



Arbitrabilidade objetiva em Concessões de Serviços Públicos

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Dicionário



Arbitragem – método heterocompositivo de solução de disputas, com valor igual à decisão definitiva de mérito da jurisdição estatal, fundado na autonomia da vontade.



Arbitrabilidade – qualidade da lide cuja decisão arbitral é executável em juízo.



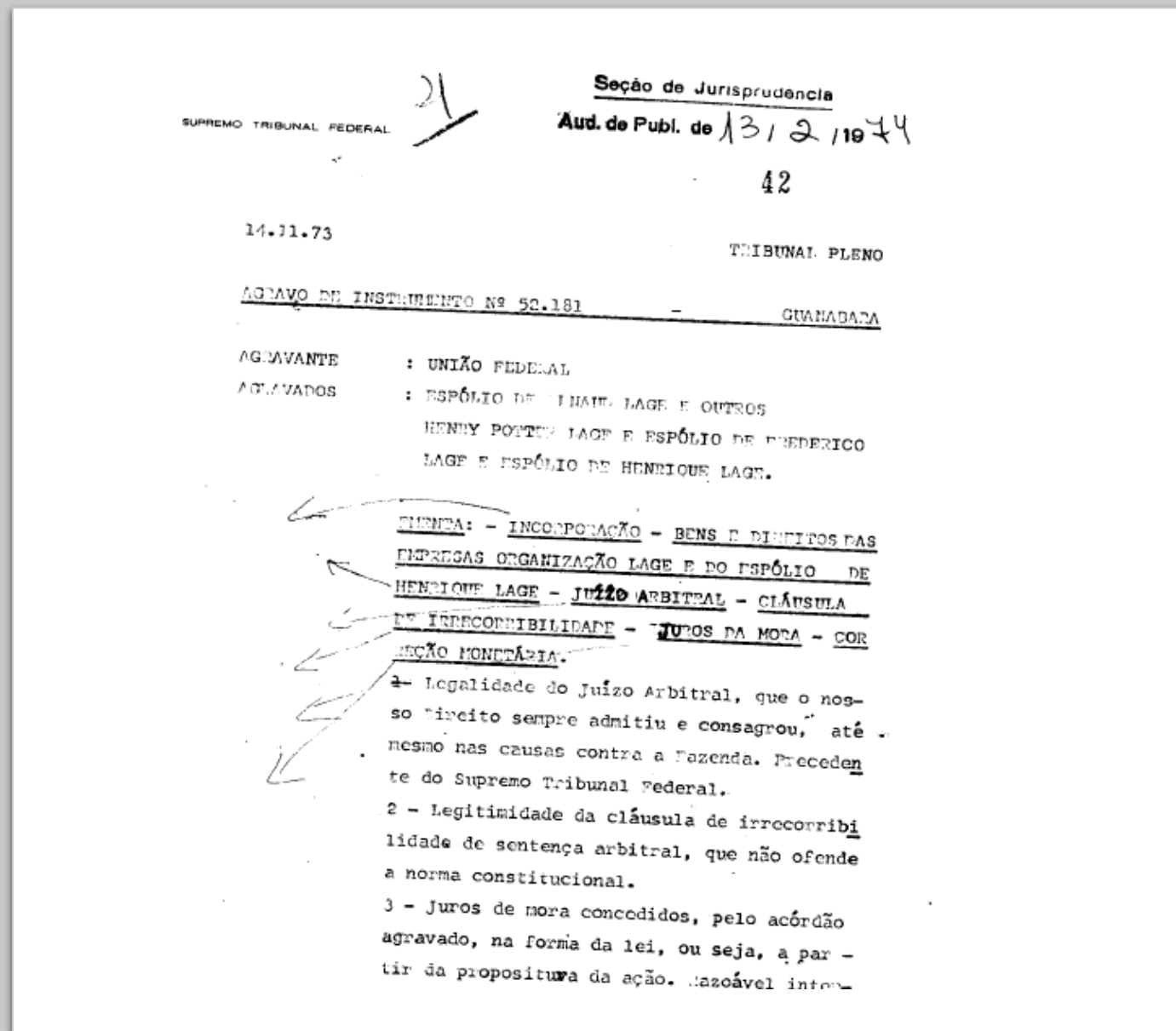
Arbitrabilidade subjetiva – qualidades das partes cuja disputa é arbitrável.



