

TENDÊNCIAS E DESAFIOS NOS ACORDOS EM ARBITRAGENS COM O PODER PÚBLICO

Bruno Fernandes Dias
Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de janeiro (UERJ)
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente ensaio explora a realização de acordos em arbitragens envolvendo a Administração Pública. A Seção II aborda algumas tendências internacionais extraídas de dados compilados pela UNCTAD e as contextualiza segundo a visão de Jeswald Salacuse sobre negociações com o Estado. A Seção III discute as tendências brasileiras em arbitragens domésticas. A Seção IV examina os desafios no convencimento das partes e aborda aspectos práticos para se chegar a um acordo. Por fim, a Seção V traz as observações conclusivas do autor.

Palavras-chave: Acordos; Arbitragem; Administração Pública.

***Abstract**: This essay explores settlement agreements in arbitrations involving state entities. Section II addresses some international trends drawn from data compiled by UNCTAD and contextualizes them according to Jeswald Salacuse's view on negotiations with the State. Section III discusses Brazilian trends in domestic arbitration. Section IV examines the challenges in convincing the parties and addresses practical aspects of reaching an agreement. Finally, Section V provides the author's concluding remarks.*

***Keywords**: Settlement agreements; Arbitration; State entities.*

1. INTRODUÇÃO

No dito popular, a celebração de um bom acordo para encerrar uma disputa é aquele arranjo do qual as duas partes saem igualmente infelizes. Uma visão puramente esquemática desse arranjo pressupõe que ordem jurídica – concretamente formatada pelas partes via um contrato – teria sido de alguma forma perturbada em um momento inicial. Não importaria aí de quem seria a culpa. A infelicidade mútua que se instalaria ao final das negociações significaria que o restabelecimento objetivo da normalidade jurídica jamais seria efetivo o suficiente para as partes conseguissem seguir a vida sem a sensação de que algo lhes foi tirado. E isso tampouco seria um problema. O que o dito popular sugere, naturalmente, é que as disputas são essencialmente corriqueiras. Se o objetivo é o de encerrá-las com algum grau de consensualidade, seria mais útil e econômico para as partes seguir a vida do que, literalmente, pagar para ver reconhecida uma visão particular da expressão concreta de uma ordem jurídica adequada.[1]
Esse caminho das pedras para a celebração de um bom acordo fornece um norte, mas está longe de esgotar os desafios envolvidos em situações de conflito. Não o faz, especialmente, em uma classe de conflitos que tem despertado a atenção da doutrina nacional por uma relevância que, além de jurídica, é também político-social e econômica: as arbitragens envolvendo o poder público. Essas disputas, que, como suas congêneres puramente privadas, decorrem da "plena atividade de jurisdicional dos árbitros" (CARMONA; MACHADO FILHO, 2020, p. 211), quase sempre tratam de questões estratégicas de grande repercussão, o que torna a celebração de acordos ainda mais sensível.
Em relações jurídicas que giram em torno do interesse público e que, não à toa, sujeitam-se a controles internos e externos – para não falar do controle social –, acordos concretos precisam passar em uma série de testes, formais e materiais, de legitimidade. Se surgirem no curso de uma arbitragem, é porque geralmente envolverão uma questão tecnicamente complexa e controvertida. Será, em suma, um contexto muito distante da realidade que reina entre atores privados, os quais dispõem de seus interesses com pouquíssimas amarras constitucionais, morais ou técnicas. Acordos dessa natureza constituem um território estranho para o poder público porque tampouco envolvem questões juridicamente massificadas, tão típicas da atuação estatal, em que uma determinada política pública de celebração de acordos poderia estar justificada em considerações de ganho de escala, de uniformização jurisprudencial, ou de uma finalidade social. Ao contrário: envolvem situações particulares que sempre despertarão a temida pergunta: por que a Administração fez isso justamente nesse caso?
É a algumas tendências conjunturais desse fenômeno que dedicarei este escrito. Irei me valer da visão de mundo – e, principalmente, da análise de dados – do Direito Internacional dos Investimentos, ramo do direito originado do costume internacional e dedicado ao estudo das opções regulatórias dos Estados sobre o fluxo e sobre o investimento direto de capitais, com a decisiva influência exercida por tribunais arbitrais que julgam controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros.[2]
Reúno, para esse fim, dados preliminares sobre arbitragens em curso no Brasil que envolvam o poder público, e incorporo a essa abordagem, inicialmente mais descritiva, algumas observações de cunho analítico. A análise recairá sobre as condições básicas para se convencer as partes a celebrarem um acordo, assim como sobre as características recomendáveis e procedimentos necessários na avença a ser formatada.
A Seção II tratará das tendências internacionais nos acordos formados a partir de arbitragens. Para tanto, serão analisados dados compilados pela United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD sobre arbitragens entre Estados e investidores estrangeiros, destrinchando alguns aspectos objetivos dos casos.[3] Em seguida, será feita breve menção à obra de Jeswald Salacuse sobre negociações com o Estado, abordando o que o autor chama de segredos para a formação de acordos com entes públicos.
A Seção III abordará as tendências dos acordos no Brasil, novamente utilizando os dados da UNCTAD para comentar perspectivas das arbitragens domésticas com o poder público.
A Seção IV adentrará os desafios do processo de convencimento das partes na formação de acordos. O tópico abordará as dificuldades por trás dos esforços que levam uma parte de um procedimento arbitral a ceder alguma(s) de suas posições para que um acordo seja formalizado.
Por fim, após analisados todos os aspectos mencionados, serão apresentadas as conclusões finais do autor.

2. TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS

a. Dados da UNCTAD sobre acordos em "arbitragens Investidor-Estado"

§ *Quantidade de casos*. Arbitragens envolvendo o poder público, para a discussão de temas muitas vezes semelhantes, e não raro sem quaisquer distinções conceituais e práticas daquelas que são discutidas no Brasil, são uma realidade há algumas décadas em diversos países. A quantidade desses casos é suficientemente expressiva para que um exame da respectiva base de dados forneça alguns interessantes elementos analíticos. Na consolidação levada a cabo pela UNCTAD até 31 de julho de 2020 constam 1.061 casos para um total de 122 países. Há aí uma consistência temática e uma abrangência geográfica que permitem caracterizar o fenômeno, ainda que em um sentido fraco do termo, como universal.
Sobre como a realidade brasileira se apresenta diante de tais dados, um ponto duplo pode ser firmado: (i) não estamos diante de um excepcionalismo brasileiro, pois essas arbitragens não são reveladoras de circunstâncias econômico-jurídicas inteiramente singulares, só ocorridas entre nós e desconhecidas em outros países; (ii) a experiência estrangeira e internacional na matéria é robusta o suficiente, por já contar com algumas décadas de um histórico global, para indicar tendências normativas e, sobretudo, tendências comportamentais que merecem ser exploradas pela doutrina brasileira.

§ *Convenção de arbitragem*. Com essa ponderação de circunstâncias, a categorização adequada desses dados à perspectiva brasileira depende de algumas informações adicionais. No Brasil, a arbitragem é regida pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 ("Lei de Arbitragem"). Com a reforma operada pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015 ("Lei de Reforma"), o legislador positivou de maneira expressa a possibilidade de que "administração pública direta e indireta [se utilize] da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis."[4] Sob tal regramento geral, a anuência do poder público em se sujeitar à arbitragem decorre da formalização de uma convenção de arbitragem. É na formatação do que, na perspectiva brasileira, seria a convenção de arbitragem que reside um hiato conceitual e prático. A grande diferença entre os casos que têm surgido no Brasil, nos últimos anos, e aqueles casos que já há algumas décadas têm chegado a arbitragens internacionais está antes na forma de manifestação da vontade de arbitrar. De fato, a distinção não está na matéria a ser arbitrada ou, muito menos, nas características da arbitragem como método de solução de controvérsias.

