal brasileira¹⁷, por muito tempo, questionou-se a necessidade ou não, do procedimento licitatório aquando da indicação do árbitro, ou câmara arbitral, nas arbitragens que envolvam a administração pública.

O respectivo óbice, o qual atualmente encontra-se superado, tem como fundamento a relação jurídica estabelecida entre as partes e o árbitro. Muito embora a classificação jurídica desta relação ainda não se encontra pacificada pela doutrina¹⁸, o que não se questiona é a incompatibilidade do procedimento arbitral com o regime licitatório¹⁹.

Baseada no exercício amplo da autônima das partes, a jurisdição arbitral tem como base o consenso e vontade das partes. Dentre as diversas razões que a torna atrativa, a arbitragem possui como diferencial a relação de confiança no conhecimento técnico de julgamento e reputação do árbitro. Logo, admitir como necessário o processo licitatório²⁰, culminaria em uma afronta à própria ideia da arbitragem.

Ademais o processo licitatório também esbarraria em outro princípio inerente à arbitragem: a celeridade, torando-se novamente incompatível a sua imposição ao presente caso.

De todo como, verifica-se que referida questão encontra-se superada, devendo ser analisada em consonância ao artigo 74.º, III, da Lei de Licitações nº14.133/2021²¹, restando

¹⁷ Artigo 37 da Constituição Federal Brasileira de 1988: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁸ Enquanto alguns doutrinadores conceituam a natureza jurídica da relação estabelecida entre os árbitros e a parte como sendo um contrato, outros a denominam como um acordo, razão pela qual seria dispensável a realização da licitação. (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público Privada**: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 291). De todo modo, mesmo ao utilizar-se do conceito da natureza contratual, há que ressaltar que em razão da função exercida pelos árbitros, ou seja, jurisdicional, nota-se que o contrato de árbitro na verdade consiste em uma conjunção de tipos contratuais respeitando suas particularidades, sendo denominado, portanto, como um contrato *sui generis*, o que o distanciaria dos demais contratos (Cf. CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2001, p. 782.; e BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 2nd Edition, The Hague; Kluwer Law International, 2014. Ebook p.1977. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, AS., 2013, p. 326.)

¹⁹ SCHIMDT. Gustavo da Rocha; FERREIRA. Daniel Brantes; e OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, pp.24-25.

²⁰ De forma contrária, José Antônio discute a necessidade da realização da licitação. Sobre o assunto vide: FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira & SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira, São Paulo: Atlas, 2015, p. 185

²¹ Artigo 74.º, III, da Lei de Licitações nº14.133/2021: É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

evidente a inexigibilidade para a indicação do árbitro quando das arbitragens que envolvam a administração pública.

Superada a questão referente a necessidade do processo licitatório, o tema referente a escolha dos árbitros nos casos de arbitragem administrativa reflete um novo questionamento, haveria algum outro requisito mínimo a ser observado quanto a qualidade dos mesmo para que sejam resguardados o interesse público e os princípios mínimos constitucionais?

O artigo 154.º da Lei de Licitação brasileira²², além de corroborar a dispensa dos processos licitatórios, impõe como critérios básicos, no processo de escolha dos árbitros: 1) a isonomia, 2) a técnica e 3) a transparência.

Ainda, em busca de tornar a presente matéria ainda mais específica, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, ressalta que, muito embora a Lei de arbitragem brasileira prescindia de regulamentação para a implementação da arbitragem pela administração pública, em razão da omissão desta lei no que tange a diversos aspectos importante, como a do presente caso, nada afasta a pertinência da edição de normas regulamentares²³.

Nesse sentido, cabe mencionar que, no caso da organização brasileira em estados federativos, referida matéria possui competência legislativa concorrente, possibilitando a edição de decretos federais, estaduais, distritais e municipais sobre o tema²⁴.

Em específico, para fins de regular a escolha dos árbitros, destaca-se a Portaria Normativa no 42 da Advocacia Geral da União, de 07 de março de 2022²⁵, a qual estabeleceu como requisitos mínimos para a escolha dos árbitros pela União os seguintes critérios:

Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica:

I - estar no gozo de sua plena capacidade civil;

-
- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
 - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
 - c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
 - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
 - h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

²² Art. 154 da Lei de Licitações nº14.133/2021: O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 30/09/2022.

²⁴ Sobre a matéria que dispõe sobre a arbitragem e a administração pública tem-se como exemplos: Decreto Federal nº 10.025/2019 que dispõe sobre arbitragem no setor portuário; Lei 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais; Decreto 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro; Decreto 64.356/2019, do Estado de São Paulo.

²⁵ Aplica-se a presente portaria à todos os contratos em que a União figura-se como parte.

- II - deter a confiança das partes;
 - III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio;
 - IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil;
 - V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e
 - VI - não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.
- § 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios:
- I - a formação profissional;
 - II - a área de especialidade;
 - III - a nacionalidade; e
 - IV - o idioma.
- § 2º O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, unidade responsável pela escolha dos árbitros a que se refere esta Portaria Normativa, poderá, sem prejuízo dos incisos dispostos no **caput**, considerar os seguintes critérios adicionais:
- I - a disponibilidade;
 - II - as experiências pretéritas como árbitro;
 - III - o número de indicações para árbitro pela União; e
 - IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

Diante do exposto, em que pese a presente matéria esteja em constante evolução, verifica-se, ao menos as seguintes premissas: 1) a escolha dos árbitros prescinde de processo licitatório; 2) o árbitro deverá observar as qualidades gerais disposta na Lei de Arbitragem brasileira; 3) deverá ser assegurada a máxima imparcialidade e independência, e 4) o árbitro deverá deter notório conhecimento técnico do objeto submetido à apreciação da jurisdição arbitral.

5. A CONTRATAÇÃO DA CÂMARA ARBITRAL NO BRASIL

Preliminarmente, cumpre destacar que, tanto a Lei de Arbitragem brasileira, quanto a Lei de Licitação, não determinou como necessário a adoção da arbitragem institucional nos casos que envolva a Administração Pública, atribuindo, portanto, um poder discricionário ao ente público que irá pactuar a convenção de arbitragem²⁶.

²⁶ Embora existente a referida discricionariedade é dominante entre os doutrinadores a preferência pela adoção da arbitragem institucional, inclusive havendo referência à esta preferência em alguns dispositivos legais, admitindo-se as arbitragens *ad hoc* apenas em casos excepcionais, como por exemplo o Decreto 46.245/2018 do Rio de Janeiro. Esta preferência se dá pela facilidade que as câmaras arbitrais oferecem no que tange as questões de organização, administração e até mesmo com relações à algumas questões procedimentais do processo arbitral. (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 67-68.)

No entanto, uma vez que há a opção pela arbitragem institucional, e por conseguinte, a contratação de uma câmara arbitral, certas ponderações se mostram necessárias.

Do mesmo modo que ocorre nos casos da escolha dos árbitros, a inexigibilidade do processo licitatório se mostra a melhor opção para os casos das arbitragens institucionais. Baseado em critérios subjetivos, como o de reputação, a submissão à um processo licitatório se mostra inviável nestes casos²⁷, sendo amplamente admitido o afastamento desta obrigação quando da contratação da câmara arbitral²⁸.

Contudo, Gustavo da Rocha Schimdt, Daniel Brantes Ferreira e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, ressaltam uma preferência pela adoção de meios de credenciamento, ou cadastro, prévios por parte da Administração Pública. Deste modo, não haveria dúvidas quanto a observância de critérios mínimos, como por exemplo a excelência técnica dos serviços prestado pela câmara arbitral que será contratada²⁹.

Cumpre destacar que referidos credenciamentos apenas visam facilitar o conhecimento e especificação das câmaras arbitrais disponíveis, não sendo comparado à um processo de licitação. Nesses casos, haverá apenas uma melhor adequação das peculiaridades pertinente a cada câmara arbitral com relação às necessidades da demanda em tela³⁰.

Ainda, sobre o presente tema em particular, ressalta a possibilidade da existência de alguns critérios mais específicos, a depender do decreto ou regulamentação em apressado, no que tange às características necessárias para o credenciamento das câmaras arbitrais.

À título de exemplo, destaca-se a o Decreto n.º 10.025/19 e as Portarias Normativas nº 21/2021 e 42/2022 da Advocacia Geral da União, as quais, além de determinarem o processo de credenciamento como requisito mínimo, determinou a obrigação das câmaras arbitrais em observar o compromisso com o princípio da publicidade; o compromisso de realizar as audiências no Brasil e adotar a língua portuguesa; a demonstração de inquestionável competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais reconhecida; dentre outros critérios mais específicos.

²⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 203 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 184.

²⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?**, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/aescolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em 25 set. 2022.

²⁹ SCHIMDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; e OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, pp. 25-26.

³⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 69-72.

6. ARBITRAGEM INSTITUCIONAL COMO REGIME REGRA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO

No ordenamento jurídico angolano, concretamente na arbitragem envolvendo contratos administrativos, o legislador preferiu a arbitragem institucional como regra e, a arbitragem *ad hoc* aplicável apenas em circunstâncias específicas como: **(i)** na constatação de elevada complexidade das questões jurídicas ou técnicas envolvidas, ao elevado valor económico das questões a resolver; **(ii)** na inexistência de centro de arbitragem institucionalizado competente na matéria, seja aconselhável a submissão de eventuais litígios à jurisdição de tribunal arbitral não integrado em centro de arbitragem institucionalizado; **(iii)** quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência uma resolução mais morosa do litígio; e **(iv)** Quando se demonstre que a utilização de um centro de arbitragem institucionalizado teria como consequência um custo mais elevado para as Entidades Públicas Contratante.

Significa que, no âmbito dos contratos administrativos, a entidade co-contratante, deverá *a priori*, se consciencializar que, diante de litígios oriundos da execução de contratos administrativos, à arbitragem será obrigatoriamente administrada por uma instituição arbitral, tal e qual como dispõe o n.º 2 do artigo 341.º da Lei dos Contratos Administrativos³¹.

7. CRITÉRIOS DA ESCOLHA DOS ÁRBITROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ANGOLAGO

É importante que se fixem parâmetros mínimos, mediante a competente regulamentação, que orientem os agentes públicos na indicação, quando da instauração da

³¹ Artigo 341. 2. Da Lei n.º 41/20 de 23 de Dezembro: Quando opte pela sujeição dos litígios à arbitragem, a Entidade Pública Contratante prevê obrigatoriamente:

a) A necessidade de aceitação, por parte do co-contratante, da jurisdição de centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato, de acordo com o modelo previsto no Anexo VIII, a incluir no caderno de encargos e no contrato;

b) O modo de constituição do tribunal e o regime processual a aplicar, por remissão para as normas do regulamento do centro de arbitragem institucionalizado competente, de acordo com o modelo previsto no Anexo VIII

arbitragem, tanto do árbitro único, quanto do respectivo coárbitro (tratando de tribunal arbitral), até para evitar escolhas imorais ou por mero capricho pessoal³².

No caso das arbitragens envolvendo a Administração Pública, a escolha do árbitro a ser por ela indicado deve se pautar por critérios relativos à experiência, ao conhecimento técnico das questões a serem julgadas, à especialização em determinado ramo do conhecimento jurídico ou científico, entre outros, de modo a se permitir que tal escolha se faça motivadamente e pautada por critérios passíveis de posterior verificação, tendo em vista que se trata de uma decisão discricionária do administrador³³. Não obstante, a legislação angolana nada prevê, no que tange a critérios específicos, no âmbito da escolha dos árbitros.

A esse respeito, entende o professor Carmona³⁴ que, as entidades estatais manifestam, por vezes, algum temor quanto à nomeação, para integrar o painel, de árbitros não nacionais. A desconfiança é baseada em dois pontos bem identificados, a saber, a dificuldade quanto ao domínio do idioma e a possibilidade de o árbitro estrangeiro não compreender bem nosso sistema jurídico, levando-o a interpretar mal o Direito nacional que deve aplicar.

De nada adianta para a Administração Pública fazer uso do juízo arbitral e, no momento de nomear o árbitro, indicar alguém que nada entende do assunto. Não se pode deixar de considerar, outrossim, que a exigência de rigor técnico na indicação do coárbitro, pelo ente estatal, reduz os riscos de escolhas voltadas ao atendimento de interesses estritamente pessoais e imorais, em desvio de finalidade³⁵.

Daí que, a escolha dos árbitros por parte do ente público deverá necessariamente obedecer a aspectos técnicos, até porque, diferente do que ocorre no processo judicial, na arbitragem, as partes são livres para escolher quem decidirá sobre o litígio, podendo, por sua vez, estabelecer critérios específicos.

Para tanto, é essencial que se estabeleça um procedimento transparente de nomeação dos árbitros, pela Administração Pública, de modo a viabilizar a fiscalização das escolhas feitas.

³² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A escolha do árbitro pela administração pública**: O alcance do art. 154 da Lei nº 14.133/2021. Disponível em: www.fgvblogdearbitragem.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

³³ Disponível em: www.library.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto., Arbitragem e Administração Pública - Primeiras Reflexões Sobre a Arbitragem Envolvendo a Administração Pública. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, Ano XIII- nº 51 – Jul.-Ago. 2016, p. 12

³⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A escolha do árbitro pela administração pública**: O alcance do art. 154 da Lei nº 14.133/2021. Disponível em www.fgvblogdearbitragem.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

É neste diapasão que se recomenda a regulamentação do tema pelo Poder Executivo, para que assim seja levado em consideração as especificidades administrativas do ente estatal³⁶.

Entende o professor Ricardo Medina Salla, que os árbitros não circunscrito aos rigores estatais, por mais gabaritados e capacitados que sejam, arriscam, involuntariamente e instintivamente, tratar as arbitragens públicas como se fossem procedimentos puramente privados, deixando de observar as restrições legais e naturais que se impõem à Administração. A despreocupação com tal cautela não apenas pode prejudicar a boa condução da arbitragem, como pode, ao final, ensejar nulidade da sentença por descumprimento do devido processo legal³⁷.

Na arbitragem, diferente do que acontece na jurisdição estatal, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, as partes são livres de convencionarem o número de árbitros que deve compor o tribunal arbitral, bem como, o modo de designação dos mesmos.

Caso as partes não determinem o número de árbitros que deverá integrar o tribunal, quer na convenção de arbitragem quer em documento escrito posterior, o art. 6º, n.º 2. da LAV³⁸ angolana determina, supletivamente, que o tribunal arbitral seja constituído por três árbitros. Esta solução está também vertida no art. 10, n.º 2 da Lei-Modelo da CNUDCI³⁹ e no artigo 5.º do regulamento de arbitragem da CNUDCI⁴⁰.

Se as partes recorrerem à arbitragem institucional e não indicarem o número de árbitros que irá compor o tribunal arbitral, o critério supletivo a aplicar será o constante do regulamento do centro de arbitragem escolhido.

Neste sentido, recomenda-se que, no momento da elaboração da cláusula compromissória ou em momento posterior ao surgimento do litígio, ao optar pela jurisdição arbitral, a Administração Pública conheça o regulamento da instituição arbitral que irá administrar o litígio, sob pena de escolher uma câmara ou centro, cujo regulamento não satisfaça os anseios das especificidades dos litígios que envolvam o ente público.

³⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A escolha do árbitro pela administração pública:** O alcance do art. 154 da Lei nº 14.133/2021. Disponível em www.fgvblogdearbitragem.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁷ Ricardo Medina Salla, artigo disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

³⁸ Artigo 6, n.º 2 da LAV angolana: Se o número de árbitros não for fixado na Convenção de Arbitragem ou em escrito posterior assinado pelas partes, nem deles resultar, o tribunal é composto por três árbitros.

³⁹ Artigo 10, n.º 2 da Lei-Modelo da CNUDCI: Na falta de tal determinação, os árbitros serão em número de três.

⁴⁰ GONÇALVES, Manuel; VALE, Sofia; DIAMVUTU, Lino. **Lei da Arbitragem Voluntária Comentada**, FDUAN, 2014, p. 44 apud TÁCIO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. *In: Reflexões Sobre Arbitragem*, LTR, São Paulo, 2002, p. 69

A LAV angolana exige que os árbitros sejam em número ímpar, por razões pragmáticas de eficácia e para evitar riscos de que possam ser na prática diminuídas as condições para uma decisão maioritária.

A lei neste passo outorga relativa autonomia aos litigantes para a composição do órgão julgador, permitindo-lhes escolher entre o árbitro único e o colégio arbitral, desde que este contenha qualquer número ímpar de árbitros. A experiência tem mostrado ser comum a escolha de tribunal arbitral com três integrantes.

Entretanto, tanto a Lei n.º 41/20, de 23 de Dezembro (Lei dos Contratos Administrativos) quanto a Lei n.º 11/19, de 14 de Maio (Lei sobre as Parcerias Público-Privada), nada dispõem relativamente a escolha dos árbitros, bem como regras aplicáveis à sua escolha.

Depreende-se destes diplomas que, a escolha dos árbitros, bem como o modo de designação, depende das partes e do que prevê os regulamentos dos centros de arbitragens escolhidos pelas partes.

Significa que, caso as partes indiquem na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral determinada instituição arbitral, a escolha e o modo de designação dos árbitros será a prevista pela referida instituição arbitral.

Sendo assim, é recomendável que nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, as partes, escolham um órgão arbitral que tenha ou preveja uma lista aberta de árbitros, ou seja, que admite a possibilidade das partes, escolherem árbitros além daqueles que encontram-se nesta lista.

A indicação do árbitro pelas partes, seja a parte estatal, seja a parte privada, deve ser livre. Mas a liberdade de indicação poderá estar sujeita à algumas limitações impostas pelos próprios contratantes. É o que acontece, por exemplo, se as partes escolherem, para administrar a controvérsia, um órgão arbitral que tenha lista fechada de árbitros. Neste caso, por decisão prévia dos litigantes, os árbitros (ou o presidente do tribunal arbitral) deverão ser escolhidos entre os nomes constantes de um rol fornecido pela entidade⁴¹.

Se for escolhida uma entidade que adote este modelo sem que as partes (e especialmente o Estado) verifiquem se tal lista é abrangente, a administração cairá em verdadeira armadilha: ocorrendo um litígio, naturalmente alguns dos nomes disponíveis não poderão (ou não

⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto., Arbitragem e Administração Pública - Primeiras Reflexões Sobre a Arbitragem Envolvendo a Administração Pública in **Revista Brasileira de Arbitragem**, Ano XIII- n.º 51 – Jul.-Ago. 2016, p. 12

quererão) participar do processo, diminuindo a possibilidade de escolha para a composição do tribunal.

Mais que isso, é bom lembrar que os grandes constitucionalistas e administrativistas-normalmente procurados para integrar os tribunais arbitrais podem ser indigestos para a Administração Pública, por já terem atuado contra o Estado.

O Estado, em outros termos, não se sentirá confortável em apontar para o tribunal alguém que tenha claro posicionamento antipático em relação a certas posturas por ele adotadas, de modo que, se houver lista impositiva, esta deve ser pesquisada com cuidado pelo Estado antes de aceitar determina instituição arbitral, sob pena de encurtar desnecessariamente suas opções de escolha⁴².

