



18º Congresso Internacional de Arbitragem

Administração Pública e Arbitragem

Brasília, 22/08/2019

Luis Felipe Salomão

“Como nos muda a reação adversa”

(Javier Marías, Assim começa o mal)

1) INTRODUÇÃO

- Importância do evento e o momento de **mudança cultural** no direito brasileiro (**Stakeholders** significa público estratégico e descreve uma pessoa ou grupo que tem interesse em uma empresa ou negócio)
- Eficácia das soluções extrajudiciais conciliação/mediação/arbitragem, novo **microssistema** – **Lei nº 13.129/15** (Reforma da Lei de Arbitragem), **Lei nº 13.140/15** (marco legal da Mediação) e **Lei 13.105/15** (Novo CPC)
- **Disciplina obrigatória** nas Universidades (Resolução CNE/CES n. 5/2018)

Augusto Cury, em recente obra denominada “Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil moderno” (Editora Forense, 2019), menciona a **gestão da emoção para a pacificação de conflitos**:

“Um dos grandes e insuspeitos culpados de as sociedades modernas serem conflituosas é o sistema educacional mundial. Não me refiro aos professores, que, para mim, são os profissionais mais notáveis do teatro social, mas ao sistema educacional cartesiano ou racionalista. **Desde que René Descartes...introduziu o racionalismo na ciência..., o mundo tecnológico deu um salto sem precedente, mas o universo socioemocional caiu num calabouço**”

- **Mediação prévia e privada** – um enorme desafio que merece acompanhamento de perto (pesquisas no CENTRO DE INOVAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA DOJUDICIÁRIO (CIAP-J da FGV).
- **Cláusula de Mediação** (Lei da Mediação – art. 2, 1º - Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação).
- **Negócio processual (art. 190-**Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. **Parágrafo único** - De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade).

2) PESQUISA AMB “Quem somos, a magistratura que queremos”, 2019, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice e Marcelo Burgos

- Em torno de 4 mil respondentes, complementa pesquisa pioneira realizada pelo mesmo grupo de sociólogos, 20 anos atrás.
- **3 fatores que melhor explicam o crescimento da litigiosidade no Brasil: a) cultura do litígio; b) ineficiência das agências reguladoras; c) amplificação da assistência judiciária gratuita (somados, os 3 itens dão quase 80%).**

Questão 32: Considerando-se as áreas de atuação do Conselho Nacional de Justiça(CNJ), assinale, dentre as listadas abaixo, as três alternativas que considera prioritárias (juizes de primeiro grau)

- Equalização da distribuição da força de trabalho entre primeira e segunda instância – 26%
- Estímulo à adoção de melhores práticas que contribuam para a modernização, eficiência e racionalização do sistema judicial – 22%
- Políticas de valorização da magistratura nacional e de esclarecimento à sociedade da importância dos serviços prestados pelo Judiciário – 22%
- **Estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial – média de 11%**

Questão 39: Você é favorável à conciliação / mediação prévia obrigatória?

- Sim, para ações cíveis e de família – 70%

Questão 48: Considerando-se a ideia de aproximar a população dos serviços do Judiciário, assinale, dentre as alternativas listadas abaixo, as duas iniciativas que considera prioritárias

- Favorecer a conciliação prévia extrajudicial – a mais votada, com quase 30%

Percepção dos magistrados brasileiros sobre soluções adequadas à jurisdição

- As soluções extrajudiciais de resolução de conflitos não crescem à sombra do insucesso ou não da jurisdição estatal.
- Ao contrário, representam o **avanço do processo civilizatório da humanidade**, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes.
- Indiretamente, carrega perspectiva de **racionalidade para a jurisdição estatal**, hoje assoberbada com o volume de processos.

3) Os processos de transformação do direito e da política graças à crescente integração transnacional da sociedade mundial

- Na era da comunicação e da revolução tecnológica disruptiva, todas as áreas do direito sofrem o impacto das mutações. **Cada vez mais, a ciência social tem que lidar com um vocabulário "transnacional", "pós-nacional", "globalizado" e "cosmopolita".**
- Há em andamento, no mundo, uma transformação "...relacionada à emergência de uma ou diversas novas **ordens jurídicas e políticas para além do Estado nacional** (Brunkhorst, 2007:63-109) e às implicações destas tendências para novas formas de lidar com os paradoxos da decisão jurídica e política (Koskenniemi, 2008:65-89; Fischer-Lescano e Teubner, 2006:10-33)", no dizer elegante de **Pablo Holmes**

- Nesse contexto de **transformação**, fala-se cada vez mais em ***governança em lugar de governo***, na qual os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus assuntos comuns. Uma espécie de ***ordem espontânea***, formada a partir de **atores privados e suas práticas contratuais**, assim como proposta por F. Hayek (1945), Klaus Gunther (2003) e Teubner (2004).