* O presente estudo representa a expansão da análise feita pelo autor por ocasião do III Congresso Brasileiro de Arbitragem na Administração Pública, realizado em 12 de abril de 2022 pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Escola de Advocacia-Geral da União e pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, em São Paulo, com participação de Patrícia Ferreira Baptista, Fábio Peixinho Gomes Corrêa, Adriana Braghetta e outros. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4b1Qqubv2w4. Acesso em: 6 jun. 2022.

1 A premissa básica adotada neste estudo é a de que a materialidade da relação jurídica subjacente à arbitragem e o próprio mérito da controvérsia sejam reais e legítimos, não se tratando de situações lamentavelmente noticiadas em que acordos em arbitragens são utilizados como veículo para formalizar pagamentos de origem ilícita. POLONI, Flore. BROOKE, Nicolas. Arbitral Tribunals Beware: Better Keep an Eye on Potential Corruption Involving Consent Awards. Kluwer Arbitration Blog, 29 Jan. 2021. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/29/arbitral-tribunals-beware-better-keep-an-eye-on-potential-corruption-involving-consent-awards/

2 "Under the rules of customary international law, no state is under the obligation to admit foreign investment in its territory, generally or in any particular segment of its economy. While the right to exclude and to regulate foreign investment is an expression of state sovereignty, the power to conclude treaties with other states will also be seen as flowing from the same concept." (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 7)

3 UNCTAD. Investment Dispute Settlement Navigator. Disponível em: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement. Acesso: 6 jun. 2022. (Nota do autor: divulgação completa dos dados em 31/07/2020 (formato Excel)).

4 Art. 1º, §1º da Lei de Arbitragem.

§ *Obrigatoriedade internacional*. No plano internacional, a existência da convenção de arbitragem está ligada a uma política pública mais ampla de regulação e de atração de investimentos estrangeiros. Para além de uma legislação estritamente doméstica, e, mesmo, da celebração de contratos específicos com investidores específicos, os países que optaram por essa sistemática procederam à celebração de tratados multilaterais, ou, mais frequentemente, bilaterais.[5] Normas jurídicas vinculantes, esses tratados contemplam uma série de obrigações recíprocas entre os países signatários. O maior calibre dessas obrigações fica por conta de prerrogativas conferidas diretamente aos particulares que, sob seus termos, realizem investimentos "internacionais", isto é, fora do território do seu país de origem.

§ *Pressupostos de uma disputa*. As arbitragens inseridas na base de dados consultada, de maneira simplificada, surgem de controvérsias relacionadas a fatos ocorridos no território do país A que afetem os interesses do investidor oriundo do país B. Materialmente, esses fatos precisam ser direta ou indiretamente imputáveis ao Estado e, em particular, devem se revelar contrários ao feixe de obrigações protetivas reciprocamente assumidas por ambos os países.[6] Nessa lógica internacional, em vez de precisar submeter sua pretensão indenizatória ao judiciário local, o investidor pode instaurar uma arbitragem internacional contra o país A. Trata-se, por certo, de uma via privilegiada em relação aos demais particulares nacionais que, não raro, encontram-se em situação similar; e, pelo mesmo motivo, é uma peculiaridade em relação a outras searas do direito internacional, as quais geralmente exigem o exaurimento das instâncias internas antes do acesso à jurisdição internacional.[7]

§ *Relação entre direito doméstico e obrigações internacionais*. As arbitragens de investimento guardam um caráter inovador e, em grande parte, polêmico, porque expõem o Estado a um contencioso tradicionalmente restrito à esfera nacional. Em tais arbitragens, o agir estatal, de acordo com a sua própria legislação doméstica, é apenas o dado inicial de uma análise que leva em conta as obrigações internacionais decorrentes desta base autônoma que são os tratados. E, como em qualquer outra situação ordinária na esfera internacional, não poderá ser considerado legítimo o tratamento dispensado ao investidor estrangeiro unicamente com base na alegação de que a conduta estatal seria legítima à luz do seu próprio ordenamento. Tem-se aí o efeito do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ela própria ratificada por diversos países, e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 ("uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado").