Daí, entendermos ser imprescindível que, a Administração Pública tenha em atenção a escolha da instituição arbitral, de modo a que seja escolhida uma câmara ou centro que disponha de uma lista aberta, no que toca a indicação dos árbitros, concedendo, assim, uma maior liberdade ao ente público em escolher o árbitro conforme lhe convier.

8. CONCLUSÃO

Não obstante, a Lei das PPPs existente no ordenamento jurídico angolano aplicável à Administração Direta e Indireta do Estado, privilegiar a resolução dos litígios emergentes dos contratos de parceria e, por sua, a Lei dos Contratos Administrativos, aplicável a formação e execução dos contratos públicos, de igual modo privilegiar a resolução extrajudicial, concretamente a resolução dos litígios pela via arbitral, contudo, inexistem disposições nos referidos diplomas referentes ao modo de indicação dos árbitros por parte da Administração Pública, bem como critérios específicos exigidos para a nomeação de árbitros por entes públicos, deixando a disposição do ente público contratante, a escolha do árbitro e a definição dos critérios utilizados para a sua escolha. Diferente do que se verifica à nível do ordenamento jurídico brasileiro.

Nada obstante seja evidente a crescente opção pela Administração Pública em adotar a jurisdição arbitral como meio de solução de conflitos decorrente de seus contratos com entes

⁴² CARMONA, Carlos Alberto., Arbitragem e Administração Pública - Primeiras Reflexões Sobre a Arbitragem Envolvendo a Administração Pública. *In: Revista Brasileira de Arbitragem*, Ano XIII- n.º 51 – Jul.-Ago. 2016, p. 14

privados, verifica-se ainda que no Brasil a presente situação ainda tem sido alvo de alguns entraves, como por exemplo os métodos de escolha dos árbitros de das câmaras arbitrais.

De todo modo a questão encontra-se em constante evolução legislativa, tendo sido, inclusive, superados pontos como o reconhecimento da inexigibilidade dos processos licitatórios no que tange a indicação dos árbitros e câmaras arbitrais.

Ainda, é possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro, objetivando assegurar a garantia ao interesse público das relações contratuais disponíveis, bem como, contemplar os princípios constitucionais, em específico aos que referem-se à imparcialidade e independência do ente julgador, tem buscado determinar premissas mínimas a serem observadas no ato da indicação do arbitro que irá julgar litígios que envolvam a Administração Pública.

Nesse diapasão é possível assegurar que, além das qualidades gerais atribuído às pessoas para o exercício da atividade de árbitro, nos casos das arbitragens públicas, ou administrativas, será necessário a demonstração evidente do conhecimento técnico do possível árbitro, a máxima independência e imparcialidade, observando ainda critérios de escolha isonômicos e transparente.

De todo modo, é nítido o encorajamento a tendência de maiores regulamentações, pois somente assim poderá assegurar uma ampla opção da Administração Pública pela arbitragem de modo eficaz e eficiente.

9. REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osterna CK. Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo o Poder Público, *In: Arbitragem e Poder Público*, Editora Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 54, p. 20-57, jul./set. 2017.

BACCELAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**, Editora Saraiva. 2012.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, AS., 2013.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, 2nd Edition, The Hague; Kluwer Law International, 2014. Ebook.

CARMONA, Carlos Alberto., Arbitragem e Administração Pública - Primeiras Reflexões Sobre a Arbitragem Envolvendo a Administração Pública *in Revista Brasileira de Arbitragem*, Ano XIII- n° 51 – Jul.-Ago. 2016.

CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2001.

CUNHA, Pedro Cunha. **Conflito e Negociação**. Porto Edições Asa. 2001.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2009.

FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira & SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**, São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?**, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/aescolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em: 1 mar. 2023.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem e suas consequências nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 26.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 203 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 1 mar. 2023.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Consultor Jurídico – Conjur**, 4 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional: A Determinação de um Estatuto da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal ; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHIMDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes, OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A escolha do árbitro pela administração pública: O alcance do art. 154 da Lei nº 14.133/2021**. Disponível em www.fgvblogdearbitragem.com.br. Acesso em: 1 mar. 2023.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

TÁCIO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. *In: Reflexões Sobre Arbitragem*, LTR, São Paulo, 2002.

ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA LUSO-BRASILEIRA

BREVES APONTAMENTOS

Aline Manfrin¹

Resumo: Busca-se apresentar um panorama da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal. Inicia-se com a indicação da arbitragem administrativa brasileira, em seguida, apresenta-se o conceito de arbitrabilidade objetiva. Após, descreve-se o critério objetivo previsto na Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, levantando a questão da sua aplicabilidade nos litígios envolvendo o Poder Público. Ato contínuo, identifica-se que o critério material da Lei de arbitragem portuguesa não é adotado para a arbitragem administrativa, a qual possui regramento próprio, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, regime geral da arbitragem administrativa. Por fim, conclui-se que, em âmbito da arbitrabilidade objetiva, Portugal apresenta-se como um verdadeiro *case study* servindo de inspiração a outros países como o Brasil.

Palavras-Chave: Arbitragem na Administração Pública brasileira; arbitragem administrativa portuguesa; arbitrabilidade objetiva.

Abstract: This article aims to present an outlook of arbitration involving Public Administration in Brazil and in Portugal. It begins with the indication of the Brazilian administrative arbitration, then presents the concept of objective arbitrability. Afterwards, it describes the objective criterion provided by the Portuguese Voluntary Arbitration Law, raising the question of its applicability in litigations involving Public Authorities. Thereafter, it identifies that the material criterion of the Portuguese Arbitration Law is not adopted for administrative arbitration, which has its own regulations, the Code of Process in Administrative Courts, general regime of administrative arbitration. Finally, it concludes that, within the scope of objective arbitrability, Portugal is a true case study inspiring other countries such as Brazil.

Keywords: Arbitrative in Brazilian Public Administration; Portuguese administrative arbitration; objective arbitrability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira; 2.1 Arbitrabilidade objetiva na Lei de Arbitragem brasileira; 3. Arbitrabilidade objetiva na Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa; 3.1 Regulamento geral da arbitragem administrativa em Portugal; 4. Conclusão; 5.Referências.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Nova School of Law, Lisboa, Portugal. Pós-graduada em Direito Processual e em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC-MG. Membro do grupo de estudos da Universidade Nova School of Law - *Dispute Resolution Forum*, centro destinado à investigação e formação na área da resolução alternativa de litígios e do grupo de estudos em Arbitragem e Administração Pública do Comitê de Jovens Arbitralistas – CJA do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

1. INTRODUÇÃO

A Lei de arbitragem brasileira (LArb), Lei n.º 9.307, de 23 de setembro, foi promulgada em 1996, no entanto, somente após a análise e a declaração de constitucionalidade pela Corte Constitucional, em 2001, que o instituto passou a ser aceito nos setores privados e, conseqüentemente, inaugura-se a sua adoção em alguns contratos com o setor público.

Apesar de, nessa época, a aceitação da arbitragem como forma alternativa de resolução dos conflitos, envolvendo o poder público no Brasil, esbarrava-se em vários óbices fundamentados nos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade.

Em 2015 o legislador reforma a LArb, através da Lei n.13.129, de 26 de maio, incluindo no seu texto, artigo 1º *caput*, autorização expressa à Administração Pública direta e indireta para valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ainda, no mesmo artigo, parágrafo 3, determinou a observância do princípio da publicidade e afastou o critério da equidade de julgamento em âmbito da arbitragem administrativa.

Cabe indicar que o emprego da arbitragem encontra limites na arbitrabilidade subjetiva e objetiva, aquela diz respeito a capacidade da parte em celebrar uma convenção arbitral e esta envolve as matérias que podem ser arbitráveis, a LArb adotou o critério da patrimonialidade ou disponibilidade do direito.

Em Portugal o uso da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública teve como marco a aprovação do regime geral da arbitragem em matéria administrativa, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, o qual define, no artigo 180 nos seus incisos, as matérias sujeitas à celebração de convenção de arbitragem.

Mais tarde, em 2011, é aprovada a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (LAV), Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro, aplicada subsidiariamente à arbitragem administrativa. A LAV estabelece no artigo 1, n.º 1 e 2 a regra objetiva de arbitrabilidade dos interesses patrimoniais disponíveis ou indisponíveis, desde que sejam transacionáveis.

Diante disso, questiona-se qual é o critério objetivo aplicável à arbitragem administrativa, o previsto no CPTA ou na LAV. Após o estudo, constatou-se que, apesar da LAV ter aplicação subsidiária e com as devidas adaptações à arbitragem administrativa, as questões arbitráveis encontram-se definidas expressamente no CPTA, lei especial que regulamenta a arbitragem administrativa em Portugal.

Nesse sentido, fazendo um paralelo entre os ordenamentos jurídicos observa-se que no Brasil adota-se, para a arbitragem administrativa, a mesma regra para a arbitragem privada, ou seja, da disponibilidade e patrimonialidade do direito. Em terras lusas não há adoção de um critério, visto que

o CPTA define os conflitos que podem ser dirimidos via arbitragem. Em outras palavras, a regra da arbitrabilidade objetiva estabelecida na LAV não é aplicável na arbitragem administrativa.

Observa-se que o CPTA apresenta uma ampla abertura à arbitragem administrativa em matérias tradicionalmente consideradas como indisponíveis no Brasil. Não obstante, mesmo com a adoção do critério da disponibilidade do direito na LArb, somado a ausência de uma norma geral específica para a arbitragem administrativa, o cenário atual é de avanço e incentivo ao uso da arbitragem em todas as esferas administrativas, o que demonstra uma mudança cultural pró meios alternativos de resolução de litígios. Esse breve estudo comparativo visa instigar novos debates à luz das particularidades do ordenamento jurídico brasileiro.

2. ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A arbitragem instituto privado com natureza jurisdicional², adjudicatório³ e alternativo à jurisdição estatal para a pacificação social. Através da convenção arbitral⁴ que “gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e o afastamento da jurisdição dos tribunais comuns”⁵, as partes, capazes, atribuem a terceiro(os)⁶ ou a instituição arbitral, o poder para julgar o litígio.

² A respeito da natureza jurídica da arbitragem existem três teorias: 1) teoria privatista ou contratualista, defendida por Chiovenda, entende que a arbitragem é tão somente um negócio jurídico contratual; 2) teoria publicista ou jurisdicionalista atribuem aos árbitros a natureza de verdadeiros juizes que exercem função jurisdicional ao decidir o litígio através de uma decisão vinculativa e obrigatória; 3) teoria mista ou intermediária agrega os fundamentos das duas primeiras, ou seja, mesmo pautada na autonomia das partes e no negócio jurídico a arbitragem bebe da água dos sistemas jurídicos existentes não podendo desenvolver alheia às normas legais. Cahali acrescenta no seu livro “Curso de Arbitragem” a existência de uma quarta teoria sendo ela relevante para a arbitragem internacional, porque identifica “na arbitragem um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente (...) verifica-se o extremo do princípio da autonomia privada, na medida em que, diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como soberana”. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação Tribunal multiportas**. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 135. No Brasil o legislador adotou a teoria da jurisdição na LArb nos termos do artigo 31 determinando que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos de uma decisão judicial. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9.307/96**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

³ É adjudicatório uma vez que é designado a terceiro, ou terceiros, a decisão do litígio sendo esta vinculativa às partes constituindo caso julgado com força executiva, isto é, a arbitragem, apesar de não ser judicial, aproxima-se do sistema tradicional sendo jurisdicional nos seus efeitos. GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 119.

⁴ Nesse sentido, “a arbitragem no setor privado só existe por vontade das partes expressa em convenção de arbitragem. E, no setor público, dependem de autorização ministerial os casos objeto de um compromisso arbitral”. BARROCAS, Manuel Pereira. **Notas sobre arbitragem administrativa no direito português**. Disponível em: <https://barrocas.pt/publ/Notas_sobre_Arbitragem_Administrativa_no_Direito_Portugues.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵ GOUVEIA, *Ibid.*, p.119.

⁶ A constituição da arbitragem poderá ocorrer com arbitro único ou com a quantidade de árbitros fixados pelas partes, desde que atenda ao critério de número ímpar. Essa é a regra adotada tanto em Portugal no artigo 8, n.1 da LAV quanto no Brasil no artigo 13, § 1º da LArb.

A sua instituição ocorreu em 1996 por meio da aprovação da Lei de arbitragem brasileira, (LArb) Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996⁷, no entanto, mais tarde a LArb passaria por um obstáculo: a análise da sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal⁸. O tribunal constitucional foi provocado a se manifestar sob o argumento de ofensa à garantia de acesso à justiça, estampado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Em 2001 o Plenário da Suprema Corte brasileira decidiu, por 7 votos a 4, pela constitucionalidade da LArb e fixou o entendimento de que “a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário”⁹.

Esse julgamento representou um marco para a arbitragem brasileira, posto que a partir de então começou o movimento de aceitação definitiva nos setores privados, especialmente, porque, a LArb afastou os dois obstáculos antes estabelecidos: a ausência de força vinculativa da cláusula arbitral e a exigência de homologação do laudo arbitral pelo Judiciário¹⁰.

Em âmbito da Administração Pública a sua adoção se esbarra nos fundamentos de ofensa aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade¹¹. De fato, a

⁷ Participaram como redatores do projeto da lei os juristas Pedro Batista Martins, Carlos Alberto Carmona e Selma Maria Ferreira; além disso o projeto tinha o apoio dos professores da Faculdades de Direito de São Paulo, da Cândido Mendes do Rio de Janeiro, das entidades como a FIESP e Instituto Brasileiro de Processo, dos escritórios de advocacia, da associação comercial de São Paulo e entidades dos poderes Judiciário e Legislativo através do senador Marco Antonio Maciel. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp.9 e 10.

⁸ A análise de constitucionalidade da Lei de Arbitragem Brasileira foi levantada em incidente de processo de homologação de uma sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, **Ag. Reg na Sentença Estrangeira 5.206-7 - Reino da Espanha**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em : <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

⁹ CAHALI, *Ibid.*, pp. 131-132.

¹⁰ A relatora da Lei de arbitragem Selma Lemes aponta que: “entre as diversas inovações importantes hauridas com a Lei de Arbitragem, Lei n° 9.307, de 23.09.96, duas delas representam a espinha dorsal do instituto, dando-lhe sustentabilidade: o efeito vinculante da cláusula compromissória e a equivalência da sentença arbitral à sentença judicial. A regulamentação anterior prevista no estatuto processual estabelecia que, após o laudo arbitral ser proferido, para que pudesse ser exigido seu cumprimento, ter eficácia e força executiva quando fosse condenatório, seria necessária a confirmação pelo Judiciário, em sede de ação de homologação de laudo arbitral. Esta exigência foi abolida com a nova sistemática, ao dispor no art. 31 que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. LOPES, Selma M. Ferreira. **A sentença arbitral. Justilex**, ano II, n. 15, 2003. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo22.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹¹ A professora Simone Lopes indica, na sua dissertação de mestrado, que os argumentos discordantes assentavam-se em: 1) A inconstitucionalidade da arbitragem por afastar o Poder Judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a Direito, cláusula pétrea (art. 5º, XXXV, CR/88), ou, em outras palavras, a solução de litígios envolvendo a Administração Pública só poderia ser solvida por esse Poder da República no exercício de função jurisdicional; 2) A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que impossibilita a Arbitragem que parte de um princípio consensual e paritário entre as partes; 3) A indisponibilidade do interesse público, afastando, por força do art. 1º da LAB, a arbitragem, que é aplicável apenas sobre “direitos disponíveis”; 4) A condição jurídica dos bens e interesses da Administração Pública como res extra commercium. LOPES, Simone Cristine Araújo. **A arbitragem como instrumento alternativo e consensual de controle da Administração Pública**. 2010, Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LopesSC_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023, p.32.

LArb aprovada em 1996 não trazia expressamente a previsão da sua aplicação aos conflitos da Administração Pública, nada obstante Ricardo Salla defendia que:

Embora adequada, a autorização legal não se mostra absolutamente necessária. O Estado poderia aderir à convenção de arbitragem, tão logo constatada a possibilidade de atendimento do interesse público, sem que, para tanto, fosse exigida autorização expressa da lei.¹²

Todavia, o Tribunal de Contas da União afastava o instituto por lesão ao princípio da legalidade (acórdão n.º 584/2003) e aos princípios constitucionais da publicidade e transparência (acórdão n.537/2006)¹³.

Por outro lado, com a finalidade de identificação da arbitrabilidade objetiva, o debate sucedia em torno da incompatibilidade do instituto por dano ao interesse público, dado que “o conflito se dá por método de solução transacional, de paridade entre os litigantes”.¹⁴ Essa discussão realizava-se com a distinção do interesse público em primário e secundário. A professora Sema Lemes resumidamente indica:

Quando a Administração atua no interesse da coletividade, adotando políticas referentes à segurança e o bem estar da sociedade, são interesses fora do mercado (indisponibilidade absoluta); são os interesses públicos primários. Já, quando adota condutas para operacionalizar os interesses públicos primários que possam ser quantificados e tenham expressão patrimonial, estamos diante dos interesses públicos derivados; portanto, disponíveis e suscetíveis à arbitragem.¹⁵

Dessa forma, a professora Simone Lopes, assevera que:

Parece que não se deve contestar essa supremacia, existente no ordenamento, mas procurar distinguir, caso a caso, a relação jurídica travada entre o Estado e a pessoa para determinar, afinal, como o Estado ali comparece: se como sujeito de direito e, portanto, numa relação de coordenação e de paridade com a outra parte, ou ordem jurídica, numa relação de subordinação.¹⁶

¹² SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e Direito Público**. *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol.6, Issue 22, 2009, pp 78-106. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/6.22/RBA2009022>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

¹³ OLIVEIRA Gustavo Justino; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. [livro eletrônico], Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Notas sobre a autocomposição no processo coletivo in Arbitragem e Direito Processual**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão, Thomson Reuters Brasil, 2021, São Paulo, p.527.

¹⁵ LOPES, Simone Cristine Araújo. **A arbitragem como instrumento alternativo e consensual de controle da Administração Pública**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010, Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LopesSC_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023, p. 23.

¹⁵ LEMES, Selma Ferreira. **Uso da arbitragem na Administração Pública**, *Jornal Valor Econômico*. 2003. Disponível em: <<http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁶ LOPES, *Ibid.*, p. 23.

Portanto, estando em causa interesses públicos secundários a composição de litígios pela via arbitral não apresentava ofensa ao interesse público. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ratificava em seus acórdãos “a conformidade do recurso da arbitragem para os conflitos decorrentes dos contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”¹⁷.

No legislativo editou-se “leis especiais, várias delas admitindo, em setores específicos da área de infraestrutura”¹⁸, especialmente para influenciar investimentos estrangeiros no país, visto as vantagens da arbitragem, nomeadamente a celeridade, tecnicidade e a confidencialidade em face da justiça estatal.