Arbitrabilidade objetiva – qualidade da questão disputada que é arbitrável.

Arbitrabilidade Subjetiva

- O Brasil já experimentou um período de questionamento acerca da arbitrabilidade subjetiva das questões de Direito Público.
- A União Federal levou a Suprema Corte questão arbitrada ao tempo de Getúlio Vargas, tendo a Corte confirmado a capacidade de a União Federal ser parte em procedimento arbitral.



Arbitrabilidade Objetiva

- Sob a égide do Código Civil de 1916, várias eram as formas de anulação da decisão arbitral.
- As partes somente poderiam recorrer à arbitragem uma vez surgido o conflito.
- Muito evoluiu o Código de 2002, sendo mais sucinto que o anterior.
 - Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. CC/2002
- O Código Civil Francês, ao livro III «Des différentes manières dont on acquiert la propriété», título XVI « De la convention d'arbitrage »:
 - Article 2060 On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. (Codigo Civil Francês na redação dada em 1972)

Arbitrabilidade Objetiva

Quanto à arbitrabilidade de questões de estado, o Brasil inicialmente buscou a dianteira, especificamente quanto às concessões (Lei 11.196/2005)

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

Em 2002 o Brasil havia internalizado a convenção de Nova Iorque (da qual era signatário desde 1958). Decreto 4311/02

Arbitrabilidade Objetiva

- Em reforma de 2011, o código de Processo Civil Francês passou a incluir um Livro IV – L'arbitrage.
- No mesmo ano, foi aprovada a Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, Lei 63/2011, que tanto mudou o Código de Processo Civil, quanto veiculou regras próprias.
 - Artigo 1º. [...] 5 - O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.
- No Brasil, a Lei 9307/1996 enunciou com alguma simplicidade
 - Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Arbitrabilidade Objetiva

- No ano seguinte, decidiu o TCU (TC 003.499/2011-1):
- [...] 142. O art. 35, inciso XVI, da Lei 10.233/2001 estabelece que o contrato de concessão tenha como cláusulas essenciais as relativas a regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem. Nesse sentido, a Minuta do Contrato, em seu item 35, prevê a arbitragem como instrumento para resolução de controvérsias, nos seguintes termos:
- [...] 148. Como da prestação do serviço público decorre a cobrança de tarifas públicas, Joana Paula Batista entende que, “em face da irrenunciabilidade do poder tarifário, a fixação de tarifas não poderá se submeter à arbitragem, forma alternativa de solução de disputas positivada pela Lei n. 9.307/1996”.
- [...] 9.2.1. **a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001** (Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: [...] VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;);

A Indisponibilidade do Crédito Público

O que isso significa?

Situação após Lei 13219/2015

Art. 1º [...]

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Art. 2º [...]

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

Jornada de Direito Administrativo CJF

- **Enunciado nº 10**: “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.”
- **Enunciado nº 15**: “A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação.”
- **Enunciado nº 18**: “A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.”
- **Enunciado nº 19**: “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”
- **Enunciado nº 39**: “A indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes.”

Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021)