§ *Referência para o Brasil*. As muitas decisões já proferidas em tais casos animam as palpitantes discussões acadêmico-políticas sobre os limites de atuação do Estado. Do ponto de vista estrutural, é útil problematizar se tal atuação está, ou não, em harmonia, com o que se entende ser o seu regramento constitucional. Tal regramento normalmente é densificado por contornos específicos da legislação, e reserva ao poder judiciário o poder jurisdicional sem necessariamente equipá-lo com as melhores capacidades institucionais de compreensão dos problemas da vida. As arbitragens internacionais que levam discussões dessa natureza para um foro de todo peculiar fornecem, assim, um rico material de estudo sobre as características da arbitragem como método de solução de controvérsias para o poder público brasileiro. Isso pode ser afirmado sem aí embutir qualquer juízo técnico-político sobre a opção do Brasil de não aderir a tal sistemática. Pode ser afirmado, também, com a devida precaução de que, por suas características mesmas, a arbitragem

5 De acordo com dados compilados pela UNCTAD e disponíveis em: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements, no mundo há 2.794 Tratados Bilaterais de Investimento, sendo 2.227 atualmente em vigor. Além disso, há também 425 Tratados com Disposições de Investimento, estando 333 deles atualmente em vigor. 6 "A expressão 'arbitration without privity' descreve que um investidor, referindo-se apenas à cláusula compromissória incorporada no tratado de investimento entre seu país e o Estado contratante, pode, apesar de não haver nenhuma convenção de arbitragem entre ele e tal Estado, iniciar um processo de arbitragem contra o Estado." (FIGANMESE-ATAMAN, 2011, p. 188). Não é necessário que haja um vínculo contratual típico entre o investidor e o Estado. Se atos imputáveis ao Estado, como a edição de normas de caráter erga omnes, representarem, eles próprios, violação a obrigações assumidas no tratado, a jurisdição do tribunal arbitral se estenderá, em termos práticos, à possibilidade de uma condenação de natureza indenizatória, assim preservando-se a soberania do Estado.
7 A título de exemplo o Professor Carlos Alberto Dunshee de Abranches explica que "em 1969 foi aprovada em San José, Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que [...] garante ao indivíduo o direito de acesso aos órgãos de proteção e estipula, como requisito de admissão de qualquer petição, o esgotamento dos recursos da jurisdição interna." (ABRANCHES, 1973, p. 9)



seja uma ferramenta estritamente conectada a cada caso concreto em que surja uma disputa, fornecendo bases apenas precárias para extrapolações analíticas mais abrangentes.
Essa não será a oportunidade para explorar, em maiores detalhes, o regramento específico dessas arbitragens internacionais e nem para um cotejo sistêmico do significado e alcance das obrigações positivadas em tratados de investimento. Embora existam tendências genéricas, cada tratado pode possuir um regramento distinto e, em todo caso, possui um âmbito geográfico próprio de aplicação, sendo invocado e aplicado por cada tribunal arbitral em função de uma jurisdição limitada.
Naquilo que diz respeito aos acordos que investidores e Estados celebram no curso de tais arbitragens, todavia, o campo analítico é bastante rico. Os dados consolidados merecem reflexões que contextualizam as observações que podem ser feitas sobre o fenômeno no Brasil.

§ *Recorrência dos acordos*. Em primeiro lugar, destaca-se a recorrência de acordos entre investidores e Estados nacionais. Cerca de 13% das arbitragens encerradas o foram por meio de um acordo. A cifra é expressiva porque, vistos em blocos, todo esse conjunto de disputas que têm agitado a comunidade internacional acabam guardando traços argumentativos comuns, tanto da parte dos investidores, como da parte dos Estados. Mesmo com a propensão litigiosa se mostrando tão intensa, a ponto de suscitar uma arbitragem geralmente custosa, é notável que, em tantos casos, haja o encerramento da disputa por meio de uma iniciativa que as partes tomam por conta própria e sem a imposição de um terceiro.