Por fim, como indicado supra a confidencialidade é regra geral disposta nas convenções arbitrais entre privados. Mas, em nome da transparência e do princípio da publicidade, insculpido na Constituição Federal, artigo 37 caput, na Arbitragem administrativa “a publicidade para entes públicos é inerente ao regime democrático”.¹⁹ Em nome “da supremacia do interesse público, pelos princípios e características de participação da Administração Pública em litígios, há de se rejeitar o julgamento por equidade e a confidencialidade”²⁰.

Mesmo com esses obstáculos, no que diz respeito a arbitragem administrativa, o ambiente brasileiro era de estímulo ao uso dos meios alternativos de litígios, visto que:

A adoção dessas soluções alternativas traz três grandes benefícios fundamentais: desoprime o Poder Judiciário, reduzindo sua intervenção em milhares de conflitos; possibilita um maior acesso das pessoas à Justiça, seja pela via judicial ou extrajudicial; e, ao decompor a tarefa de resolução de controvérsias, assegura, em tese, maior qualidade das decisões proferidas em cada processo individualmente considerado²¹.

¹⁷ “São válidos os contratos firmados pelas sociedades de economia mista cujo objeto seja a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços os quais estipulem cláusula compromissória para que eventuais litígios deles decorrentes sejam dirimidos por meio de juízo arbitral. Uma vez avençado, o que só pode ocorrer em hipótese envolvendo direitos disponíveis, ficam as partes vinculadas à solução extrajudicial da pendência. Assim, a eleição da cláusula compromissória arbitral é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, VII, do CPC. Logo a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados do STJ: REsp 612.439-RS, DJ 14/9/2006; do STF: AgRg na SE 5.206-EX, DJ 30/4/2004. REsp 606.345-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/5/2007. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 606.345-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/5/2007.

¹⁸ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública**: uma proposta de regulamentação. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, FGV, 2016, Rio de Janeiro, p. 140. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/bitstream/handle/10438/16218/Dissertação%20%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2022.

¹⁹ LOPES, Simone Cristine Araújo. **A arbitragem como instrumento alternativo e consensual de controle da Administração Pública**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2010, Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LopesSC_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023, p. 23.

²⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação**: conciliação: Tribunal multiportas, Thomson Reuters, São Paulo, 2018, p. 453.

²¹ ANDRIGHI, *Ibid*.

Nesse mesmo caminho, a ratificação e a valorização dos meios alternativos aconteceu na esfera judicial, em 2010, com a instituição da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses²². Todo esse precedente de aculturação dos meios extrajudiciais, culminou na aprovação, em 2015, do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC)²³.

Em maio do mesmo, com o advento da Lei n.13.129/2015²⁴ reformas cirúrgicas são realizadas na LArb, manteve-se a essência e a estrutura, corrigiu alguns pontos e aperfeiçoou outros, como o afastamento da dúvida sobre aplicação da arbitragem na Administração Pública direta e indireta, já que a mesma foi autorizada de forma expressa, instituiu a obrigatoriedade da observância do princípio da publicidade e vedou o julgamento por equidade.

Essas alterações solidificaram “a reputação internacional como país “*arbitration friendly*”²⁵, representando:

Maior segurança jurídica ao gestor público, diminuindo a incerteza do controle em razão de divergências opinativas acerca da legalidade do instituto. Desse modo, a Administração Pública ao firmar cláusulas arbitrais, quer em seus editais, quer em seus contratos, conta com o respaldo normativo sobre a sua decisão, diminuindo-se o risco de controle posterior relacionado à legalidade da opção pela via arbitral²⁶.

Essas alterações replicaram na LArb princípios constitucionais²⁷ aplicáveis à arbitragem envolvendo a Administração Pública, além de consolidar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação a arbitragem nas contentas envolvendo os entes públicos²⁸.

²² Por meio da Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objeto de ampliar o direito constitucional de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, e a promoção dos meios adequados para a solução das controvérsias. GUERRERO, Luis Fernando. **Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-09042013-150524/pt-br.php>>. Acesso em: 21 jan. 2023, p.8.

²³ As inovações trazidas pelo CPC de 2015 não havia correspondente no CPC de 1973 podendo ser conferido através de uma simples investigação textual do diploma. Pode-se notar, nesse sentido, que o legislador brasileiro certificou em dar a devida importância ao papel da autocomposição no ordenamento processual civil. ARENHART, Sérgio Cruz. **Notas sobre a autocomposição no processo coletivo in Arbitragem e Direito Processual**. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. Ed. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2021, p.534.

²⁴ BRASIL. **Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁵ CAHALI, *Ibid.*, p. 131.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, 1ª ed., 2017. Disponível <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

²⁷ Dispostos no artigo 37, caput: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de ago. 2022.

²⁸ ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Arbitragem e Administração Pública**: nova disciplina normativa após a Lei n.º 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 13, vol.49, arb.-jun. 2016.

Outra norma de relevo foi a Lei de Mediação nº 13.140, de 26 de junho de 2015, marco legal da mediação no âmbito da Administração Pública, ratificando o novo pensamento que agora já estava em pleno desenvolvimento²⁹.

O atual panorama da arbitragem com o Poder Público é de expansão em diversas áreas e esferas da federação³⁰, embora, como será possível perceber a seguir, que o ordenamento brasileiro não apresenta os limites objetivos plenamente delineados.

2.1. Arbitrabilidade Objetiva na Lei de Arbitragem Brasileira

O emprego da arbitragem como método adequado³¹ para a solução dos conflitos encontra-se delimitado pela arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito a capacidade em contratar da parte, sendo ela física ou jurídica, a segunda envolve as matérias que podem ser arbitráveis³². A análise da arbitrabilidade “consubstancia um verdadeiro limite material à autonomia privada das

²⁹ Além de ratificar o movimento de promoção aos meios consensuais, apresentou também a afirmação do que já ocorria em âmbito federal na Advocacia-Geral da União (AGU). A Portaria da AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007 instituiu a arbitragem e a conciliação para o deslinde de controvérsias de natureza jurídica administrativa entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Dois meses mais tarde, com a finalidade de dar continuidade às atividades conciliatórias, que já eram desenvolvidas no âmbito da AGU pelas câmaras de conciliação *ad hoc*, cria-se a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) em 27 de novembro de 2007, pelo Ato Regimental nº 5. Em 2008 foi estendida a conciliação para a solução administrativa das controvérsias entre os Estados e o Distrito Federal pela Portaria AGU n. 1099, de 28 de julho de 2008. Em 2009 é incluído a possibilidade de conciliação com os Municípios que possuam mais de duzentos mil habitantes através da Portaria ACGU n.481, de 06 de abril de 2009, BRASIL, Advocacia Geral da União, Legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

³⁰ Exemplificadamente: nas leis setoriais Lei 11.079/04 que regulamenta o regime de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública, art. 11, inc. III; Lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos, art. 23-A; Lei 9.478/97 sobre política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, art. 43, inc. X. Mais recente o Decreto 10.025/19 sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Além dos regulamentos da Advocacia-Geral da União (AGU), Portaria da AGU nº 1.281/07. Na esfera estadual destaca-se a regulamentação da arbitragem no Estado do Rio de Janeiro Decreto 46.245/18; Estado de São Paulo Decreto nº 64.356/19 e do Estado de Minas Gerais Lei n. 19.477/2011. Ainda, no domínio federal, importa indicar o papel do Conselho da Justiça Federal (CJF), através do Centro de Estudos Judiciários, na aprovação de enunciados sobre aplicação da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Também chama atenção para o Ato Normativo nº 0006684-33.2021.2.00.0000 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que trata sobre a cooperação judiciária em matéria de arbitragem, “a resolução amplia o alcance dos pedidos de cooperação judiciária previstos na Resolução CNJ 350/2020”, que estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades. Nesse sentido, definiu-se que os pedidos de cooperação previstos na Resolução CNJ 350/2020 podem ser formulados também entre os árbitros ou órgãos arbitrais e os órgãos do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça, Regulamentada cooperação judiciária entre arbitragem e Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/regulamentada-cooperacao-judiciaria-entre-arbitragem-e-justica/>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

³¹ Adequação no sentido de que a escolha entre a arbitragem ou o poder judiciário deve ser realizada tendo em vista as “peculiaridades e especialidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas”. WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. vol. 86, p. 76-83, Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 1 de out. 2022.

³² A LArb traz no seu artigo 1º os limites subjetivos e objetivos assim proclamados: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, essa última locução faz referência ao limite objetivo.

partes, restringindo a celebração de convenções de arbitragem, inexistindo arbitrabilidade inexistirá jurisdição do tribunal arbitral”³³.

A remodelação da LArb, em 2015, inseriu, no parágrafo primeiro do artigo 1º, autorização para que a Administração direta e indireta possa valer-se da arbitragem” trata-se do critério subjetivo, isso quer dizer que “mesmo as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas autarquias) podem firmar convenções de arbitragem e resolver os conflitos correlatos por meio do procedimento arbitral”³⁴.

No tocante ao limite objetivo, estampado no mesmo artigo *caput*, restringe a arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, isto é, “a natureza patrimonial e disponível do direito que atende a lei deixa fora de sua aplicação os chamados direitos indisponíveis”³⁵. Data vênua, esse critério civilista, mantido em 2015 pelo legislador brasileiro, para a arbitragem administrativa não nos parece adequado, a respeito disso Pedro Accioly assinala que:

Não foi feliz o legislador ao utilizá-la nesse ramo jurídico – em que a disponibilidade ostenta contornos conceituais completamente diversos daqueles que possui no mundo privado, de onde advém. A definição mais detalhada do seu significado, no entanto é essencial para elucidar quais são as controvérsias envolvendo a Administração que podem ser objeto de composição arbitral³⁶.

Nesse sentido, diante desse limite objetivo genérico surge o desafio de “delimitar, dentre o plexo de direitos de titularidade do Poder Público, aqueles que se enquadram na categoria de direitos patrimoniais disponíveis”³⁷.

Em vista disso, a doutrina brasileira³⁸ tem analisado o significado da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” em âmbito administrativo, manifestando-se “no sentido de que só podem

³³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna; ROCHA, Matheus Lins; ALVES FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias. **Lei Arbitragem comentada**. 2ª ed., São Paulo: Juspodivm, p. 96.

³⁴ SCHMIDT, *Ibid.*, p. 200.

³⁵ NETO, Antonio José de et al.. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Mundo Jurídico, 2013, p. 49 Disponível em: <<http://rakuten.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/42144163.pdf#page=55>>. Acesso em: 3 de ago. 2022.

³⁶ ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em conflitos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2019.

³⁷ SCHMIDT, *Ibid.*, p. 200.

³⁸ Importante indicação sobre o tema é realizada pelo professor Eros Grau, que aponta não haver “qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”, sendo certo que se pode “dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Conclui o autor que “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre. V. 21. Mar. 2002. Disponível em: <[131](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewipkpTCmBb5AhXSQvEDHUKUAIMQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Frevfacdir%2Farticle%2Fview%2F72370&usq=AOvVaw35QMx5DSQMhkdfwIz7xUY>”. Acesso em: 15 jul. 2022. Para mais sobre o assunto consulte NETO, Antonio José de et al.. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. 1ª ed. Rio de</p></div><div data-bbox=)

ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada”³⁹. Em consequência, por determinação do princípio da especificação material⁴⁰, caberá à Administração indicar na convenção arbitral⁴¹ todas as matérias, do caso concreto, que serão arbitráveis.

É o que tem acontecido, nomeadamente, na esfera federal com a aprovação do Decreto nº. 10.025/2019, de 20 de setembro, o qual dispõe da arbitragem envolvendo a Administração Pública federal. Esse dispositivo indica, no artigo 2º, nos seus incisos, de forma exemplificativa as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem:

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III – o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Em suma, todos os conflitos envolvendo a Administração Pública, direta e indireta, que abrangem matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas, ou seja, “todas aquelas que tenham em um contrato a sua fonte jurídica imediata e imprescindível”⁴², podem ser dirimidos por meio da arbitragem.

Apesar das críticas ao critério objetivo disposto na LArb o atual panorama da arbitragem administrativa brasileira é de crescimento⁴³. A seguir apontaremos os limites objetivos adotados em terras lusitanas com objetivo de no final ser ponto de reflexão entre as duas realidades jurídicas.

Janeiro. Mundo Jurídico, 2013. 49 p. Disponível em: <<http://rakuten.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/42144163.pdf#page=55>>. Acesso em: 3 de ago. 2022.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ O princípio da especificação material da arbitragem deve ser entendido “como a obrigação de especificar, na cláusula arbitral, as matérias arbitráveis que serão objeto da arbitragem, comportando o panorama geral de assuntos que atraem o fórum arbitral”, além de outras questões à luz do regime legal aplicável e da vontade das partes. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de Arbitragem e Administração Pública**. 1ª ed. em e-book, Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴¹ “Ao vincular-se por uma convenção de arbitragem, a Administração Pública exerce um *poder conferido por lei*, que se apresenta livre no seu exercício em concreto (“discricionariedade livre”): o poder de escolher a via judicial (estadual ou arbitral) para decidir o litígio”. *Grifos do autor*. GONÇALVES, Pedro Costa. A Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. **Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo**. Almedina Coimbra. 2013. p. 781. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEWjukevWs874AhXEhP0HHVTYCC0QFnoECAUQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.pedrocostagoncalves.eu%2FPDF%2Ftextos%2Festudos_homenagem.pdf&usg=AOvVaw2RSJPU_1hAC2gH4kSAZwSG. Acesso em: 8 de jun. 2022.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da Advocacia Geral da União (AGU)**. Brasília-DF. v.16, n.3. 19-58. p. 2017.

⁴³ Por exemplo a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aprovada em 2021 pela Lei n. 14.133/2021, traz a indicação expressa, no artigo 152, dos meios alternativos de resolução de controvérsias: a conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem em relação aos contratos celebrados entre a Administração Pública e os particulares. BRASIL. PLANALTO. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 3 de jul. 2022.

3. ARBITRAGEM OBJETIVA NA LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA

A Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro, substituiu o critério da disponibilidade do direito que constava em sua versão de 1986⁴⁴, para a regra da arbitrabilidade dos interesses patrimoniais disponíveis, ou indisponíveis, desde que sejam transacionáveis, nesses termos:

Art. 1, n. 1- desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a *interesses de natureza patrimonial* pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros; n. 2 - é também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que *não envolvam interesses de natureza patrimonial*, desde que as partes *possam celebrar transacção* sobre o direito controvertido⁴⁵.

Diante da nova regra passou-se da indisponibilidade do direito para o um critério que alarga o leque de matérias que são confiadas à arbitragem, nomeadamente litígios jurídicos protegidos pela ordem pública e interesses indisponíveis, mas transigíveis⁴⁶.

A regra supra disciplina a arbitragem privada com aplicação à pública subsidiariamente⁴⁷, uma vez que a arbitragem administrativa em Portugal conta com um quadro normativo próprio constituído por vários regimes jurídicos esparsos⁴⁸.

Presente nessa teia normativa, encontra-se o regime geral da arbitragem em matéria administrativa o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro⁴⁹, o Código dos Contratos Públicos (CCP)⁵⁰, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária

⁴⁴ A primeira Lei de Arbitragem Portuguesa de 1.986 adotava o critério da disponibilidade do direito. Em 2011 com a aprovação da nova LAV o critério passa a ser o da patrimonialidade ou transacionalidade, o que apresenta maior abrangência por ser mais objetivo e mais claro. BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de arbitragem comentada**. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2018. 29 p.

⁴⁵ Grifos nossos. PORTUGAL. Lei de Arbitragem Voluntária. **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro**. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis>. Acesso em: 6 de jul. 2022.

⁴⁶ BARROCAS, *Ibid.*, p. 28.

⁴⁷ Por remissão do artigo 181, n.1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos que apresenta nesses termos: “o tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações”. Também o artigo 185-A indica a adoção dos fundamentos da LAV para impugnação da sentença arbitral administrativa.

⁴⁸ O professor português Ricardo Pedro afirma que a arbitragem administrativa é um instituto “em evolução e tal como aconteceu com o contencioso administrativo estatual – que justificou a sua automação face ao direito processual civil - também a arbitragem administrativa está a percorrer o seu caminho”. PEDRO, Ricardo. **Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos (pretexto, contexto e texto)**. Lisboa: AAFDL, 2008, p.9.

⁴⁹ PORTUGA., Código de Processo nos Tribunais Administrativos. **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro**. Diário da República n.º 45/2002, Série I-A de 2002-02-22. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 4 de jun. 2022.

⁵⁰ O CCP foi aprovado em 2008 através do Decreto-Lei n.18/2008, de 29 de janeiro. O CPTA remete (artigo 180, n.1 al. a) e n.3) a aplicação do CCP que prevê um regime especial nas arbitragens públicas para os litígios envolvendo os contratos públicos ou emergentes de procedimento pré-contratuais.

(RJAT)⁵¹ e a LAV, aplicada por remissão e com as devidas adaptações e alguns regimes dispersos⁵². Esses representam os principais ordenamentos jurídicos em matéria arbitral administrativa portuguesa.

Importante mencionar Portugal, desde 2011, autoriza o emprego da arbitragem em matéria tributária⁵³, representando a superação “da noção clássica de indisponibilidade do interesse público na cobrança de créditos fiscais”⁵⁴.

Diante dessa ampla disposição jurídica, quais seriam os limites de arbitrabilidade objetiva⁵⁵, impostos à Administração Pública para a celebração de convenção de arbitragem⁵⁶. Pedro Gonçalves indica que “não tem propriamente um critério de arbitrabilidade dos litígios relativos a relações jurídico-administrativas”⁵⁷ como ocorre na LAV e na LArb para os litígios privados.

Naturalmente, o que se pode esperar da lei administrativa é, fundamentalmente, que confira à Administração uma “autorização” para celebrar convenções de arbitragem⁵⁸, ao contrário do que acontece com os particulares, a Administração não dispõe de um poder próprio para submeter os seus litígios aos tribunais arbitrais, esse poder há de resultar, direta ou indiretamente da lei⁵⁹.

⁵¹ O CPTA prevê no artigo 181, n.º 4 a aplicação das regras dos deveres e os impedimentos aos árbitros previstas no RJAT com as necessárias adaptações. PORTUGAL, Código de Processo nos Tribunais Administrativos. **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro**. Diário da República n.º 45/2002, Série I-A de 2002-02-22. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nv_ersao=&so_miolo=>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁵² A título de exemplo Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n. 35/2014, de 20 de junho. Código das Expropriações, aprovado pela Lei n. 168/99, de 18 de setembro. Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais entidades Públicas, aprovado pela Lei n. 67/2007. Regulamentos municipais de urbanização e ou de edificação, Decreto-Lei 555/99, de 16 de dezembro, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março.