- **As criptomoedas** - meio de troca que se utiliza da tecnologia de *blockchain* e da criptografia para assegurar a validade das transações e a criação de novas unidades de moeda -, sem uma regulamentação mundial e sem Banco Central para o controle de sua emissão.
- **Os sistemas de *compliance*** também fornecem autorregulação interessante para empresas e corporações, **sem a intervenção estatal**, assim como a **Justiça Desportiva**
- **As Câmaras de Arbitragem e Mediação** - algumas utilizando ferramentas tecnológicas inovadoras - e o **mercado privado de soluções extrajudiciais de conflitos** apresentam formas rápidas e eficientes para composição de litígios.

- Equivale dizer, pois, que, nesta era de extremos em que vivemos, descortina-se para os advogados um **contexto novo, ainda por ser explorado**
- Recentes leis de **desjudicialização** (divórcio, inventário, MP da liberdade econômica, dentre outras)
- **a) *lex mercatoris***
b) *justitia desportiva*
c) a *lex digitalis* (coordenação da manutenção e procedimentos de várias bases de dados relacionadas com os *namespaces* e espaços numéricos da Internet – ICANN, e a proteção de dados)
d) a *lex humanas* (clima e meio ambiente) são exemplos de mundo e campo novos de atuação profissional.

4) MODELOS E PROGRAMAS NOVOS DE SOLUÇÕES DE DISPUTAS DE CONSUMO

- A nova sociedade exige outras forma de solução de conflitos, fora daqueles tipos convencionais (**negociação, conciliação, mediação e arbitragem**), como por exemplo: novos tipos de mediação (**DSD - acidentes aéreos/ambientais, *Dispute board* e *Ombudsman Bancário***)
- Há obrigatoriedade de implementação de **políticas públicas e privadas** (por parte dos fornecedores) para **implantação de “...métodos alternativos** de solução de conflitos de consumo” (art. 4, V, CDC)? Haverá alguma **sanção** pelo descumprimento?

5) MEDIAÇÃO / ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

- Sucesso em países como EUA e Itália (inclusive no campo **tributário**)
- **Interesse público** primário e secundário (teoria do interesse preponderante)
- “a quem pertence o ar que respiramos” – indagou Cappelletti
- Alguns aspectos importantes da Lei nº 13.140/15 – necessidade de **regulamentação** para Administração (**em andamento na AGU**)?
- O papel das **agências reguladoras**
- A questão das **privatizações**

ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS” – STJ – 22 E 23 DE AGOSTO DE 2016

2 Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.

11 Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas.

(continuação)

6 O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende.

7 Os árbitros ou instituições arbitrais não possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação prevista no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei 9.307/1996, no cumprimento de sentença arbitral e em tutelas de urgência.

9 A sentença arbitral é hábil para inscrição, arquivamento, anotação, averbação ou registro em órgãos de registros públicos, independentemente de manifestação do Poder Judiciário.

6) LEGISLAÇÃO ESPARSA QUE FAZ REFERÊNCIA À ARBITRAGEM E À MEDIAÇÃO

a) Decreto-lei n. 1.960/1982, art. 2º, inc. V: nos contratos de arrendamento mercantil ajustados entre a administração pública – incluindo empresas públicas, sociedades de economia mista e Estado federado – e entidades ou empresas sediadas no exterior, autorizou-se o Poder Executivo contratar ou garantir em nome da União, desde que satisfeito, como um dos requisitos, a inclusão no contrato de “cláusula estipulando que os litígios dele decorrentes serão resolvidos perante o foro brasileiro ou submetidos a arbitragem”;

b) Lei n. 9.472/97, art. 19 (organização de serviços de telecomunicações): atribui à Anatel a composição administrativa de conflitos de interesses entre as prestadoras de serviços de telecomunicações;

c) Lei n. 9.514/97, art. 34: contratos relativos ao Sistema Financeiro da Habitação poderão ter as divergências dirimidas por arbitragem;

(continuação)

d) Lei n. 9.958/2000, que inseriu os arts. 625-A a 625-H, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT: instituição das Comissões de Conciliação Prévia;

e) Lei n. 10.101/2000, art. 4º, incisos I e II (participação dos trabalhadores nos lucros da empresa): solução de litígios por meio de mediação e arbitragem;


f) Lei n. 10.192/2001, art. 11: utilização da mediação quando frustradas as negociações relativas ao trabalho e demais condições referentes ao trabalho;

g) Lei n. 10.303/2001, que incluiu o parágrafo 3º, do art. 109, da Lei n. 6.404/76 (Lei das S/A): possibilidade de divergências entre acionistas serem resolvidas mediante arbitragem;

h) Código Civil de 2002, arts. 851 a 853: admissão do compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolução de litígios entre pessoas que podem contratar;

(continuação)

- i) Decreto n. 4.311, de 2002: promulgou a Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras;
- j) Lei n. 11.079/2004, art. 11, inciso III (normas gerais para parcerias público-privadas): emprego da Lei n. 9.307/1996 para a solução de conflitos;
- k) Lei n. 11.196/2005, que inseriu o art. 23-A na Lei n. 8.987/1995 (Concessão e Permissão de serviços públicos): emprego de mecanismos privados para a solução de disputas, inclusive a arbitragem;
- l) Lei n. 12.815/2013, art. 62, § 1º: utilização da arbitragem para dirimir conflitos entre concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias perante a administração do porto e a Antaq, referentes a débitos de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras;
- m) Lei n. 12.853/2013, que incluiu o art. 100-B na Lei n. 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais): possibilidade de órgão da Administração Pública Federal utilizar mediação e arbitragem para dirimir conflitos entre usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários (o art. 25 do Decreto n. 8.469, de 22/6/2015 atribuiu essa função ao Ministério da Cultura).