CAPÍTULO XII - DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

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

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

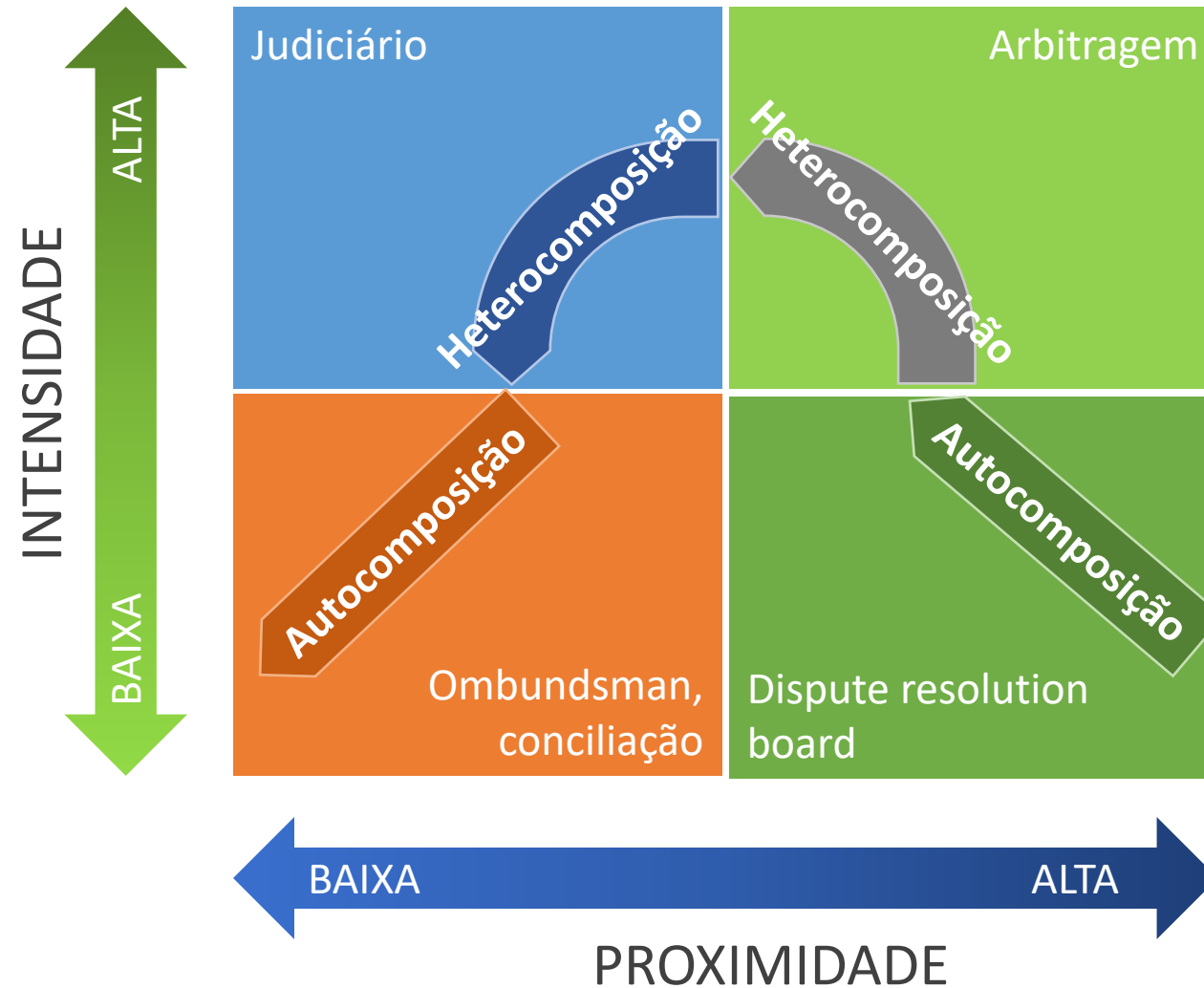
Arbitrabilidade Objetiva no Mundo

- The New York Supreme Court Enforces New York's State Law Prohibiting Mandatory Arbitration of Employment Discrimination Claims and Refuses to Compel Arbitration in Harassment Lawsuit (Andowah Newton v. LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton Inc., Sup. Ct., N.Y. County, July 13, 2020, J. Nock, Index No. 154178/2019)
- É uma profusão de ações anulatórias [de decisões arbitrais]
<https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/cresce-numero-sentencas-arbitrais-anuladas-justica>
- Questão da vacina da Pfizer