⁵³ Registre-se que existem dois Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional brasileiro para a criação do regime de arbitragem tributária, a saber: o Projeto de Lei n. 4.257/2019, apresentado pelo “Senador Antônio Anastasia, institui a arbitragem tributária via alteração da Lei de Execuções Fiscais (LEF – Lei n. 6.830/80), com recorte temporal pós-constituição da relação jurídica tributária e garantia da dívida, além da referência aos requisitos da Lei de Arbitragem”. Já o Projeto de Lei n. 4.468/2020 “apresentado pela Senadora Daniella Ribeiro, traz a figura da “arbitragem especial tributária”, possível de ser realizada antes mesmo da constituição da relação jurídica tributária – ou seja, em momento diametralmente oposto àquele previsto no PL n. 4.257/2019”. PISCITELLI, Tathiane et al. Um olhar para arbitragem tributária: comparativo no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**. São Paulo, n.48. p.743-767. 2º semestre 2021. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-48-28>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁵⁴ POROCA, *Ibid*.

⁵⁵ Corroborando com o tema Aroso aponta que “não existe na ordem jurídica portuguesa uma norma de permissão geral da arbitragem em matéria administrativa, dependendo a concretização de convenções arbitrais da existência de lei especial que permita a sua celebração.” ALMEIDA, Mário Aroso de. Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal. **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. Org. Jorge Miranda et al. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 9.

⁵⁶ “Ao vincular-se por uma convenção de arbitragem, a Administração Pública exerce um *poder conferido por lei*, que se apresenta livre no seu exercício em concreto (“discricionariedade livre”): o poder de escolher a via judicial (estadual ou arbitral) para decidir o litígio”. *Grifos do autor*. GONÇALVES, *Ibid.*, p. 787.

⁵⁷ CABRAL, Margarida Olazabal. A arbitragem no projeto de revisão do CPTA. **Revista jurídica Julgar**. n.º 26. Lisboa: Coimbra, 2015. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-arbitragem-no-projeto-de-revisao-do-cpta/>>. Acesso em 15: de jul. 2022.

⁵⁸ GONÇALVES, Pedro, p.781.

⁵⁹ Sobre esse tema Mário Aroso pondera que “a simples leitura das várias alíneas do artigo 180 do CPTA permite extrair com grande facilidade a conclusão de que, na arbitragem de Direito Administrativo, não existe um critério uniforme ao

Portanto, respondendo à pergunta inicial, o critério da arbitrabilidade objetiva previsto na LAV não é aplicável à arbitragem administrativa, diferentemente do Brasil em que o legislador nacional manteve a mesma normativa para a arbitragem privada e pública. Diante dessa conclusão, abordaremos a seguir quais são os litígios envolvendo o Poder Público português que podem ser dirimidos pela arbitragem.

3.1. Regulamento Geral da Arbitragem Administrativa Portuguesa

Como apontado, no tópico anterior, a LAV tem aplicação subsidiária à arbitragem administrativa, sendo que o regime geral da arbitragem em matéria pública concentra-se no Título VIII (sob a epígrafe Tribunais arbitrais e Centros de Arbitragem) nos artigos 180 ao 187 do CPTA, sem prejuízo de outros regimentos normativos.

Encontra-se no artigo 180, n 1, nas alíneas a) até d) as matérias que podem ser objeto da arbitragem administrativa, quer dizer, a previsão para a constituição do tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes a:

a) contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.⁶⁰

Dispõe o número 3, do mesmo artigo, a arbitragem do contencioso pré-contratual envolvendo “a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º”, refere-se a “formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços”.⁶¹

qual possam ser reconduzidos os vários tipos de situações admitidas de arbitrabilidade, qual fosse o da disponibilidade das situações jurídicas em causa por parte da Administração. Por outro lado, a análise mais circunstanciada dos diferentes tipos de situações admitidos permite concluir que eles não são determinados (e, portanto, delimitados) de acordo com critérios coerentes”. ALMEIDA, Mário Aroso. **Arbitragem de Direito administrativo**: algumas considerações. CAAD Newsletter. n.º 1. Lisboa, 2013. Disponível em: <https://www.caad.org.pt/files/documentos/newsletter/Newsletter-CAAD_fev_2013.pdf>. Acesso em: 16 de jul. 2022.

⁶⁰ PORTUGAL. Código de Processo nos Tribunais Administrativos. **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro**. Diário da República n.º 45/2002, Série I-A de 2002-02-22. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=>>. Acesso em: 2 jul. 2022.

⁶¹ Artigo 180, n.3 e artigo 100 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Observa-se que o legislador português, expressamente, autorizou a arbitragem em matéria tradicionalmente considerada como indisponível, ou seja, “a apreciação de questões respeitantes a actos administrativos relativos à validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos”.⁶²

Não obstante, ficou de fora da apreciação do árbitro o compromisso arbitral, questões relativas a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e legislativa ou da função jurisdicional, sendo proibido ao árbitro, ainda, pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa.⁶³

Essa limitação fundamenta-se no princípio da separação e interdependência dos poderes, nesse sentido:

Os tribunais arbitrais, tal como os tribunais judiciais, não poderão julgar do mérito, da conveniência e da oportunidade dos atos administrativos, sob pena de uma ingerência inconstitucional dos tribunais na função administrativa. Os tribunais apenas se encontram incumbidos do exercício da função jurisdicional⁶⁴.

Importa indicar que 2015 e 2019 representaram os anos em que o CPTA sofreu as suas principais modificações⁶⁵, nomeadamente: incluiu no art. 180, n.º 3, a autorização da arbitragem para a impugnação de atos administrativos para a formação dos contratos indicados no artigo 100 do CPTA, que devem seguir o disposto nas alíneas a) e b). Na alínea a) aplicação do regime processual de urgência para o contencioso pré-contratual previsto no CPTA e, na b) a previsão de recurso urgente para o Tribunal Administrativo, com efeito devolutivo⁶⁶, das decisões que versarem sobre litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do artigo 476.º do CCP⁶⁷.

⁶² MOREIRA, Raul Relvas. **O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos**: a arbitragem administrativa em debate, problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos. Coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro. Lisboa. AAFDL, 2018, p. 264.

⁶³ Limites indicados no artigo 185 do CPTA.

⁶⁴ BRAVO, Bárbara Magalhães. MIMOSO, Maria João. A arbitrabilidade do ato administrativo à luz do novo CPTA. (2016). **Revista Eletrónica de Direito**. n.º 2. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/REVISTARED>>. Acesso em: 1 jun. 2022.

⁶⁵ Através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. Em 2019 por meio da Lei n.º 118 de 17 de setembro. As reformas seguintes operadas em 2021 pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio e a Lei n.º 56/2021, de 16 de agosto, alteraram somente três artigos a saber: os artigos 102. e 103.-A e o artigo 26. todos os diplomas encontram-se fora do âmbito normativo da arbitragem administrativa preconizada no CPTA.

⁶⁶ “Estabelece-se uma regra contrária ao efeito-regra dos recursos dos tribunais administrativos de círculo e que é, de acordo com o artigo 143, n.1, do CPTA, o efeito suspensivo”. PEDRO, Ricardo. **Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos**: entre a efectividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de lei n.168/XIII. Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público). Lisboa, AAFDL, 2019, p. 68.

⁶⁷ Como aponta Ricardo Pedro o artigo 476 do CPP “para além de, no n.1 reafirmar a admissão da arbitragem enquanto meio de solução de litígios, dedica o n.2 à arbitragem institucionalizada (que surge como regra), os n.ºs 3 e 4 à arbitragem *ad hoc* (que surge como excecional) e o n.5 ao recurso das decisões arbitrais em matéria de contratação pública”.

Especificamente sobre essa última regra, recurso para o Tribunal Administrativo, incluída na alínea b) n.º 3 do artigo 180, salienta-se que a leitura deverá ser conjunta com a norma do artigo 476.º, n.º 5 do CPP⁶⁸ que fixa a obrigatoriedade recursal, com efeito devolutivo, para o Tribunal Administrativo sempre que se estiver diante de litígios de valor superior 500.000 (quinhentos mil euros), logo o critério pecuniário referenciado no CPTA é o supra indicado.

Por fim, descrito esse panorama, percebe-se que em Portugal a arbitragem encontra-se definida em ordenamento próprio, o CPTA, regime geral onde se encontra um número alargado de matérias arbitráveis. Embora, não possamos deixar de apontar que, junto com essa ampliação, o legislador português normatizou o controle estatal das sentenças arbitrais através do recurso da sentença arbitral, tema que pela sua importância merece um estudo mais aprofundado.

Ainda assim, “Portugal é um dos poucos países do mundo a permitir disputas laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais”⁶⁹, rompendo com a clássica noção da indisponibilidade do interesse público que na tradição jurídica brasileira encontra-se no caminho da sua flexibilização.

4. CONCLUSÃO

A arbitragem na esfera da Administração Pública brasileira, como forma alternativa e às vezes mais adequada, para a resolução dos conflitos, teve como baliza a reforma da LArb em 2015. A partir de então há previsão expressa para que a Administração Pública, direta e indireta, utilize da arbitragem para a resolução de conflitos, oriundos de direitos patrimoniais disponíveis, impõe a observância ao princípio da publicidade e veda o uso da equidade.

Apesar dessa reformulação representar um marco para a arbitragem administrativa, o legislador brasileiro manteve a regra da arbitrabilidade objetiva comercial, de raízes peculiarmente privada, para a arbitragem pública, o que não se coaduna bem ao Direito Administrativo.

Já em Portugal, com a aprovação da LAV, em 2011, passou do critério objetivo de direitos patrimoniais disponíveis, adotado na versão de 1986, para o da arbitrabilidade dos interesses

⁶⁸ Esse dispositivo disciplina as normas para o recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios emergentes de procedimentos ou contratos previstos no CCP. A inclusão do artigo 476 no CCP ocorreu com a nona alteração realizada no Código dos Contratos Públicos aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Além disso transpôs as Diretivas n.º 2014/23/EU relativa à adjudicação de contratos de concessão; a diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE e a diretiva 2014/25/EU relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/EU relativa à faturação eletrônica nos contratos públicos do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. PORTUGAL. **Decreto Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2820&pagina=1&ficha=1>. Acesso 27 jul. 2022.

⁶⁹ ACCIOLY, João Pedro. p. 238.

patrimoniais disponíveis ou indisponíveis, desde que sejam transacionáveis, critério mais amplo que o brasileiro.

Constatou-se que, no entanto, essa norma não é aplicável à arbitragem envolvendo o Poder Público, a qual dispõe de um quadro normativo geral o CPTA, além de vários ordenamentos jurídicos esparsos. Posto isto, o CPTA não indica um critério de arbitrabilidade, como ocorre na LAV e na LArb, o código define quais são os conflitos que podem ser dirimidos via arbitragem, em outras palavras, é a lei a fonte determinante das matérias arbitráveis.

Nota-se que o legislador português no CPTA dispôs de uma ampla abertura à arbitragem administrativa, em matérias tradicionalmente consideradas como indisponíveis no Brasil, a título de exemplo a apreciação de questões respeitantes a atos administrativos relativos à validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos.

Diante de todo o exposto, depreende-se que apesar de não haver atualmente um regime geral para a arbitragem administrativa no Brasil o cenário atual é de incentivo ao uso da arbitragem na esfera pública, especialmente após a reforma da LArb.

Nessa realidade, de avanço do instituto arbitral, esse panorama comparativo apresentado visa instituir um ponto de reflexão, especificamente, sobre a ausência no ordenamento jurídico brasileiro de um critério objetivo específico ou de um regime geral para a arbitragem administrativa brasileira.

5. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em conflitos com a administração pública**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2019.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal. **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. Org. Jorge Miranda et al. Vol. II. Coimbra, Almedina. 2012.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Arbitragem de Direito administrativo – algumas considerações**. n.1. CAAD Newsletter. 2013. Disponível em: https://www.caad.org.pt/files/documentos/newsletter/Newsletter-CAAD_fev_2013.pdf>. Acesso em 16 jul. 2022.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A paz social na Constituição de 1988**: o preâmbulo da Constituição como porta de acesso à mediação. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da Advocacia Geral da União (AGU)**. V.16, n.3. Brasília-DF.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Lei de arbitragem comentada**. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2018. Disponível em: https://barrocas.pt/publ/Notas_sobre_Arbitragem_Administrativa_no_Direito_Portugues.pdf>. Acesso em 23 jun. 2022.

BARROCAS, Manuel Pereira. Notas sobre arbitragem administrativa no direito português. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 56, São Paulo.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 ago. 2022.

BRAVO, Bárbara Magalhães; Mimoso, Maria João. A arbitrabilidade do ato administrativo à luz do novo CPTA, n.2. **Revista Eletrónica de Direito**. 2016. Disponível em WWW:< <http://www.cije.up.pt/REVISTARED>>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. PLANALTO. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BRASIL. PLANALTO. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BRASIL, PLANALTO. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 20 de out. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 606.345-RS**. Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/5/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ag. Reg na Sentença Estrangeira 5.206-7-Reino da Espanha**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

CABRAL, Margarida Olazabal. A arbitragem no projeto de revisão do CPTA. **Revista jurídica Julgar**. n.26. Coimbra. 2015. Disponível em: < <http://julgar.pt/a-arbitragem-no-projeto-de-revisao-do-cpta/>>. Acesso em 15 jul. 2022.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação Tribunal multiportas**. 7 ed. São Paulo. Thomson Reuters, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre. V. 21. 2002.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2021.

GONÇALVES, Pedro Costa. A administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. **Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo**. Almedina Coimbra. 2013. 781p. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjukevWs874AhXEhP0HHVTY>

CQ0QFnoECAUQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.pedrocostagoncalves.eu%2FPDF%2Ftextos%2Festudos_homenagem.pdf&usg=AOvVaw2RSJPU_1hAC2gH4kSAZwSG> . Acesso em: 8 jun. 2022.

MOREIRA, Raul Relvas. **O âmbito da arbitragem administrativa no domínio dos contratos. A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos**. Coord. Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro. Lisboa, AAFDL. 2018.

NETO, Antonio José de et al.. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Mundo Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://rakuten.livrariacultura.com.br/imagem/capitulo/42144163.pdf#page=55>>. Acesso em 3 ago. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. *Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo. Thomas Reuters. **Revista dos Tribunais**. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Ed. 1ª, 2017. Disponível <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei n. 13.129/2015: novos desafios. **Revista brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte. 2015. Disponível em: < <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/18>>. Acesso em: 3 ago. 2022.

PEDRO, Ricardo. A arbitragem institucional e centros de arbitragem de Direito Público. *In: Estudos sobre arbitragem (em especial, de Direito Público)*. Ed. AAFDL.

PEDRO, Ricardo. Arbitragem administrativa em Portugal: visão geral e evoluções. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. Org. Ranzolin, Ricardo. Arbipedia, Porto Alegre, 2022.

PEDRO, Ricardo. Arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial, em matéria de contratos públicos: entre a efectividade e as dúvidas... e notas breves sobre a proposta de lei n.168/XIII. **Estudos sobre arbitragem (em especial, de direito público)**. Lisboa, AAFDL. 2019.

PEDRO, Ricardo. **Coletânea de legislação sobre arbitragem de direito público e regimes conexos (pretexto, contexto e texto)**. Lisboa: AAFDL, 2008.

PISCITELLI, Tathiane et al. Um olhar para arbitragem tributária: comparativo no Senado Federal, provocações e sugestões. **Revista Direito Tributário Atual**. n.48. p.743-767. São Paulo: IBDT. 2021. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-48-28>>. Acesso em 17 ago. 2022.

PORTUGAL, Código de Processo nos Tribunais Administrativos. **Lei n.º 15/2002**, de 22 de Fevereiro. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=439&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 4 jun. 2022.

PORTUGAL, Lei de Arbitragem Voluntária. **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro**. Disponível em <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis>. Acesso em: 6 jul. 2022.

PORTUGAL, **Decreto Lei n.º 111-B/2017**, de 31 de Agosto de 2017. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2820&pagina=1&ficha=1>. Acesso em: 27 jul. 2022.

POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti. JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. A arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisa Jurídicas**. Faculdade Eduvale, Avaré, v.3, n.1.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a Lei n. 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo. ano 13. Vol.49, p. 103-126. Abr.-Jun. 2016.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação** 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. FGV. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace;handle/bitstream/handle/10438/16218/Dissertação%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2022.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem institucional ou ad hoc: a melhor opção para a Administração**. (2021) Consultor Jurídico.

VITORINO, José Miguel. **A recorribilidade da sentença arbitral nos litígios jurídico-administrativos: fundamento, objecto e tipologia**. (2019). Dissertação do curso de mestrado em direito e ciência jurídica com especialização em direito administrativo. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. vol. 86. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em 1 out. 2022.

PROCESSO COMO NEGÓCIO: IMPACTOS DO *THIRD PARTY FUNDING* NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

*Ester Luiza Capistrano de Oliveira*¹

*Pedro Paulo Farias Barros Queiroz da Costa*²

*Vitória Alves de Mello*³

Resumo: O *Third-Party Funding* possui relevante importância na Arbitragem haja vista os altos custos dos procedimentos e, mais ainda, as próprias despesas de execução da sentença arbitral no Poder Judiciário. Entretanto, determinadas controvérsias orbitam em torno da presença do Third-Party Funder no procedimento. Nesta via, o presente estudo tem como objetivo geral delinear as repercussões do instituto no procedimento arbitral, e como objetivo específico, a identificação das nuances e problemáticas relativas aos questionamentos levantados, quais sejam, à ameaça à confidencialidade e imparcialidade do procedimento. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e documental, com apuração da doutrina relevante ao objeto, análise de regulamentos das grandes instituições de arbitragem e de casos práticos que abordam as especificidades do tema. O presente artigo busca, desse modo, contribuir para a reflexão crítica acerca da aplicação do instituto na cultura jurídica extrajudicial, e colaborar para a produção didática de conhecimento jurídico.

Palavras-Chave: arbitragem e processo; financiamento de terceiros; confidencialidade, acesso à justiça.

Abstract: Third-Party Funding has a relevant importance in Arbitration, given the high costs of the proceedings and, even more so, the high costs of enforcement of the arbitral award in the Judicial Courts. However, certain controversies orbit around the presence of the Third-Party Funder in the procedure. Therefore, the general purpose of this study is to outline the repercussions of the institute in the arbitration procedure, and the specific purpose is to identify the nuances and issues related to the questions raised, namely the threat to confidentiality and impartiality of the procedure. The methodology used will be bibliographic and documental research, with an assessment of the doctrine relevant to the subject, an analysis of the regulations of the major arbitration institutions and of practical cases that address the specifics of the topic. This article seeks, therefore, to contribute to critical reflection on the application of the institute in extrajudicial legal culture, and to contribute to the didactic production of legal knowledge.

Key Words: arbitration and procedure; third party funding; confidentiality; access to justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. Acesso à Justiça e Third Party Funding; 2.2. A Questão da Confidencialidade; 2.2.1. A Relativização da Confidencialidade em Ponderação ao Princípio do Acesso à Justiça; 2.2.2. Mecanismos de Manutenção da Confidencialidade do Procedimento Arbitral na Presença do Terceiro Financiador; 2.3. Impactos da Revelação do Third Party Funding na Imparcialidade do Processo Arbitral; 2.3.1 O Dever de Relevação e o Third Party

¹ Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA e estagiária em Advocacia Pedro Ribeiro- *Dispute Resolution Services*.

² Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA e estagiário no Infra2038.

³ Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA e estagiária em Cristina Mastrobuono Advogados.

Funding; 2.3.2. Third Party Funding e o Viés de Confirmação; 3. Considerações Finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O *Third Party Funding*, traduzido do inglês, financiamento de terceiros, consiste na atuação de sujeitos externos ao litígio custeando as despesas decorrentes do processo, assumindo, inclusive, o ônus da sucumbência da parte financiada. Nesta via, este artigo não trata *contingent fees* nem contratos de seguro judiciais, pois não se relaciona estritamente com os procuradores das partes e se concentrará, neste artigo, nos procedimentos relativos à arbitragem jurídica.

Interessante apontar que a prática de financiamento de terceiros não é recente, cuja manifestação moderna passou a adquirir destaque há 10 anos atrás em países europeus. A partir de então, esse instituto ultrapassou as barreiras continentais e se inseriu no mundo jurídico brasileiro, viabilizando a instauração de procedimentos arbitrais no país. Dentre os custos acobertados pelo financiamento, encontram-se os honorários dos árbitros, dos peritos, as taxas de registro e eventuais custos calculados pela instituição arbitral e a execução de sentença na fase judicial.

Em face do caráter recente do instituto, desconfianças e debates críticos sobre o tema permeiam o mundo jurídico. Dentre as pautas, encontra-se a possível ameaça à confidencialidade e à imparcialidade do procedimento em face à atuação de um terceiro. Nesta via, o presente artigo terá como objetivo geral delinear as repercussões do *Third Party Funding* no procedimento arbitral, enquanto seu objetivo específico será a de explorar as nuances, as críticas e as avaliações acerca dos questionamentos levantados. A metodologia utilizada será consubstanciada na pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento da doutrina relevante ao objeto, análise de regulamentos das grandes instituições de arbitragem e de casos práticos que abordam as especificidades do tema.

O presente artigo busca, desse modo, contribuir para a reflexão crítica acerca da aplicação do instituto na cultura jurídica extrajudicial, considerando o seu relevante papel no acesso à justiça, tendo em consideração ainda as possíveis desigualdades existentes entre os sujeitos litigantes no procedimento arbitral. É evidente ressaltar, portanto, os impactos didáticos e pedagógicos no presente estudo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Acesso à Justiça e *Third Party Funding*

Ao se discutir a relação entre o financiamento de terceiros na arbitragem e a ideia de acessibilidade à justiça, faz-se mister, primeiramente, trazer à baila os aspectos conceituais de Acesso à Justiça, para em seguida, apontar a sua inter-relação com o *Third Party Funding*.

Segundo Garth e Cappelletti⁴, através da transformação dinâmica da sociedade ao longo da idade moderna e contemporânea, o mundo jurídico deu palco para novos debates, abarcando a função social do direito na resolução de conflitos - tema que se faz presente na pesquisa e na práxis jurídica. Sob essa ótica, encontra-se o conceito de Acesso à Justiça, no qual Garth e Cappelletti apontam que, apesar do termo ser dificilmente definido, seu conceito consubstancia duas finalidades básicas do sistema jurídico: a acessibilidade na tutela dos direitos e a efetividade da sua execução.

Interessante ressaltar que é através do enfoque da acessibilidade na tutela dos direitos que o tema se interrelaciona com o financiamento de terceiros na arbitragem. Nesta via, para além da consolidação do sistema multiportas, que promoveu uma maior adequação do método de resolução de conflitos com base nas necessidades das partes, a acessibilidade na tutela dos direitos depende, sobretudo, da “equiparação de armas” entre os litigantes. Como aponta Napoleão Casado Filho⁵, a insuficiência de recursos financeiros para custear o litígio na arbitragem seria um dos principais motivos para se buscar um *funder*. Ademais, o referido autor realiza uma observação pertinente relacionando o *Third Party Funding* ao Acesso à Justiça:

O *Third-Party Funding* possui, ainda, um aspecto especial de garantia de acesso à justiça:

Uma vez que vinculadas às partes pela convenção de arbitragem, não fosse o financiamento, caso não dispusesse de recursos para iniciar o procedimento arbitral, estariam impedidas (financeiramente) de ter acesso à arbitragem e impedidas (juridicamente) de submeterem o mesmo pleito à jurisdição estatal, salvo casos excepcionálíssimos.⁶

Dessa forma, o financiamento feito por terceiros na arbitragem possibilita que ambas as partes do litígio tenham instrumentos equiparáveis para custear o procedimento arbitral. Considerando a aprofundada análise de risco realizada pelas empresas financiadoras, a revelação de um terceiro financiador é capaz de desincentivar as “táticas de guerrilha” eventualmente utilizadas pela parte com

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto. Alegre, Fabris, 1988, p. 98.

⁵ CASADO FILHO, Napoleão. **Third-party funding**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP, 2022, p. 4.

⁶ *Ibid.*, p. 5

maior poderio financeiro na defesa dos próprios interesses, mormente quando essas táticas de guerrilha são utilizadas contra a parte que detém uma menor probabilidade de ter seu pleito atendido. Um exemplo disso, seriam os pedidos consecutivos de análise pericial, que encarecem e protelam o procedimento. Em outras palavras, a utilização dos recursos de um terceiro financiador poderia impedir as táticas de estrangulamento financeiro da parte hipossuficiente. Nesses casos, a existência de um terceiro financiador poderia, ainda, estimular uma proposta de acordo feita pela contraparte litigante.

Observa-se que as “grandes organizações” ou “grandes empresas” que habitualmente litigam suas causas, tendem a ser polos mais eficientes na condução do próprio processo do que os indivíduos litigantes eventuais. Portanto, a atuação de um terceiro financiador pode auxiliar na luta estratégica da parte com menor poderio financeiro ou, ainda, com menor entendimento jurídico.

A partir disso, é possível identificar uma dupla ação do *Third Party Funding* correlata à superação dos obstáculos enfrentados pela efetivação do Acesso à Justiça apresentados por Garth e Cappelletti⁷. Em primeiro lugar, pela equiparidade financeira como instrumento da arbitragem e, em segundo lugar, pela capacidade jurídica da parte financiada que, com o serviço prestado pelo terceiro financiador, poderá analisar e reconhecer as probabilidades do próprio pleito em obter êxito na pretensão levada à arbitragem. No âmbito da arbitragem internacional, como aponta Maya Steinitz⁸, o financiamento de terceiros encontra um estímulo adicional ao se deparar com a possibilidade de entidades estatais integrarem os polos da ação, em face da nítida desigualdade de poder. Logo, a relevância da atuação do TPF se estende para além do financiamento de indivíduos ou pequenas empresas, abarcando também as grandes corporações.

De acordo com Alexandra Sofia Mendes Gonçalves⁹, discute-se na doutrina a intenção do terceiro financiador ao subsidiar o litígio, de modo que o reconhecimento do interesse puramente econômico do terceiro em lucrar com a demanda levaria a uma certa desconfiança da higidez desse instituto. Inclusive, a discussão acerca dos interesses econômicos por trás do financiamento correlacionam-se com os temas da caracterização de *champerty* e *maintenance*, enquanto grandes obstáculos enfrentados por países de *common law* para a regularização da prática. Apesar disso, a utilização do *Third Party Funding* vem crescendo ao longo dos últimos 10 anos.

Analisando a pesquisa publicada pela *School of International Arbitration* e pela PricewaterhouseCoopers¹⁰, em 2014, cerca de 94% das empresas que participaram de procedimentos arbitrais não haviam utilizado financiamento de terceiros. Por outro lado, fatores normativos, questões

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie, Op. cit., 1988.

⁸ STEINITZ, Maya. **Whose claim is this anyway-Third-party litigation funding**. Minn. L. Rev., v. 95, p. 1268, 2010

⁹ GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes. **Third party funding na arbitragem comercial**. 2018. Tese de Doutorado

¹⁰ SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). **Corporate choices in International Arbitration: Industry Perspectives**. Londres: International Arbitration Survey, 2013, p. 22.

econômicas e aumento nos valores em disputa influenciaram o *boom* evidente na utilização do instituto no Brasil. Como aponta Peter Hirst e Joan Cavalieri Fernandes, advogados na Clyde & Co LLP¹¹:

[...] um fundo peruano que opera atualmente no Brasil, relatou um aumento de 50% no número de pedidos das partes brasileiras e dos seus consultores jurídicos. Prevê ter 400 milhões de dólares investidos no Brasil dentro dos próximos três anos. (tradução livre).

Em 2017, o mercado de financiamento de terceiros atingiu o marco de 10 bilhões de dólares no mundo, continuando a crescer.¹² Os motivos que levam as empresas a buscarem subsídio no instituto do *Third Party Funding* são variados, dentre eles, a falta de liquidez da empresa para financiar o procedimento ou pelo aproveitamento econômico em dividir o risco da ação.

Dessa forma o devido Acesso à Justiça, funciona como uma garantia fundamental dos sujeitos na defesa dos direitos tutelados, característica intrínseca de um sistema jurídico moderno, e o *Third Party Funding*, ainda que atrelado ao interesse econômico por trás da disputa, desempenha um importante papel nesse meio. Um método capaz de disseminar a utilização da arbitragem no Brasil e no mundo.

2.2. A Questão da Confidencialidade

Diante do dever em que se encontra a parte financiada no procedimento arbitral de revelar ao tribunal a presença e participação de um terceiro financiador, como exigem regulamentos de determinadas câmaras, a exemplo da CAM-CCBC¹³ e da CCI¹⁴, algumas são as consequências que podem decorrer de tal obrigação. Dentre elas a discussão acerca da preservação, ou não, da confidencialidade na Arbitragem na presença de terceiro financiador e seus possíveis desdobramentos, que serão esmiuçados no presente capítulo.

A discussão acerca da confidencialidade nas arbitragens com participação de terceiros financiadores se bifurca em dois caminhos: I) a quebra do caráter confidencial da arbitragem, em razão da participação de um terceiro não-signatário, seus desdobramentos sobre a segurança jurídica do procedimento e a garantia do acesso à justiça; e II) a proteção dos documentos compartilhados entre o *funder* e a *funded party* em razão do sigilo profissional.

¹¹ CLYDE & CO. *Third-Party Funding in Brazil*. [Brasil]: Lexology, 2016.

¹² BOGART, Christopher P. **Arbitration academics are living in the dark ages**. Financial Times, 2017.

¹³ Regulamento de Arbitragem do CAM CCBC (2022).

¹⁴ Regulamento de Arbitragem da CCI (2021).

O presente estudo se debruça sobre os aspectos que orbitam dentro do primeiro caminho, a fim de compreender se há, de fato, uma violação à confidencialidade, as consequências da participação do *funder* sobre a produção de documentos e informações probatórias pela parte não financiada e, por fim, demonstrar possíveis formas de manter o sigilo do procedimento arbitral mesmo com a participação de um terceiro financiador, a fim de se evitar a cessação do direito de acesso à justiça pela parte financiada.

2.2.1. A Relativização da Confidencialidade em Ponderação ao Princípio do Acesso à Justiça

O financiamento por terceiros na arbitragem possui, essencialmente, um caráter mercantil, dado que a pretensão última do *funder* é auferir vantagens pecuniárias para si em detrimento da causa em litígio. Nesse sentido, como todo investimento de grande vulto, como é o caso das arbitragens, torna-se quase uma obrigação do terceiro financiador a realização de procedimentos de análise informacional e de risco, comumente realizadas através de *due diligences*, sobretudo a fim de mensurar os riscos e probabilidades de êxito naquele negócio.

Nesse sentido, para se obter resultados mais precisos acerca da probabilidade de o investimento no litígio ser rentável ao *funder*, é fundamental a análise de informações tanto sobre as partes – que engloba uma avaliação sobre política corporativa, reputação no mercado e operações –, quanto sobre o próprio litígio em si, seu objeto, perspectiva média de duração do procedimento, possíveis ganhos e gestão de riscos.

Em uma fase inicial, é realizado um *pre-screening*, que contém a análise das informações inerentes às partes e a adequação destas às pretensões do financiador. Posteriormente, dá-se início à fase de *due diligence*, onde haverá a análise legal e a avaliação do caso, envolvendo pesquisa fática e de documentações comprobatórias¹⁵.

Essa postura diligente por parte do financiador tem início antes mesmo da celebração do contrato de financiamento¹⁶. Nesse caminho, o *funder*, que, naquele momento, ainda é apenas um potencial interessado no investimento de uma das partes, possuirá acesso quase ilimitado às informações em disputa.

No entanto, antes mesmo da primeira análise informacional, é comum a celebração de um termo de confidencialidade entre o *funder* e a parte que solicita o financiamento, salvaguardando as informações que o possível financiador terá acesso, bem como, em caso da não celebração do acordo,

¹⁵ CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem comercial financiada por terceiros**: um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

¹⁶ GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes. **Third Party Funding na Arbitragem Comercial**: a aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a possibilidade da sua regulação. 2018. 114 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018.

garantindo que o ente financiador se abstenha de investir na contraparte¹⁷ Essa postura diligente da parte financiada já denota um primeiro nível de preservação do sigilo do procedimento arbitral.

Assim, levando-se em consideração que a confidencialidade é objeto basilar da Arbitragem, questiona-se onde reside o limiar entre esse importante elemento do procedimento arbitral e a disposição de informações a um terceiro não-signatário da Cláusula Compromissória.

A problemática que surge nesse aspecto é a possível cessação do fornecimento de informações, por vezes, de grande relevância ao procedimento, pela parte-não-financiada, que, ao obter ciência de que um terceiro, alheio ao processo, possui acesso a documentos e informações apresentados em sede de jurisdição arbitral, poderá não se sentir segura em revelar tais dados, documentos e informações necessários ao satisfatório deslinde da controvérsia, por entender que não detém meios suficientes para garantir que essas informações permanecerão em sigilo.

Em decorrência disso, a presença do *funder* no procedimento arbitral poderia violar a própria segurança jurídica e a previsibilidade das sentenças arbitrais, que se encontrariam viciadas em razão da não-produção de provas importantes para o deslinde da controvérsia pela parte não financiada.

Acerca disso, há de se firmar, em primeiro lugar, que a confidencialidade do procedimento arbitral não é regra absoluta, conforme expõe Ana Tereza Basílio e Thiago Lins, podendo vir a sofrer eventuais relativizações¹⁸, essencialmente quando analisadas as circunstâncias do caso concreto¹⁹, dentre elas, a própria necessidade de se obter um financiamento para a garantia da efetiva tutela jurisdicional por quaisquer das partes.

Mais ainda, a relativização da confidencialidade deve ser levada em consideração principalmente quando vai de encontro ao princípio da igualdade processual, da qual decorre o acesso à justiça, e que consagra a paridade de armas entre as partes. Diante de tal ponderação, o princípio processual basilar deve prevalecer em todo caso.

De modo contrário, caso prevaleça a confidencialidade, a parte que só teria condições de participar do procedimento arbitral se, efetivamente, recebesse recursos de investimentos de terceiros, teria cerceado o seu direito de acesso à justiça em detrimento de uma suposta confidencialidade inabalável do procedimento arbitral. Como exemplo, tem-se o caso de uma *class action* ou uma arbitragem coletiva societária, onde inúmeros são os acionistas minoritários que, por vezes, estão vinculados à Arbitragem por força da cláusula compromissória estatutária, mas não possuem quaisquer condições de adimplir com as custas arbitrais.

¹⁷ CRUZ, Elisa Schimidlin. *Op. cit.* 2017.

¹⁸ MORETTI, Eduardo. **Arbitragem Societária e acesso à justiça**: extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária no âmbito das empresas listadas na bolsa de valores de são paulo (b3). 2018. 277 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

¹⁹ BASÍLIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na Arbitragem: companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, p. 1-10, jun. 2016.

2.2.2. Mecanismos de Manutenção da Confidencialidade do Procedimento Arbitral na Presença do Terceiro Financiador

Apesar de se reconhecer que a confidencialidade não é absoluta, a presença do *funder* pode, mesmo assim, revelar certa animosidade da contraparte em sustentar a produção livre de provas e documentos. Nesse sentido, alguns mecanismos são possíveis para solucionar ou, ao menos, diminuir tal impasse, a exemplo da extensão da responsabilidade de confidencialidade ao terceiro financiador, que se obrigará, tanto por meio de cláusulas contratuais nos contratos de financiamento de litígios, quanto por instrumentos contratuais próprios para manter a confidencialidade da Arbitragem, a vincular-se, quanto ao sigilo, ao procedimento arbitral como se parte signatária dele fosse.

Dentre as possíveis saídas, a serem utilizadas para a manutenção da confidencialidade da arbitragem mediante a presença do *funder*, está a estipulação de *non-disclosure agreement* no acordo de financiamento, que garantirá que as informações pessoais, relacionais e comerciais das partes estejam sob completa salvaguarda, garantindo, por conseguinte, que o procedimento arbitral esteja limitado aos seus intervenientes, circulando as peças e informações processuais apenas entre as partes e o terceiro financiador²⁰.

Inclusive, a cláusula de confidencialidade possui uma eficácia dupla nas arbitragens com a presença de terceiro financiador, pois, em um primeiro plano, protegem o material compartilhado entre *funded party* e *funder* de possíveis pedidos de *disclosure*, como também obrigam o financiador a não divulgar o conteúdo absorvido por ele dentro do procedimento arbitral²¹. Cláusula nesse sentido foi suscitada no caso Miller v. Caterpillar, onde a *non-disclosure agreement clause* sustentou a necessidade de manutenção do sigilo da arbitragem, estendendo essa obrigação ao financiador, e limitou a apresentação de documentos trocados entre a parte financiada e o *funder* perante o pedido de *disclosure* da contraparte, obrigando o julgador a avaliar previamente as documentações trocadas *in camera review* antes de ordenar a apresentação.

Por fim, acaso o financiamento seja contratado na transcorrência do procedimento, solução também encontrada seria a celebração de um contrato de confidencialidade entre o financiador e ambas as partes do conflito, vinculando o *funder* não somente à parte financiada, mas também à contraparte, garantindo que a obrigação e responsabilização por eventuais violações de confidencialidade de documentos e informações da contraparte estejam diretamente vinculadas ao investidor. O contrato incluiria documentos trocados entre a parte financiada e o financiador, além de

²⁰ GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes. **Third Party Funding na Arbitragem Comercial: a aplicabilidade do financiamento de litígios por terceiros e a possibilidade da sua regulação**. 2018. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018.

²¹ MANNHEIMER, Sérgio Nelson *et al.* Arbitragem, Third-Party Funding e a Proteção dos documentos enviados pela parte financiada ao financiador. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 67, n. 1, p. 143-160, out. 2020.

todas as informações privilegiadas trocadas no transcorrer do processo, as quais o *funder* possui acesso para fins de monitoramento do processo²².