§ *Transparência dos dados*. O cenário internacional desses acordos guarda, no entanto, uma característica radicalmente distinta daquela verificada no Brasil. A falta de transparência quanto ao conteúdo de tais acordos dificulta uma comparação entre eles e torna mais incertos quaisquer juízos sobre a probabilidade de serem celebrados. Apenas em 61% dos casos o valor dos pedidos discutidos na arbitragem é conhecido, sendo que apenas em 27% dos casos o valor do acordo alcançado pelas partes é tornado público. Na perspectiva brasileira, o próprio regramento constitucional tende a suscitar uma realidade distinta, de ampla publicidade; e, não à toa, o art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem, na redação posta pela Lei de Reforma, impõe que a "arbitragem que envolva a administração pública (...) respeitará o princípio da publicidade".
Assim, mantendo todas as demais variáveis, é possível supor que a estrutura de incentivos de arbitragens sujeitas ao princípio da confidencialidade – como o são, muitas vezes, essas arbitragens internacionais, por opção das partes – seja mais conducente a acordos. Feita essa observação de tendência, cabe esclarecer, quanto à realidade brasileira, que a publicidade não será, a rigor, um empecilho formal ou prático à celebração de um acordo, sobretudo se recair sobre o resultado negociado, e não sobre o processo de negociação. Na realidade, pode-se supor que a publicidade dos acordos celebrados estimula um intercâmbio de informações e, em última análise, dissemina a cultura da consensualidade.

§ *Perfil dos países*. Uma nota geopolítica também merece ser feita. Países com os mais distintos perfis econômico-jurídicos aderiram à sistemática de arbitragens

internacionais de investimento e foram efetivamente demandados por investidores estrangeiros que se sentiram prejudicados por alguma ação ou omissão estatal. É também variada a lista dos países que acabaram fazendo acordos para encerrar disputas. Quantitativamente, países com características jurídicas, senão propriamente geopolíticas, semelhantes às do Brasil, figuraram entre os maiores celebradores de acordo: Argentina e Venezuela.[8] Em outro espectro, mesmo Estados Unidos, Canadá e Alemanha, países tradicionalmente exportadores de capital, envolveram-se em um número suficiente de arbitragens para tornar relevante o quantitativo de acordos celebrados com investidores estrangeiros.

As projeções para o Brasil, com base em tais referências, ainda são altamente especulativas. Não pode ser ignorado o fator de que, aqui, cada ente federativo envolvido na disputa deverá buscar negociar e implementar seus próprios acordos, o que nem sempre é o caso das arbitragens internacionais, em que o Estado soberano pode – e costuma – ser demandado por condutas imputáveis por uma de suas unidades subnacionais. Esse "distanciamento" das circunstâncias da disputa mereceria ser testado como fator estatisticamente relevante. Por outro lado, fatores que, em abstrato, poderiam ser considerados como indutores de acordos, como a instabilidade política, no caso da América do Sul, tenderiam a aproximar o Brasil dos países que têm se valido de acordos em larga escala. A presença de países ricos, institucionalmente amadurecidos, inclusive pertencentes à tradição anglo-saxã, por sua vez, prova que os acordos podem ser encarrados como intercorrências rotineiras, adequadas e, mesmo, vantajosas.

§ *Exaurimento da discussão*. Por fim, a base de dados consultada lança uma luz sobre o aspecto do exaurimento da discussão quando da prolação de decisões por tribunais arbitrais. Na sistemática ICSID, a menos que especificamente prevista no tratado bilateral aplicável e/ou pelas próprias partes, não existe uma instância recursal. Essa também é a realidade brasileira, na forma do art. 18 da Lei de Arbitragem. Esse arranjo não significa, porém, que o exaurimento da discussão se dá automaticamente. No cenário internacional, o caráter vinculante é essencial nas situações em que o investidor busca instrumentos eficazes para, se necessário, executar o acordo em quaisquer jurisdições. Mesmo em situações em que as partes chegam a um acordo e apenas buscam homologá-lo perante o tribunal arbitral para lhe conferir um caráter vinculante, ainda assim há uma pequena margem, de cerca de 6% dos casos, em que tal acordo é posteriormente questionado perante o judiciário local.