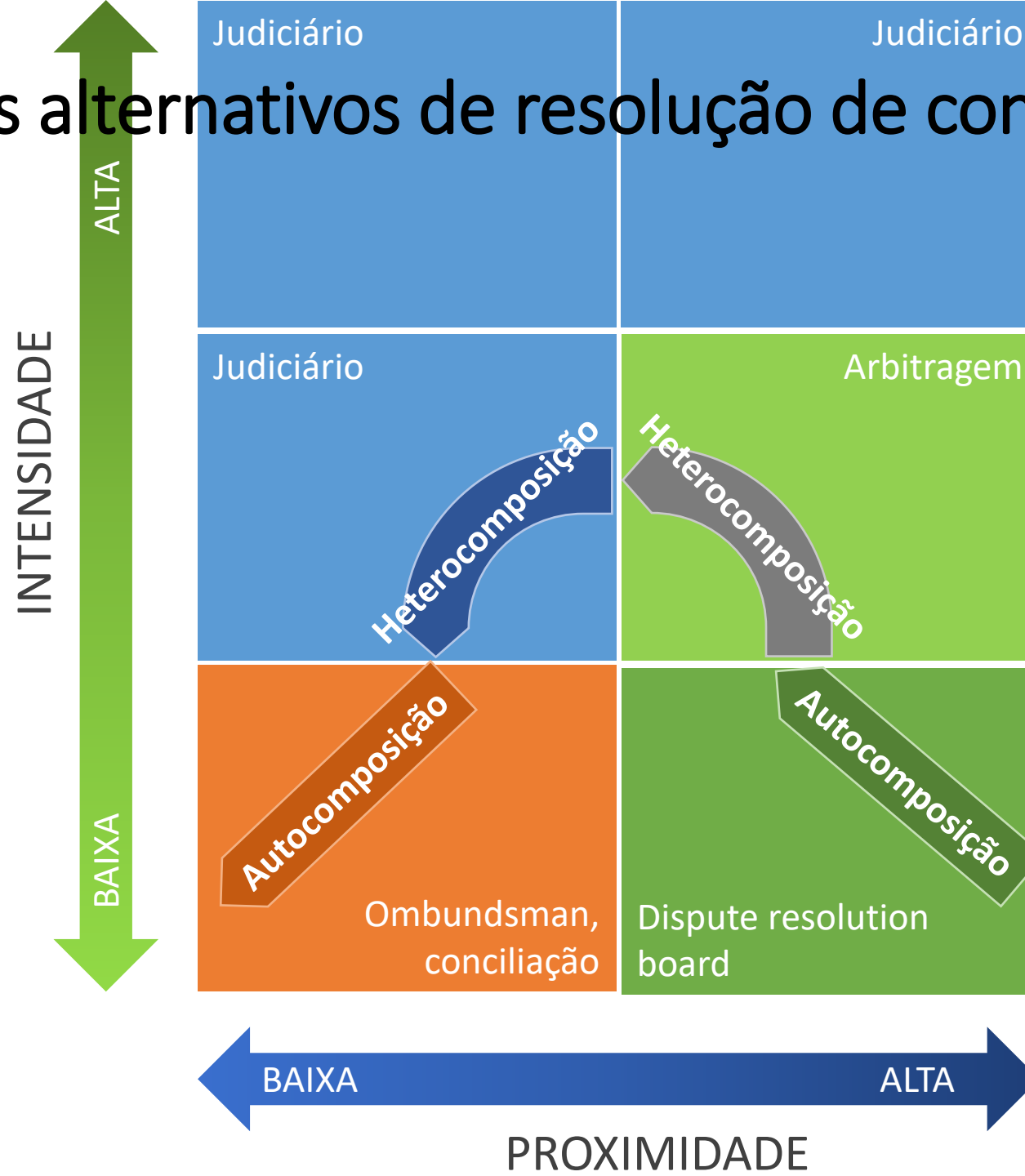
Arbitrabilidade Objetiva no Mundo

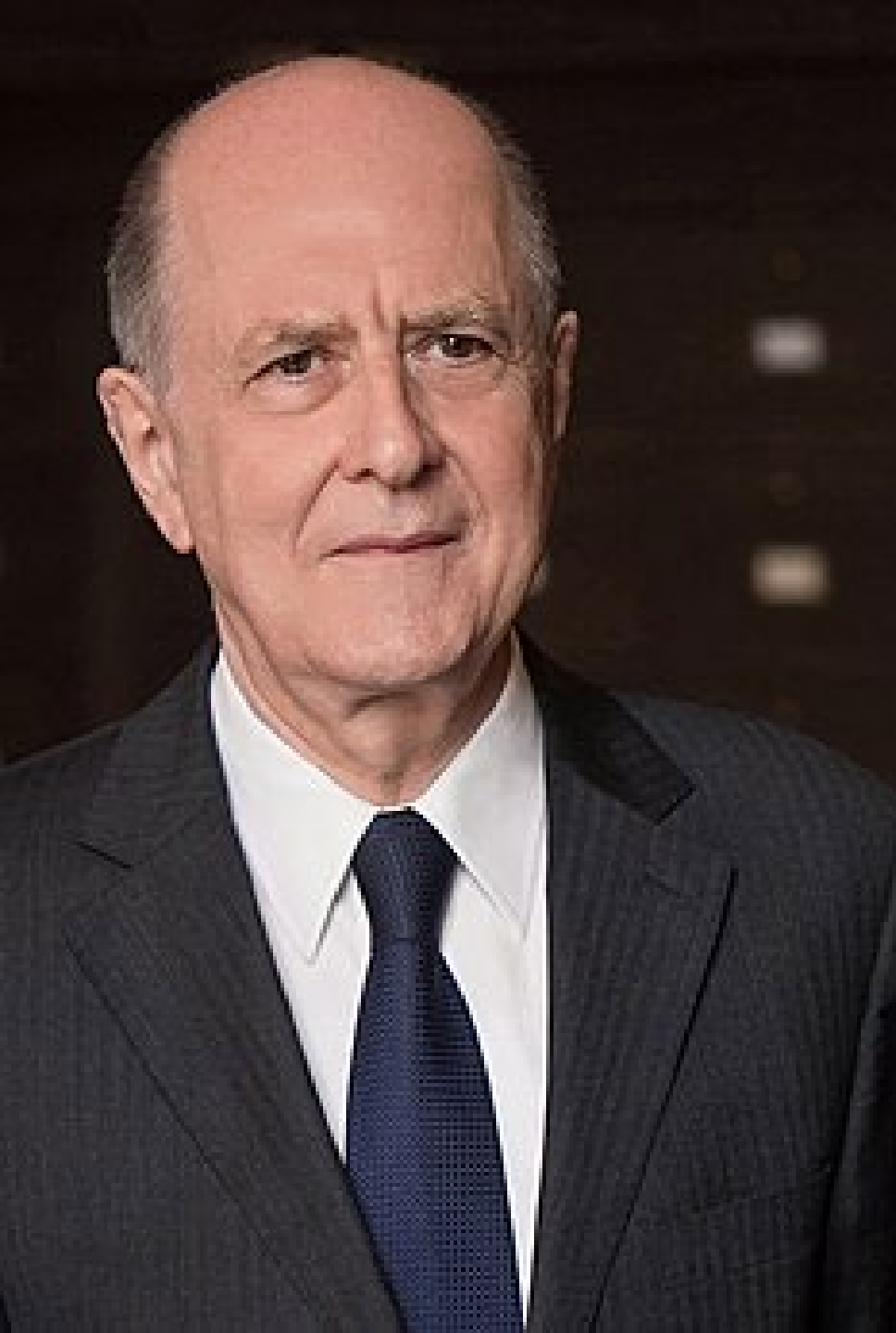
- Arbitragem Paper Excellence X J&F (R\$ 15 bilhões de reais) 3x0 no painel arbitral da CCI.
- O que significa que a decisão arbitral não está fundamentada?
- <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/tj-sp-anula-parte-sentenca-arbitral-falta-fundamentacao>

Meios alternativos de resolução de controvérsias



Meios alternativos de resolução de controvérsias





VI Etats généraux du droit administratif

- Les modes amiables de règlement des différends
- 24 juin 2016
- Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État
- Devemos conduzir um diagnóstico das forças e das fraquezas dos atuais mecanismos para solução amigável de disputas envolvendo o poder público, preparando o caminho para seu emprego efetivo e sugerindo eventuais reformas.
- Embora os meios consensuais previnam o surgimento de disputas e as solucionem mais rapidamente, eles não foram suficientemente desenvolvidos em matéria administrativa.
- Tais meios satisfazem anseios populares de racionalização do acesso à justiça.
- Todos os atores públicos devem se apropriar das técnicas, propiciando a criação de uma cultura de prevenção de litígios.