**7) PRECEDENTES DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SOBRE ARBITRAGEM – o sistema de vinculação
vertical do NCPC se aplica a arbitragem?**

CABIMENTO DA ARBITRAGEM – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- **REsp 612.439/RS (rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14/9/2006)** – Validade dos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, COMPROMISSO DE ARBITRAGEM E INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM. TERCEIRO SUBROGADO (EXTENSÃO SUBJETIVA) – CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA

SEC 14.930/EX (Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 27/6/2019) - Possibilidade de transmissão da cláusula arbitral ao segurador sub-rogado -

Considerando que o contrato de fornecimento entre as partes previa a solução de litígios por meio de arbitragem, a seguradora sub-rogada deve submeter-se à decisão arbitral, sendo-lhe vedada postular o mesmo direito perante a jurisdição estatal.

ARBITRAGEM – EXTENSÃO (OBJETIVA) PARA CONTRATOS COLIGADOS

REsp 1.639.035/SP (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 15/10/2018)

Reconhecida a coligação contratual, mostra-se possível a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal aos contratos de "swap", pois integrantes de uma operação econômica única - No sistema de coligação contratual, o contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos negociais que a este se ajustam, não sendo razoável que uma cláusula compromissória inserida naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais.

ORDEM PÚBLICA - IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO

SEC 9.412/US (Rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe de 30/5/2017)

Árbitro presidente que não revelou ter defendido os interesses de umas das partes no processo arbitral em operações anteriores (art. 14, § 1º, da Lei n. 9.307/1996) – **justiça federal norte-americana concluindo pela ausência de prova suficiente da alegada parcialidade do árbitro – possibilidade de exame da questão pelo STJ em sede de homologação de sentença estrangeira – imparcialidade do julgador que decorre de princípio e garantias constitucionais fundamentais – matéria de ordem pública** não sujeita à preclusão - ofensa à ordem pública nacional - natureza contratual da arbitragem que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, de modo que a violação do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral

CABIMENTO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO REGIDAS PELO CDC

REsp 1.189.050/SP (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 14/3/2016) – É possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso – Ausência de incompatibilidade entre o disposto no parágrafo 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996 e no inciso VII do art. 51 do CDC.

VALOR DA CAUSA NAS AÇÕES DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

REsp 1.704.551/SP (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 4/4/2019) – Valor da causa em hipóteses de ação declaratória de nulidade de sentença arbitral, ajuizada com fundamento no art. 33 da Lei 9.307/1996 - Considerando que a jurisprudência do STJ está orientada no sentido de afirmar que "o valor da causa, inclusive nas ações declaratórias, deve corresponder, em princípio, ao do seu conteúdo econômico, considerado como tal o valor do benefício econômico que a autora pretende obter com a demanda" (REsp 642.488/DF, Primeira Turma, DJ 28/09/2006, p. 193), não há óbice jurídico para que a condenação contida na sentença arbitral seja considerada como parâmetro para a definição do valor da causa.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA – DEFINIÇÃO – COMPETÊNCIA

(...) 2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

(...)

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 19/06/2013)

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA, COMPROMISSO DE ARBITRAGEM E INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM

REsp 1.331.100/BA (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, DJe de 22/2/2016) – CASO KIEPPE vs GRAAL (ODEBRECHET vs GRADIN) - A ausência de maiores detalhes na previsão da mediação ou da arbitragem não invalida a deliberação originária dos contratantes, apenas traduz, em relação à segunda, cláusula arbitral "vazia", modalidade regular prevista no art. 7º da Lei 9.307/96.

ARBITRAGEM - CONDOMÍNIO

REsp 1.733.370/GO (Rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, DJe de 31/8/2018) - Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, **qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem.** - Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal.

QUESTÕES PROCESSUAIS - CONEXÃO

REsp 1.465.535/SP (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22/8/2016)

No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto. **Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, o Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.** A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito

QUESTÕES PROCESSUAIS

REsp 1.733.685/SP (Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 12/11/2018) – A existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar, fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005, impondo-se reconhecer o direito do credor que só pode ser exercitado mediante provocação estatal, já que o árbitro não possui poderes de natureza executiva – O depósito elisivo da falência, nos moldes do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, não é fato que autoriza o fim do processo de falência, uma vez que, a partir de então, o processo se converte em ação de cobrança e segue pela via executiva comum, o que seria inviável no juízo arbitral.