Sendo assim, percebe-se que, mesmo a confidencialidade sendo elemento inerente à Arbitragem, esta não pode prevalecer sobre o acesso à justiça, no que diz respeito à litígios envolvendo *Third Party Funding*, ainda porque diversos são os mecanismos contratuais de vinculação do *funder* à responsabilidade pela divulgação de documentos e informações sensíveis das partes, que sustentam a harmonia do procedimento arbitral em todas as suas fases.

2.3. Impactos da Revelação do Third-Party Funding na Imparcialidade do Processo Arbitral

Como já abordado ao longo deste trabalho, o *Third-Party Funding* se mostra como uma ferramenta útil para proporcionar o acesso à justiça das partes que não podem ou não querem, por qualquer motivo, arcar com as custas de um procedimento arbitral. Entretanto, a utilização desta ferramenta pode gerar repercussões processuais, mais precisamente acerca das seguintes questões, que serão abordadas neste capítulo: Deve a existência do financiamento ser revelada para que o árbitro exerça o dever de revelação também quanto ao financiador? Em caso de resposta afirmativa, a revelação do financiamento de terceiros pode enviesar o julgamento do árbitro?

2.3.1. O Dever de Revelação e o *Third Party Funding*

O dever de revelação do árbitro, prática já consolidada e prevista na legislação brasileira e em regulamentos institucionais de arbitragem é essencial à confiabilidade da arbitragem. Seu objetivo principal é proporcionar às partes uma maior confiança na imparcialidade e independência do árbitro e proporcionar, assim, higidez ao procedimento arbitral.²³ Assim, os árbitros têm o dever de revelar quaisquer fatos que gerem "dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência".²⁴

O estabelecimento do *Third-Party Funding* como alternativa na arbitragem doméstica e internacional trouxe uma nova circunstância ao tema do dever de revelação: deve o financiamento ser revelado às demais partes e aos árbitros, para que estes exerçam a revelação de eventuais conflitos de interesses também em relação ao financiador? Neste trabalho, nos concentraremos nos aspectos da revelação ou não do financiamento ao Tribunal Arbitral.

²² VON GOELER, Jonas. Third- Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, **International Arbitration Law Library**. vol. 35 (Kluwer Law International 2016), pp. 155 - 158. No mesmo sentido: LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. Third-party Funding – Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings. In: **Dossier X of the ICC, Third Party Funding in International Arbitration**. p. 82.

²³ FIGUEIRA TORRE, Riccardo Giuliano. Aspectos do Third-Party Funding e o Dever de Revelação do Árbitro. **Revista de Mediação e Arbitragem**. v. 64, jan./mar., 2020, pp. 163–200.

²⁴ Artigo 14, §1º, Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996).

Não há, na Lei Brasileira, qualquer previsão legal acerca do *Third-Party Funding*, tampouco há a obrigação da revelação do financiamento de terceiros aos demais envolvidos no procedimento. Em verdade, a regulamentação acerca do TPF é, ainda, escassa nas legislações nacionais e estrangeiras. Entre as principais instituições de arbitragem do Brasil, apenas os regulamentos mais recentes, do CAM-CCBC (2022)²⁵ e da CCI (2021)²⁶ preveem a obrigatoriedade de revelação do acordo de financiamento de terceiros pela parte financiada. A CAM CIESP-FIESP²⁷ e a CAMARB²⁸ possuem resoluções que recomendam a revelação do acordo de financiamento, mas não a tornam obrigatória. Observa-se, assim, uma tendência nas instituições de arbitragem a favor da revelação.

Entretanto, por parte das partes financiadas, tal tendência não parece, ao menos por enquanto, se tratar de unanimidade. De acordo com Napoleão Casado, há diversos motivos por trás do receio da revelação:

Pela parte financiada, algumas vezes pode-se ver como pouco interessante informar à outra parte sobre sua condição financeira, mesmo em situações em que o investimento se deu não por dificuldades de caixa, mas simplesmente por alocação de risco.²⁹

Uma posição minoritária da doutrina entende que não deve haver obrigação de revelar o financiamento de terceiros. Jonas Von Goeler argumenta neste sentido, por entender que seria contraproducente exigir a tal revelação, pois uma revelação "desnecessária", i.e., em casos nos quais não há conflitos de interesses entre árbitros e financiador, afetaria a eficiência e celeridade do procedimento, além de aumentar a possibilidade de impugnações frívolas de árbitros. Ainda, o autor entende que seria desnecessária a regulamentação obrigando a revelação do financiamento especificamente pois as regras já existentes seriam suficientes para preservar a lisura do procedimento, e as partes já seriam obrigadas a revelar a existência de um financiador se houver um eventual conflito de interesses entre este e o árbitro.³⁰

Entretanto, a corrente majoritária é a favor da obrigatoriedade da revelação do financiamento, e há uma tendência em *soft rules* e regulamentos institucionais no mesmo sentido. As Diretrizes da

²⁵Artigo 9.6: "As partes deverão informar a existência de financiamento de terceiros na primeira oportunidade possível, para que os árbitros possam verificar e revelar a existência de eventual conflito."

²⁶Artigo 11(7): "Para auxiliar os candidatos a árbitro e os árbitros a cumprirem os seus deveres nos termos dos artigos 11(2) e 11(3), cada parte deverá notificar prontamente a Secretaria, o tribunal arbitral e as demais partes da existência e da identidade de qualquer terceiro que tenha celebrado acordo relativo ao financiamento de demandas ou defesas, nos quais essa parte tenha interesse econômico no resultado final da arbitragem."

²⁷ Resolução nº 06/2019.

²⁸ Resolução Administrativa nº 14/20.

²⁹ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça**: o novo paradigma do *third-party funding*. pp. 204-213.

³⁰ VON GOELER, Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. **International Arbitration Law Library**. vol. 35 (Kluwer Law International 2016), pp. 155-158. No mesmo sentido: LÉVY, Laurent; BONNAN, Régis. 'Third-party Funding – Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings'. In: **Dossier X of the ICC, Third Party Funding in International Arbitration**. p. 82.

IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional equipara o terceiro financiador a uma parte para fins de detecção de eventuais conflitos de interesses do árbitro, determinando que o financiado revele o financiamento na primeira oportunidade possível no procedimento. O ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding recomenda que o financiamento seja revelado pela parte financiada na primeira oportunidade possível.

Nos parecem arrazoadas tais recomendações. Deixar às partes financiadas a opção de revelar ou não o financiamento pode trazer mais incertezas do que garantir a celeridade do procedimento, já que a descoberta tardia de um conflito de interesses de um árbitro pode significar uma perda de tempo e prejuízo muito maiores do que a simples revelação no primeiro momento possível.³¹ Ainda, existe a possibilidade de a parte não estar ciente de um eventual conflito de interesses existente entre árbitro e *funder*. O dever de revelação, como já afirmado *supra*, tem por principal objetivo preservar a confiabilidade e higidez do procedimento. Assim, a análise de eventuais conflitos de interesse do árbitro não deve ser limitada estritamente às partes e seus advogados, mas sim incluir terceiros interessados na disputa, como é o caso do financiador³². Portanto, tendo em vista que “um árbitro só pode revelar aquilo que ele sabe, ou tem condições de saber mediante uma pesquisa razoável”³³, a existência de um terceiro economicamente interessado no desfecho da disputa é circunstância que deve ser revelada, sob risco de macular a higidez do procedimento aos olhos das partes.

Portanto, os benefícios da revelação do financiamento de terceiros ultrapassa, facilmente, quaisquer eventuais riscos. A revelação da existência do terceiro financiador é essencial para que o árbitro possa analisar e revelar quaisquer circunstâncias que possam comprometer a imparcialidade do julgamento da disputa aos olhos das partes e, conseqüentemente, colocar em risco a sentença arbitral.

2.3.2. *Third Party Funding* e o Viés de Confirmação

Com a tendência já citada dos Regulamentos Institucionais de Arbitragem no sentido de determinar ou, ao menos, recomendar a revelação do financiamento às demais partes e tribunal arbitral, surge então um novo questionamento: poderia a existência do financiamento enviesar, a favor ou contra a parte financiada, o julgamento do árbitro?

Tal questão é levantada por conta do receio de um viés de confirmação. Francis Bacon, em 1620, definiu o conceito da seguinte maneira:

³¹ GOLDSMITH, Aren. **Third-Party Funding in International Dispute Resolution**, 2012. 25 AUT Int'l L Practicum 147, pp. 152-153.

³² FERRO, Marcelo. **O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro**. 2013. p. 626-627.

³³ *Ibidem*, p. 630.

Uma vez que o entendimento de um homem se baseia em algo (seja porque é uma crença já aceita ou porque o agrada), isso atrai tudo a sua volta para apoiar e concordar com a opinião adotada. Mesmo que um número maior de evidências contrárias seja encontrado, ele as ignora ou desconsidera, ou faz distinções sutis para rejeitá-las, preservando a autoridade imparcial de suas primeiras concepções.³⁴

Aplicando ao contexto ora discutido, questiona-se se a rigorosa análise de caso feita pelos mais respeitados financiadores poderia influenciar o julgamento do árbitro a favor da parte financiada. Por outro lado, pode-se questionar também se uma opinião contrária do árbitro acerca do TPF poderia afetar a parte financiada, aumentando a possibilidade, por exemplo, de uma intimação para garantir as custas do procedimento.³⁵

No primeiro ponto, o argumento principal é que as empresas de financiamento fazem uma análise minuciosa das chances de êxito das partes que requerem o financiamento do procedimento arbitral. À primeira vista, o argumento pode parecer plausível, afinal, é sabido que as grandes empresas de financiamento só aceitam financiar disputas com uma chance considerável de êxito, para que haja o retorno do investimento.

Entretanto, a simples presunção de que isso influenciaria o pensamento do árbitro a ponto de torná-lo imparcial é um castelo de cartas. Antes que existisse o Third-Party Funding, já existiam os grandes e conceituados escritórios de advocacia, que também fazem uma análise de risco antes de aceitar uma proposta de contratação.³⁶

Em contrapartida, pode haver a preocupação da parte financiada com um viés negativo do árbitro ao saber da existência do financiamento. Apesar de não ser o único, um dos principais motivos para as partes recorrerem ao financiamento de terceiros é a impossibilidade de arcar com as custas do procedimento. Por conta disso, poderia o árbitro estar mais propenso a proferir uma medida cautelar para que a parte financiada garantisse o ressarcimento de custas e despesas processuais em caso de sucumbência? Entendemos que não.

Em 2012, na arbitragem de investimento do ICSID³⁷ a parte requerente, que é financiada por terceiros, foi ordenada a garantir as custas do procedimento em decisão por maioria do Tribunal Arbitral. O árbitro indicado pela própria requerente foi voto minoritário na medida cautelar. Na decisão, o árbitro indicado pela requerida expôs suas razões de voto, descrevendo as empresas financiadoras como "aventureiros mercantis". O requerente impugnou o árbitro, alegando que a decisão foi influenciada por um viés negativo acerca do financiamento. Os demais árbitros negaram

³⁴ BACON, Francis. *Novum Organum. New Organon*, 1620 Book 1, p. 46.

³⁵ *Security for costs*, como a prática é conhecida, se trata de medida cautelar pedida por uma das partes para que o Tribunal Arbitral imponha à parte contrária a obrigatoriedade de garantir o ressarcimento de custas, despesas processuais e verbas de sucumbência, sob o receio de não conseguir executar uma eventual condenação de pagamento de custas.

³⁶ VON GOELER, Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. **International Arbitration Law Library**. vol 35 (Kluwer Law International 2016), p. 160.

³⁷ RSM Production Corporation v. Saint Lucia, 2012.

a impugnação, afirmando que o árbitro só pode ser desqualificado por parcialidade quando o viés seja manifesto. Além disso, os árbitros entenderam que as razões do árbitro tinham influência apenas sobre aspectos procedimentais, e não do mérito do caso.³⁸

Portanto, o que se pode perceber é que a revelação do Third-Party Funding pode afetar a neutralidade do árbitro, não necessariamente a imparcialidade. Enquanto esta diz respeito ao não envolvimento direto do árbitro com uma das partes, aquela se relaciona com as circunstâncias sociais, políticas e econômicas nas quais o árbitro está inserido.³⁹ Assim como qualquer ser humano, o árbitro não tem o poder de dispor de todas as suas crenças e opiniões ao aceitar o encargo. Por este motivo, a completa neutralidade é uma utopia, e a mera opinião contrária ou favorável ao financiamento do árbitro não se mostra como uma razão plausível para que haja qualquer dúvida acerca de sua imparcialidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, é possível identificar que o instituto de financiamento de terceiros na arbitragem gera ampla discussão no meio jurídico. Repercussões sobre a revelação do *funder* e a confidencialidade do procedimento arbitral encontram-se no holofote dos grandes debates. Nesta via, cumpre sinalizar que as possíveis prejudicialidades relativas à quebra do sigilo vêm sendo naturalmente sanadas não apenas pelo mercado, a partir da assinatura espontânea de termos de confidencialidade, mas pelas grandes instituições arbitrais que inseriram em seus regulamentos previsões relativas ao sigilo e à necessidade de revelação do *funder*. Por outro lado, quando se analisa a possível afetação à imparcialidade no procedimento, faz-se necessário ter em mente que i) o instituto genérico de financiamento de terceiros não é novidade na sociedade; ii) a mera informação do financiamento não coloca em xeque a imparcialidade do árbitro e sim, no máximo, afeta a sua neutralidade; e iii) a neutralidade completa do aplicador do direito é uma fantasia em face da própria existência social, econômica e política do ser humano. Inclusive, apesar da dicotomia entre os posicionamentos acerca da aplicação do instituto, não há como negar o seu papel fundamental na paridade financeira entre os litigantes, auxiliando no combate aos instrumentos da desigualdade, dentre eles as “táticas de guerrilha”.

³⁸ VON GOELER, Jonas. Third- Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, International Arbitration Law Library, Volume 35 (Kluwer Law International 2016), p. 160.

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96, 2a ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.194.

4. REFERÊNCIAS

BACON, Francis. **Novum Organum**. New Organon, Book 1.

BASÍLIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na Arbitragem: companhias abertas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, p. 1-10, jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. seção 1, Brasília, DF. 24 set. 1996.

BOGART, Christopher P. **Arbitration academics are living in the dark ages**. Financial Times, 2017. Disponível em: <https://www.ft.com/content/926355de-c941-11e7-ab18-7a9fb7d6163e>. Acesso em: 6 nov. 2022.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem**. 01/01/2021. Centro de Arbitragem e Mediação - Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Regulamento de Arbitragem**.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, BRYANT. Acesso à Justiça Acesso à Justiça. **Trad. Ellen Gracie Northfleet**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo: Um comentário À Lei 9.307/96**. 2a ed., São Paulo: Atlas, 2004.

CASADO FILHO, Napoleão. **Third-party funding**. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). ISBN 978-85-60453-35-1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022, p. 5 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/491/edicao-1/third-party-funding>. Acesso em: 6 nov. 2022.

CRUZ, Elisa Schmidlin. **Arbitragem comercial financiada por terceiros: um estudo da perspectiva regulatória a partir da nova economia institucional**. 2017. 171 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

CLYDE & CO. **Third-Party Funding in Brazil**. [Brasil]: Lexology, 2016. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3a913cc-f445-4d3b-8656-ed0fc49302fd>. Acesso em: 6 nov. 2022.

FERRO, Marcelo. **O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro**. in CASTRO, Rodrigo R. de Monteiro et al., Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FIGUEIRA TORRE, Riccardo Giuliano. **Aspectos do Third-Party Funding e o Dever de Revelação do Árbitro**; **Revista de Mediação e Arbitragem**. v. 64, jan./mar., 2020, pp. 163-200.

GOLDSMITH, Aren. **Third-Party Funding in International Dispute Resolution**. 2012. 25 AUT Int'l L Practicum 147.

GONÇALVES, Alexandra Sofia Mendes. **Third party funding na arbitragem comercial**. 2018. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/51676>. Acesso em: 6 nov. 2022.

LÉVY, Laurent; BONNAN, Regis. **Third-party Funding – Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings**. Dossier X of the ICC, Third Party Funding in International Arbitration. 2013.

MORETTI, Eduardo. **Arbitragem Societária e acesso à justiça: extensão subjetiva dos efeitos da cláusula compromissória estatutária no âmbito das empresas listadas na bolsa de valores de são paulo (b3)**. 2018. 277 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

MANNHEIMER, Sérgio Nelson *et al.* Arbitragem, Third-Party Funding e a Proteção dos documentos enviados pela parte financiada ao financiador. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 67, n. 1, out. 2020, p. 143-160.

STEINITZ, Maya. **Whose claim is this anyway-Third-party litigation funding**. *Minn. L. Rev.*, v. 95, p. 1268, 2010. Disponível em: https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/mlr95§ion=30. Acesso em: 6 nov. 2022.

SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION OF THE QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PWC. **Corporate choices in International Arbitration: Industry Perspectives**. Londres: International Arbitration Survey, 2013. Disponível em: <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/>. Acesso em: 6 nov. 2022.

VON GOELER, Jonas. Third- Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure. **International Arbitration Law Library**. vol. 35 (Kluwer Law International 2016).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA SUB-ROGAÇÃO

Rafael Henrique Reske¹

Lucas Salazar Serena²

Ana Laura Almeida de Moura³

Resumo: A sub-rogação é um instrumento jurídico bastante utilizado nas relações civis, cujo objetivo é a transmissão dos direitos e obrigações de natureza material para um terceiro. A arbitragem, por sua vez, é um meio alternativo de resolução de conflitos, baseado na autonomia da vontade das partes em abdicarem da jurisdição estatal em detrimento da arbitral. Nos casos em que há a sub-rogação de um contrato que possui uma cláusula compromissória, surge o questionamento se a sub-rogação transmitiria a convenção arbitral, principalmente em razão da ausência de consentimento explícito à jurisdição arbitral. Logo, o problema enfrentado por esta pesquisa se resume a explicar e evidenciar qual é o principal entendimento dos Tribunais Superiores e também de doutrinadores brasileiros a respeito da transmissibilidade de cláusulas compromissórias por sub-rogação. A hipótese inicial do trabalho é de que não há ainda, no Brasil, uma pacificação de julgamentos e pareceres sobre o assunto. Dessa forma, a presente discussão possui como principal objetivo esclarecer o panorama doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de transmissão da cláusula compromissória e consequente vinculação de terceiros em casos de sub-rogação, utilizando-se, para isso, da metodologia indutiva de pesquisa, a qual é efetivada por meio de pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais.

Palavras-chave: sub-rogação; arbitragem; cláusula compromissória.

Abstract: Subrogation is a legal instrument frequently used in civil relations, whose objective is the transmission of rights and obligations of material nature to a third party. Furthermore, arbitration, is an alternative dispute resolution mechanism, based on the desire of the parties to submit their dispute to an arbitrator instead of going to traditional court. In the occasions that subrogation to a contract that includes an arbitration clause occurs, the question if the subrogation would convey the arbitration agreement rises, especially due to the lack of explicit consent to the arbitral jurisdiction. Therefore, the problem faced by the present research is to explain what the main understanding of the Brazilian Superior Courts is and of the Brazilian doctrinal point of view, regarding the transmissibility of arbitral clauses via subrogation. The initial hypothesis of this work is that, in Brazil, there isn't a consolidation of judgments and opinions on the subject. Thus, the objective of the present discussion is to clarify the doctrinal and jurisprudential panorama of the transmissibility of arbitral clauses and, consequently, the binding of third parties in cases of subrogation, by the utilization of inductive research methodology, which is effected by bibliographical, legal and jurisprudential research.

Keywords: subrogation; arbitration; arbitration clause.

¹ Advogado no escritório Passinato & Graebin. Pós-graduando em Direito Societário e Novos Negócios na FAE Business School. Graduado pelo curso de Direito Integral FAE Law Experience. Membro da comissão de arbitragem da OAB/PR. Membro do CJA/CBMA. Coach do Grupo de Arbitragem da FAE.

² Graduando no 4º período de Direito pela Instituição FAE Centro Universitário. Membro do Grupo de Arbitragem FAE. Membro do CJA/CBMA. Estagiário na Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

³ Graduanda no 6º período de Direito Integral - Law Experience da FAE Centro Universitário. Membro do CJA/CBMA. Membro do Grupo de Arbitragem FAE.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O instituto da Sub-rogação; 3. Vinculação das Partes à Cláusula Compromissória; 4. A sub-rogação da Cláusula Compromissória; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da sub-rogação está contido na seara denominada pela doutrina brasileira como “Modalidades Indiretas de Pagamento”⁴. Tal instrumento, o qual tem como característica, resumidamente, a substituição de um dos sujeitos da relação contratual, é observado há muitos séculos nas relações jurídicas obrigacionais e, frequentemente, está presente nas mais variadas modalidades contratuais.

Por sua vez, a Arbitragem apresenta-se como um método extrajudicial heterocompositivo de solução de controvérsias. Comumente referenciado como “Jurisdição Privada”, a utilização deste procedimento decorre do direito que todo cidadão possui “de preferir que uma determinada controvérsia seja levada ao conhecimento do árbitro e não do juiz”⁵, faculdade derivada do princípio da autonomia da vontade.

O caráter de renúncia à jurisdição estatal atrelado ao instituto da arbitragem é o motivo pelo qual a possibilidade de transmissão de cláusula compromissória via sub-rogação é tema de extensos debates no meio arbitral brasileiro. O atributo tradicional de que apenas as partes signatárias da cláusula compromissória são legítimas para figurar no juízo arbitral permite o questionamento aqui analisado: Poderia a convenção arbitral ser estendida a terceiros por meio da sub-rogação?

O tema foi observado, de forma superficial, pelo Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 14.9306. Prima facie, o caso tratava da homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Entretanto, um dos conflitos verificados neste julgamento relacionava-se ao fato de que a seguradora, parte do procedimento em questão, havia se sub-rogado nos direitos e obrigações do segurado e, em decorrência disso, figurava como parte no processo arbitral.

Nesta ocasião, prevaleceu o entendimento do voto do Ministro Relator, o qual versava que não cabia ao Tribunal revisitar o mérito da sentença arbitral para rediscutir a convenção arbitral analisada – fato que, inclusive, foi apreciado no juízo arbitral originário –, mas apenas verificar se estão presentes às solenidades formais dos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem.

⁴ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 135.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Função do Compromisso Arbitral**. Soluções Práticas de Direito - Marinoni. vol. 2. São Paulo. 2011. pp. 569-568.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Sentença Estrangeira Contestada 14.930**. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 15/05/2019.

E, a partir disso, surge o problema do presente artigo, que é concentrado em destacar qual é o atual entendimento de Tribunais e doutrinadores brasileiros a respeito dessa questão. Além disso, ressalta-se que a hipótese apresentada pelo trabalho é a de que ainda há a prevalência de decisões e pareceres divergentes sobre o assunto.

Neste mesmo contexto, é de fundamental relevância apontar o principal objetivo da pesquisa, qual seja evidenciar o cenário doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de transmissão da cláusula compromissória nos casos de sub-rogação contratual, fator que geraria a vinculação de terceiros não signatários. Reforça-se, ainda, que este estudo exploratório-descritivo pretende analisar o sistema jurídico por meio da metodologia indutiva, isto é, a partir do estudo e exame de julgados oriundos de Tribunais de Segunda Instância e das Cortes de Vértice, assimilados ao contexto legal e doutrinário nacional.

Para tanto, o presente estudo dividirá a análise em três etapas: primeiramente, serão apresentadas considerações acerca das minúcias do instituto da sub-rogação, a fim de que possa ser extraída sua real finalidade; posteriormente, será abordada a matéria relativa à vinculação das partes à cláusula compromissória; por fim, será exposto qual é o entendimento sobre este tema, tendo em vista a doutrina brasileira e recentes julgados dos Tribunais nacionais.

2. O INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO

O conceito contemporâneo de sub-rogação apresenta vestígios do seu surgimento desde os momentos mais arcaicos da concepção jurídica, qual seja o Direito Romano. O instituto clássico, denominado *beneficium cedendarum actionum* (benefício da cessão de ações), era o meio pelo qual um terceiro interessado poderia adquirir o lugar de outro credor hipotecário, fazendo com que a qualidade de credor fosse transferida ao sujeito adquirente⁷. Reflexo disso pode também ser observado em outro instituto romano: a *sucessio in locum creditoris* (sucessão no lugar do credor). A *sucessio* compreende o direito atribuído ao credor hipotecário de grau inferior aos demais, no caso de temer o não ressarcimento dos valores envolvidos, poder solver o encargo de credor de grau superior e substituir sua posição de preferência ao crédito⁸.

Em que pese o Direito Romano não tenha empregado o vocábulo *sub-rogare*, é claro, em seus institutos, a existência de nítidas semelhanças ao que hoje é denominado sub-rogação. Entretanto, em decorrência da natureza estritamente pessoal do vínculo obrigacional no Direito romano, não foi

⁷ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. São Paulo: Forense, 2021, p. 246.

⁸ ROCHA, Francisco Barros Pereira Rodrigues. **Da Sub-Rogação no Contrato de Seguro**. Tese (Mestrado Científico em Ciência Jurídicas). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, p. 145. 2011.

observado o desenvolvimento, naquele tempo, do instituto da sub-rogação⁹, nos exatos termos que é conhecido hoje. De qualquer forma, é nesta esfera que se localiza o embrião do atual conceito de sub-rogação legal, contido no art. 346 do Código Civil¹⁰.

Todavia, a responsabilidade pela concretização do conceito contemporâneo de sub-rogação, originado da reelaboração e da mescla de ambos os institutos romanos supracitados, é atribuída ao Direito Francês¹¹. O papel de autores como Pothier e Dumolin foi essencial não apenas para a estruturação do instituto aqui analisado, mas de todo o ordenamento civilista nacional.

O termo sub-rogação, instituto que se encontra no espectro das formas especiais de adimplemento de obrigações, “significa, mormente em nossa ciência, substituição”¹². A “substituição contratual é o fato de uma pessoa tomar o lugar de outra, assumindo a sua posição e a sua situação”¹³. Em outras palavras, nota-se que não se trata da extinção da antiga relação obrigacional para o estabelecimento de uma nova, mas, de fato, da sobreposição de um sujeito contratual por outro, o qual adquire todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, conforme enuncia o art. 349 do CC¹⁴. Assim lecionam Fredie Didier Jr e Daniela Santos Bonfim:

[...] a relação extingue-se (total ou parcialmente) com relação ao primeiro; nada obstante, remanesce irradiada, deslocando-se, em seu polo ativo, para o terceiro que adimpliu. Há, assim, deslocamento e transferência da titularidade ativa da relação obrigacional, além de satisfação dos interesses do credor originário¹⁵

Na legislação civilista pátria são encontradas duas maneiras distintas de sub-rogação: legal ou convencional. A sub-rogação legal está prevista no art. 346 do Código Civil, o qual dispõe, sobre as hipóteses de sua ocorrência e permite a verificação de que, nestes casos, há sempre um interessado em adimplir a dívida do devedor, para que possa exigir dele, no lugar do primitivo credor¹⁶. Nesta modalidade, os efeitos decorrentes deste instituto operam de forma automática, implicando que, na mera ocorrência de uma dessas hipóteses, estará verificada a sub-rogação¹⁷.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. São Paulo, Forense, 2022, p. 227.

¹⁰ VENOSA, *Op. cit.*, p. 246.

¹¹ SIMÕES, Marcel Edvar. **Transmissão em Direito das Obrigações: Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-Rogação Pessoal**. Tese (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 59.

¹² VENOSA, *Op. cit.*, p. 253.

¹³ PEREIRA, *Op. cit.*, p. 227.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. vol. 2. São Paulo, Forense, 2022, p. 194

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 24. ano 7. p. 95-116. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020.

¹⁶ LÓBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil: obrigações**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 220

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. vol. único. Rio de Janeiro. Método. 2021, p. 389

Neste passo, cumpre-se ressaltar que há a existência de outras hipóteses de sub-rogação legal fora do espectro de proteção do art. 346 do CC¹⁸. Outros dispositivos legais que disciplinam essa matéria são: arts. 768, 1.148 e 1.407 do CC, art. 12 da Lei do Inquilinato e art. 130 do CTN. O caso Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930, o qual fomentou a discussão sobre o tema aqui em estudo, também concerne a uma modalidade de sub-rogação advinda de previsão legislativa, abrangido pelos ditames do art. 786 do CC, o qual trata dessa substituição processual em eventos relativos a relações securitárias: “paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”.

Já a modalidade convencional de sub-rogação (art. 347 do CC), diferentemente do que se infere da forma anterior, é fruto de um acordo de vontades estabelecido entre o credor e o terceiro o qual será sub-rogado. “São, portanto, negócios jurídicos paralelos que têm por fito, exclusivamente, assegurar a sub-rogação em favor do que adimpliu nessas circunstâncias”¹⁹.

Encerrada a análise a respeito da origem, definição e hipóteses de ocorrência deste instituto, passa-se a tratar dos efeitos de sua incidência, área a qual concentra opiniões favoráveis e negativas quanto a sua extensão à cláusula compromissória.

Como exposto anteriormente, o art. 349 do CC pontua que: “A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”. Os efeitos advindos dessa forma especial de adimplemento obrigacional se dividem em dois, sendo classificados como liberatório e translativo. Quanto ao efeito liberatório, este reside no fato de que a obrigação fica satisfeita com relação ao credor primitivo, o liberando de seu cumprimento. No tocante ao efeito translativo, este está relacionado a ocorrência da transmissão de todos os direitos e obrigações do credor primitivo ao sub-rogado²⁰.

Com relação aos efeitos anteriormente elencados, destaca-se que, em que pese a clara conceituação dos mesmos, a exatidão quanto a extensão de seus limites é desconhecida, sendo este o motivo pelo qual insurge o debate acerca da possibilidade de abrangência a todos os possíveis negócios jurídicos, utilizando como exemplo, sua extensão à cláusula compromissória.

3. VINCULAÇÃO DAS PARTES À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Para que um procedimento arbitral seja corretamente instaurado, é necessário que ele seja precedido por uma convenção de arbitragem, gênero do qual a cláusula compromissória é espécie. Neste contexto, pode-se afirmar que a convenção de arbitragem é a “expressão da vontade das partes

¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: obrigações. vol. 2. São Paulo: Forense, 2019, p. 343.

¹⁹ LÔBO, *Op. cit.*, p. 222

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil**: obrigações. v.2. São Paulo: Forense, 2022, p. 209.

interessadas, manifestada numa mesma direção, de se socorrer da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios”²¹, ou seja, é o negócio jurídico por meio do qual as partes de determinada relação jurídica decidem submeter seus conflitos à jurisdição arbitral, o qual pode ser feito por meio do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória²².

O compromisso arbitral é definido pelo art. 9º da Lei de Arbitragem como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. É um combinado a parte, podendo surgir antes ou depois da existência do conflito, e não integra um contrato anteriormente estabelecido pelas partes²³. Já a cláusula compromissória é conceituada pelo art. 4º da Lei de Arbitragem como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Destaca-se que o presente trabalho focará apenas no estudo da vinculação das partes às cláusulas compromissórias, e não aos compromissos arbitrais, visto que se busca pesquisar a possibilidade de se aplicar a jurisdição arbitral nos casos de sub-rogação contratual, sendo necessário, portanto, a existência de um contrato previamente firmado. Logo, para facilitar a compreensão dos fatores que fazem com que uma parte esteja vinculada a uma cláusula compromissória, neste tópico serão abordados e explicitados, com cautela, os requisitos de (i) existência, (ii) validade e (iii) eficácia da cláusula compromissória, bem como (iv) a validade e as formas de consentimento admitidas no direito brasileiro.

Para que seja possível iniciar as análises a respeito da cláusula compromissória, é preciso ter em mente que ela é uma cláusula “pactuada entre as partes, que estabelecem, com eficácia vinculante, a arbitragem como meio de resolução das disputas oriundas do contrato subjacente” . Desse modo, é importante mencionar que “com a Lei de Arbitragem, contudo, a cláusula compromissória passou a gozar de natureza de típico negócio jurídico pronto e acabado, estando condicionado apenas e tão somente ao surgimento da controvérsia” , o que faz com que ela esteja sujeita aos mesmos requisitos de existência, validade e eficácia dos demais negócios jurídicos existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, ao se analisar a cláusula compromissória sob o plano da existência, verifica-se se há a presença ou não de elementos sem os quais um negócio jurídico sequer pode existir, que dizem respeito à forma, objeto, sujeito e declaração de vontade.

²¹ ALVIM, José. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

²² BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem.

²³ LONGA, Daniel. **Vinculação das partes não signatárias à cláusula arbitral constante nos acordos de acionistas**. Insper, 2018. Disponível em: <https://repositorioinsper.cloud/bitstream/11224/1961/4/DANIEL%20PINHEIRO%20LONGA%20_Trabalho.pdf>. Acesso em: 3 out. 2022.

A forma “é a modalidade através da qual a vontade do particular se manifesta no exterior”²⁴, ou seja, é meio pelo qual a vontade passa a ser conhecida objetivamente. Já, o objeto diz respeito a exigência de que o negócio jurídico tenha um conteúdo negocial, que no caso da cláusula compromissória “é caracterizado pela emissão de declarações negociais recíprocas das partes interessadas no sentido de estabelecer que os potenciais conflitos decorrentes da relação jurídica serão submetidos à arbitragem, renunciando, pois, à jurisdição estatal”²⁵. Além disso, com relação aos sujeitos e a declaração de vontade, nota-se que, como a cláusula é um negócio jurídico, existe a necessidade da presença de dois ou mais sujeitos que manifestem vontade com a intenção de criar, transformar ou extinguir relações jurídicas e figurem como parte de um contrato²⁶.

Finalizada a análise a respeito dos elementos de existência da cláusula compromissória, passa-se ao exame do plano de validade, que significa averiguar se a cláusula se encontra em situação regular e adequada às exigências legais. O art. 104 do Código Civil de 2002 estabelece que “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Assim, no que diz respeito ao item relativo à capacidade do agente em matéria de cláusula compromissória, observa-se que conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem, somente pessoas capazes de contratar podem fazer o uso da arbitragem. Além disso, ainda menciona-se o art. 166 do CC/02, o qual dispõe que é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, e o art. 171 também do CC/02, que prevê a anulabilidade do negócio jurídico por incapacidade relativa do agente.

Com relação às exigências para a validade do objeto do negócio jurídico, destaca-se que, no que tange a cláusula compromissória, esta não pode tratar de matéria não suscetível de apreciação pelo juízo arbitral, como os direitos patrimoniais indisponíveis - uma vez que há proibição expressa pelo art. 1º da Lei de Arbitragem.

Além disso, quanto à exigência de forma prescrita ou não defesa em lei, ressalta-se que devido a determinação expressa feita pelo art. 4º, §1º, da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória deve ser celebrada apenas de forma escrita. Ademais, como reforço a essa exigência, o art. 37, II, da referida Lei ainda exige a apresentação do “original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial” como requisito para a homologação de sentença estrangeira. No mesmo sentido, o art. II, item 2, da Convenção de Nova York, ainda dispõe que “entender-se-á por 'acordo escrito' uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas”²⁷.

²⁴ MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006, p. 169-170.

²⁵ AZEVEDO, *Op. cit.*, p. 27.

²⁶ THEODORO Jr., Humberto. **Negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 87-86.

²⁷ NOVA IORQUE. **Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras**, 1958. Disponível em: <<https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15466.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2022.

No tocante à exigibilidade de forma escrita para a cláusula compromissória, é importante salientar que “parece nos ser esta a melhor prática a adotar, até porque teríamos dificuldades, quase intransponíveis, de fazer valer os direitos contratados verbalmente”²⁸. No entanto, essa necessidade pode gerar a conclusão de que somente as partes que subscreveram a cláusula compromissória estariam a ela vinculadas, porém, reforça-se, que “ a forma escrita não quer dizer, necessariamente, que partes não subscritoras não possam estar vinculadas à cláusula arbitral”²⁹.

Neste momento, destaca-se que a validade da manifestação de vontade - elemento central da convenção arbitral - será abordada de forma posterior por este tópico, uma vez que carece de maior atenção. Assim, encerrada a exposição a respeito dos requisitos de validade da cláusula compromissória, passa-se ao estudo do plano de eficácia dos negócios jurídicos, no qual “estão os elementos necessários para possibilitar ao negócio jurídico produzir regularmente seus efeitos”³⁰, sendo eles: termo, encargo e condição.

Termo é “o evento futuro e certo cuja verificação se subordina o começo ou o fim dos efeitos dos atos jurídicos”³¹. Encargo, é o elemento que traz um ônus, isto é, um fardo a parte beneficiária em um negócio jurídico gratuito³². Por fim, a condição é um evento futuro e incerto, que leva em conta acontecimentos que podem ou não acontecer³³. É disposta pelo art. 121 do CC/02 como “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” e pode ser suspensiva ou resolutiva a depender de suas implicações. Desse modo, é possível observar que a cláusula compromissória se apresenta como um negócio jurídico subordinado a uma condição suspensiva, uma vez que seus efeitos estão sujeitos a um evento futuro e incerto, isto é, a ocorrência da controvérsia decorrente do contrato.

A partir deste momento, passa-se a realizar, então, o estudo sobre o consentimento das partes à cláusula compromissória. Nesse contexto, é de fundamental relevância comentar que “o elemento central da convenção arbitral é a existência de manifestação volitiva válida, expressão da autonomia da vontade, da qual se extrai a intenção de submeter determinadas disputas à arbitragem”³⁴. Dessa forma, nota-se o papel de destaque que o consentimento possui para a arbitragem, a qual deve se originar da livre, espontânea e consciente vontade das partes interessadas.

Devido a relevância que o consentimento possui para um procedimento arbitral, o principal questionamento feito neste momento corresponde à necessidade de que ele seja manifestado de forma

²⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula Compromissória. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 220

²⁹ LONGA, *Op. cit.*, p. 30.

³⁰ JÚNIOR, Vanderlei. **Negócios Jurídicos**. São Paulo: Expressa, 2022, p. 15.

³¹ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: RT, 1994.

³² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 459.

³³ MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. V, § 540, nº 3, p. 167.

³⁴ FELIPPE, Juliana. **Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido**. Doutrina Nacional, 2021.

expressa. Desse modo, é preciso que se atente para uma característica significativa da Lei de Arbitragem, a qual prevê a exigibilidade de forma escrita para a cláusula compromissória, como mencionado anteriormente, mas não estende esse requisito à manifestação de vontade das partes. Em verdade, a mencionada Lei não faz qualquer menção quanto à necessidade de forma expressa do consentimento:

Diversamente do compromisso, que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9º, §§1º e 2º, LA), exigindo, portanto, prova ad substantiam, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, §1º, LA), sendo a prova apenas ad probationem. Pode a cláusula ser convencionada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra³⁵.

Além disso, destaca-se que a manifestação tácita de vontade pode ser concluída a partir de comportamentos das partes no decorrer de sua relação jurídica que demonstrem o conhecimento da cláusula compromissória ou, ao menos, que as partes tinham o dever de saber da sua existência³⁶. Dessa forma, observa-se ser suficiente a cláusula compromissória feita de forma escrita, acompanhada por elementos documentais no sentido de anuência de uma parte não signatária para que a cláusula estenda seus efeitos e vincule também aqueles que não a assinaram expressamente³⁷.

Desse modo, a partir de toda a análise realizada até o momento, pode-se concluir que os fatores que geram a vinculação das partes à cláusula compromissória estão relacionados à validade, existência e eficácia da cláusula, e também à validade da manifestação de vontade - ponto mais representativo da autonomia da vontade das partes. Logo, nota-se que caso as partes estejam diante de uma cláusula compromissória plenamente eficaz e tenham proferido consentimento expresso ou tácito, estarão a ela vinculadas, ainda que não sejam signatárias de determinada cláusula.

4. A SUB-ROGAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Após a devida elucidação sobre as características e discussões acerca dos institutos jurídicos da sub-rogação e da cláusula compromissória de arbitragem, é possível voltar o estudo às hipóteses nas quais há a intersecção desses institutos. Ou seja, o objeto da análise visa compreender os meandros relacionados à vinculação da cláusula compromissória a terceiros quando estes passam a figurar como partes em um contrato em razão da sub-rogação, cuja resolução de conflitos se daria por arbitragem.

³⁵ ALVIM, *Op. cit.*

³⁶ FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2019, p. 66.

³⁷ MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. *In*: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9. 307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

Em um primeiro momento, o grande questionamento a ser realizado neste ponto está relacionado à autonomia da vontade do terceiro em se submeter à arbitragem, partindo do pressuposto de que este não tenha anuído expressamente à cláusula compromissória no momento da sua adoção para a resolução de conflitos.

A autonomia da vontade, enquanto elemento basilar da arbitragem, na medida em que facultada aos agentes a escolha do método de solução dos litígios³⁸, é um importante fator que deve ser levado em consideração em todas as análises que envolvam a arbitragem, porquanto a sua ausência acaba por desnaturar o instituto.

Contudo, muito embora a *prima facie* se tenha a impressão de que não se poderia ocorrer a sub-rogação da convenção arbitral das partes originárias do contrato, a doutrina e a jurisprudência têm voltado a sua atenção à análise dessa questão, evidenciando elementos que dariam a guarida - e segurança jurídica - para a transmissão da cláusula compromissória ao terceiro sub-rogado nos direitos e obrigações originárias, seja nas hipóteses de sub-rogação legal ou convencional.

Primeiro, o requisito da previsão escrita da cláusula compromissória, consagrado no parágrafo 1º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, não se confunde com a forma da manifestação da vontade. Isto é, o requisito legal apenas busca trazer a necessidade de se ter uma prova expressa da convenção, mas a manifestação para tanto poderá ser expressa ou tácita³⁹.

Como visto, o elemento atual utilizado pelos julgadores, nos casos de análise da expressão da autonomia da vontade, não perquire o consentimento expresso de uma parte, mas sim os elementos que demonstram que a parte, de alguma maneira, tinha ciência da cláusula compromissória ao longo da relação jurídica ou que, ao menos, deveria ter ciência em razão do caso concreto⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em suas reiteradas decisões, ainda não se manifestou diretamente sobre casos de sub-rogação, mas, por outro lado, tem fixado posição, nos casos de contratos coligados, no sentido de que o contexto fático existente entre as empresas é fator que possibilita o reconhecimento do consentimento tácito à cláusula compromissória⁴¹.

Da mesma forma, a sub-rogação da cláusula compromissória tem sido observada como factível, pois esta forma de convenção arbitral não possui natureza personalíssima. Conforme ressaltou a Ministra Nancy Andriighi no julgado da Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 14.930, "a única limitação para a sub-rogação se encontra nas condições personalíssimas do credor"⁴². Em

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. [E-book].p. 64.

³⁹ MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional**: 12 anos da Lei 9. 307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

⁴⁰ DE FARIA, *Op cit.* p. 66.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.639.035/SP**. Relator: Ministro Paulo Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 18 de setembro de 2018.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Sentença Estrangeira Contestada 14.930**. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 15 de maio de 2019.

outras palavras, somente se admitiria o afastamento da sub-rogação quando a cláusula estivesse diretamente relacionada a uma das partes contratantes da relação jurídica.

Contudo, conforme ressaltado pela própria Ministra, a cláusula compromissória não possui natureza personalíssima, porquanto os seus termos são genéricos e aplicáveis a qualquer parte, independentemente de qualquer subjetividade que esta possa conter⁴³.

Observando, por outro lado, a jurisprudência do STJ, é possível vislumbrar que, no âmbito da sub-rogação de contratos, os direitos e obrigações objeto de transmissão somente serão sub-rogados caso sejam de natureza material, sendo afastada a hipótese quando se tratar de cláusulas de cunho processual⁴⁴.

Muito embora se tenha a divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da cláusula, a corrente que tem tomado maior apoio é aquela que defende que a cláusula compromissória detém natureza híbrida, isto é, material e processual. Naquilo que concerne ao aspecto material, esta se caracteriza pela obrigação assumida pelas partes de submeter eventual litígio à arbitragem, enquanto o cunho processual preconiza que o procedimento deverá ser conduzido de acordo com atos válidos e regulares para a resolução do conflito⁴⁵.

Assim, o requisito seria preenchido para que não houvesse qualquer óbice para a vinculação do terceiro à arbitragem. Importante destacar que o próprio STJ, na ocasião do julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 606.345, já atestou a referida natureza à cláusula:

a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.⁴⁶

Ainda, muito embora já se observe a existência dos requisitos legais e jurisprudenciais que promovem um sólido alicerce para a sustentação da possibilidade da sub-rogação da cláusula compromissória, o fundamento lógico por trás dos institutos não permite uma inferência diversa, já que a própria autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos, presente na sub-rogação, seriam deixados de lado⁴⁷.

Explica-se. Seja nos casos da sub-rogação legal ou convencional, estas pressupõem uma ação do terceiro interessado, qual seja o pagamento da dívida ou o acordo com credor e/ou devedor,

⁴³ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.036.742/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 15/08/2022.

⁴⁵ LIMA. Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: Aspectos Fundamentais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 606.345/RS**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 17/05/2007.

⁴⁷ DE FARIA, *Op. cit.*, p. 54.

havendo uma expressa manifestação de vontade de participar da relação jurídica⁴⁸. Dessa forma, o terceiro interessado, a partir do seu dever de diligência e de boa-fé, deve buscar informações sobre a relação jurídica que esteja ingressando e, uma vez aceito os seus termos, este resta vinculado à convenção arbitral, ainda que em decorrência da anuência tácita à cláusula.

Um entendimento diverso poderia colocar em xeque a autonomia da vontade inicial exercida pelas partes originárias⁴⁹, além de permitir o comportamento oportunista de determinados agentes que, buscando o afastamento da jurisdição arbitral, acabam por sub-rogar os direitos e obrigações do contrato, a fim de permitir a não aplicação da cláusula compromissória de arbitragem.

Superada a análise dos pressupostos teóricos aplicáveis à questão, volta-se o estudo ao entendimento reiterado dos Tribunais. Primeiramente, no âmbito do STJ, o *leading case* sobre a matéria foi o julgamento da já citada SEC nº 14.930, julgado pela Corte Especial do STJ e com relatoria do Ministro OG Fernandes.

Nesta oportunidade, a controvérsia abrangia a alegação de uma seguradora, quando do requerimento da homologação de sentença estrangeira, de que a sub-rogação em um contrato de seguro não transmitiria a cláusula compromissória à seguradora, notadamente por ser uma vinculação legal e não voluntária.

Em seu voto, Ministro OG Fernandes, relator do caso, o qual foi acompanhado pela maioria dos ministros, entendeu que o Tribunal de Vértice não teria competência para avaliar o caso, já que a decisão sobre a transmissão ou não da cláusula importaria na análise do mérito da questão, fato que não estaria abrangido pelo escopo do julgamento ora realizado. Não obstante, a Ministra Nancy Andrighi, conforme anteriormente exposto, proferiu um voto mais extensivo, no qual elencou as premissas que seriam aplicáveis à transmissão da cláusula compromissória nesses casos⁵⁰.

Vale ressaltar que os Ministros Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves e João Otávio de Noronha foram vencidos no julgamento, sendo que o Ministro João Otávio, em seu voto vista, consignou que existe a necessidade de se ter a manifestação inequívoca das partes acerca da sua anuência à cláusula compromissória, sem que se tenha possibilidade de manifestação implícita sobre a opção de adoção do método alternativo de resolução de conflitos⁵¹.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, percebe-se que as suas decisões estão alinhadas à tese da transmissibilidade da cláusula compromissória nos casos de sub-rogação, notadamente nos casos que envolvem relações jurídicas securitárias. São exemplos a Apelação nº 1009026-77.2015.8.26.0002, 1072135-86.2020.8.26.0100 e 1072135-86.2020.8.26.0100.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 54-55.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Sentença Estrangeira Contestada 14.930**. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 15 de maio de 2019. p. 78.

⁵¹ *Ibid.*, p. 19 - 26.

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontram-se decisões conflitantes sobre o caso. Primeiramente, na Apelação nº 0288717-06.2017.8.19.0001, o Tribunal entendeu que não poderia ser transmitida a cláusula por sub-rogação, já que “a convenção de arbitragem obriga apenas quem subscreve o documento em que ela conste ou o documento que para ela remeta”⁵².

Por outro lado, em julgamento recente proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0006484-94.2021.8.19.0000, o Tribunal tem demonstrado a alteração da sua jurisprudência, porquanto entendeu que, consoante ao entendimento do STJ, a cláusula compromissória possui caráter material e processual, o que permitiria a sua sub-rogação⁵³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em recentíssima decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0070886-71.2021.8.16.0000, entendeu que não seria possível a transmissão da cláusula compromissória em razão da ausência de manifestação explícita de vontade por parte do terceiro. Nesta oportunidade, o Desembargador relator também consignou que havia uma divergência doutrinária e jurisprudencial no próprio Tribunal paranaense, mas a condição explicitada era a mais adequada para o deslinde da controvérsia⁵⁴.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por sua vez, em outra decisão contemporânea, proferida nos autos da Apelação nº 0003384-75.2015.8.08.0024, reviu o seu posicionamento, notadamente em face da decisão proferida na Apelação nº 0005545-34.2010.8.08.0024⁵⁵, para reconhecer a possibilidade da transmissibilidade da cláusula compromissória. Importante ressaltar que um dos fundamentos utilizados no julgado para se chegar à referida decisão foi o voto da Ministra Nancy Andrighi na SEC nº 14.930⁵⁶.

Assim, percebe-se que a jurisprudência pátria não possui um entendimento consolidado sobre a matéria, mas as recentes decisões têm demonstrado uma alteração em seu posicionamento, a fim de reconhecer o caráter híbrido da cláusula e a possibilidade da sua transmissão com a sub-rogação do contrato que outrora havia vinculado as partes originárias, sem o consentimento expresso do terceiro.

Portanto, é possível vislumbrar que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência têm fornecido importantes substratos para atestar a possibilidade da transmissão da cláusula compromissória nos casos de sub-rogação, o que traz uma maior segurança jurídica, notadamente em razão da garantia da estabilidade da convenção arbitral frente a comportamentos oportunistas.

⁵² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Sexta Câmara Cível. **Apelação nº 0288717-06.2017.8.19.0001**. Relatora: Sandra Santarém Cardinali. Data de Julgamento: 28/03/2019.

⁵³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0006484-94.2021.8.19.0000**. Relator: Marco Antonio Ibrahim. Data de Julgamento: 21/06/2022.

⁵⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nona Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0070886-71.2021.8.16.0000**. Relator: Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra. Data de Julgamento: 01/07/2022.

⁵⁵ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Quarta Câmara Cível. **Apelação nº 0005545-34.2010.8.08.0024**. Relator: Julio Cesar Costa de Oliveira. Data de Julgamento: 23/02/2015.

⁵⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Quarta Câmara Cível. **Apelação nº 0003384-75.2015.8.08.0024**. Relator: Jorge do Nascimento Viana. Data de Julgamento: 21/07/2021.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de toda a discussão realizada nos tópicos anteriores do presente trabalho, é possível perceber que a sub-rogação contratual pode ocasionar inúmeras dúvidas a respeito da possibilidade da transmissibilidade da cláusula compromissória arbitral para solução de possíveis conflitos. Nesse contexto, observa-se que a sub-rogação é caracterizada como uma substituição contratual, na qual uma parte passa a ocupar o lugar de outra, gerando a transferência de direitos, ações, privilégios e até mesmo garantias da parte originária para a sub-rogada.

Por esse motivo, surgem os questionamentos acerca da vinculação da nova parte na relação contratual a uma cláusula compromissória que não foi expressamente por ela assinada. Assim, torna-se importante destacar que a Lei de Arbitragem dispõe que apenas a cláusula compromissória deve possuir forma escrita, obrigação que não se estende da mesma maneira à manifestação de vontade e consentimento das partes ao procedimento, a qual pode ser concretizada tanto de forma explícita quanto implícita, em que se analisa a presença de elementos que comprovem o conhecimento da parte à cláusula compromissória. Logo, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar e fundamento da arbitragem, de modo algum restaria prejudicado nos casos de vinculação da parte sub-rogada à cláusula compromissória.

Dessa forma, nota-se que a afirmação clássica de que apenas as partes signatárias da cláusula podem fazer parte do procedimento arbitral não pode ser encarada como uma verdade absoluta. Além disso, observou-se que é exatamente esse o entendimento dos Tribunais brasileiros, os quais, em correntes decisões têm apontado a possibilidade de vinculação de terceiros a cláusulas compromissórias, nos casos em que há a sub-rogação contratual. Nesse sentido, menciona-se o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930, decisão mais debatida e comentada no corpo do presente estudo, visto que demonstra o posicionamento do STJ em relação à possibilidade de vinculação de partes não signatárias à cláusula compromissória.

No entanto, é necessário destacar, também, que existem decisões controversas sobre o tema. Como exemplo, é possível comentar que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se manifestou, em recente decisão, em sentido contrário à vinculação de terceiros às cláusulas arbitrais por sub-rogação contratual (Agravo de Instrumento nº 0070886-71.2021.8.16.0000). Observa-se, então, que no Brasil o assunto ainda não se encontra pacificado e devidamente consolidado na jurisprudência, visto que, apesar de as mais novas decisões serem no sentido de se reconhecer a possibilidade de transmissão da cláusula compromissória a terceiros não signatários, ainda existem divergências que devem ser consideradas e mencionadas.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, José. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Ciro Rangel. **Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Sentença Estrangeira Contestada 14.930**. Relator: Ministro OG Fernandes. Data de Julgamento: 15/05/ 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 03/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.639.035/SP**. Relator: Ministro Paulo Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 18/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.036.742/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 15 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 606.345/RS**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 17/05/2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. [E-book].

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 24. ano 7. p. 95-116. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00001840a87bdce7111611a&docguid=I19617ed07be111eb985d98784c0bea3e&hitguid=I19617ed07be111eb985d98784c0bea3e&spos=2&epos=2&td=4&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2022.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Quarta Câmara Cível. **Apelação nº 0005545-34.2010.8.08.0024**. Relator: Julio Cesar Costa de Oliveira. Data de Julgamento: 23/02/015.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Quarta Câmara Cível. **Apelação nº 0003384-75.2015.8.08.0024**. Relator: Jorge do Nascimento Viana. Data de Julgamento: 21/07/2021.

FELIPPE, Juliana. **Oferta de Arbitragem e Consentimento Diferido**. Doutrina Nacional, 2021.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. Tese de Doutorado em Direito Processual. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2019.

JÚNIOR, Vanderlei. **Negócios Jurídicos**. São Paulo: Expressa, 2022.

LONGA, Daniel. **Vinculação das partes não signatárias à cláusula arbitral constante nos acordos de acionistas**. Insper, 2018. Disponível em: <https://repositorioinsper.cloud/bitstream/11224/1961/4/DANIEL%20PINHEIRO%20LONGA%20_Trabalho.pdf>. Acesso em 20 fev. 2023.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: Aspectos Fundamentais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil: obrigações**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2022.

MASSON, Nathalia. O princípio da liberdade das formas. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2006.

MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. V, § 540, nº 3.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. Arbitragem e grupos societários. *In*: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Org.). **Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9. 307/1996**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Função do Compromisso Arbitral**. Soluções Práticas de Direito - Marinoni. vol. 2. 2011. São Paulo.

MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula Compromissória. *In*: **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Coord. Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: obrigações**. vol. 2. São Paulo: Forense, 2019.

NANNI, Giovanni. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.12.PDF>. Acesso em: 2 fev. 2023.

NOVA IORQUE. **Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras**, 1958. Disponível em: <<https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15466.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. São Paulo, Forense, 2022.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: RT, 1994.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0006484-94.2021.8.19.0000**. Relator: Marco Antonio Ibrahim. Data de Julgamento: 21/06/2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Sexta Câmara Cível. **Apelação nº 0288717-06.2017.8.19.0001**. Relatora: Sandra Santarém Cardinali. Data de Julgamento: 28/03/2019.

ROCHA, Francisco Barros Pereira Rodrigues. **Da Sub-Rogação no Contrato de Seguro**. Tese (Mestrado Científico em Ciência Jurídicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SIMÕES, Marcel Edvar. **Transmissão em Direito das Obrigações: Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-Rogação Pessoal**. Tese (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. vol. 2. São Paulo, Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume único**. Rio de Janeiro. Método. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. São Paulo: Forense, 2022.

THEODORO Jr., Humberto. **Negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. vol. 2. São Paulo: Forense, 2021.