A verdadeira dimensão desse dado pode ser apreendida mediante a comparação com os níveis de questionamento de laudos arbitrais que decidem a questão à revelia de um acordo entre as partes. Aqui, o nível de exaurimento é significativamente menor: sobe para 16% a margem de casos em que há tentativas de revisão judicial do laudo, surgindo, ainda, uma figura inexistente nos casos de acordo, a saber, os procedimentos de tentativa de anulação dos respectivos laudos, os quais chegam à margem de 25%.

b. Negociando com o Estado: os segredos de Jeswald Salacuse

Independentemente de quais sejam os dados agregados dos acordos decorrentes de arbitragens Investidor-Estado, e de quaisquer extrapolações comportamentais e/ou jurídicas que se queira fazer ao interpretar tais dados, o certo é que cada acordo individual pressupõe uma negociação. Seria inviável reunir dados empíricos sobre a cultura e os métodos de negociação de cada Estado, e nem existiria rigor em cogitar das características brasileiras desses elementos. Ainda assim, é útil olhar para um testemunho pessoal, feito, aliás, com uma notável elaboração acadêmica, de um indivíduo experiente.

Jeswald Salacuse escreveu a obra "*Seven Secrets for Negotiating with Government*" e chegou a participar como árbitro presidente em um dos casos objeto da amostra aqui utilizada.[9] Dentre os pilares por ele identificados na negociação com a Administração Pública, o primeiro é facilmente comprovado pelos dados internacionais. Governos, de fato, negociam sobre um amplíssimo rol – virtualmente, sobre qualquer coisa – com entes privados. Ao analisar os dados levantados pela UNCTAD, percebe-se quão variada pode ser a matéria dos casos arbitrais que acabam em acordos. Revelam-no a natureza mesma das partes, que vão de bancos, seguradoras e agências de comunicação; e o fundo da controvérsia, que já contemplou até medidas *antidumping*.

8 Merece registro o fato de que esses países se destacam pelo próprio número de arbitragens, parecendo óbvio que há uma correlação entre o número de arbitragens e de acordos.

9 .AWG Group Ltd. v. República Argentina, UNCITRAL. Disponível em: https://www.italaw.com/cases/106. Acesso em: 6 jun. 2022.

Dois exemplos, dentre os mais de cem casos de acordo, são Dunkeld International Investment Ltd. v. Governo de Belize[10] e Eureko B.V. v. República da Polônia.[11] O primeiro caso iniciou-se em dezembro de 2009 como um procedimento arbitral perante a Corte Permanente de Arbitragem, com a companhia das ilhas Turcas e Caicos acusando o governo de ter ilegalmente expropriado o seu investimento em uma outra pessoa jurídica e não a ter tratado de forma justa e equitativa. A Dunkeld era a beneficiária efetiva de aproximadamente 69% das ações de uma empresa local de comunicação chamada Telemedia, e alegou que a nacionalização operada pelo Governo de Belize infringiu o tratado internacional com o Governo do Reino Unido para a Promoção e Proteção de Investimentos.

Em 2015, o caso acabou por ser resolvido em um acordo. As partes concordaram que houve uma expropriação da propriedade da Dunkeld e pediram que o tribunal determinasse o valor da compensação pela participação na Telemedia. Com isso, o tribunal decidiu que o governo belizenho deveria pagar mais de noventa e seis milhões de dólares à Dunkeld. Conforme acordado, esse pagamento deveria ser feito em uma conta especial a ser usada pelo governo belizenho, com o consentimento da Dunkeld, para financiar projetos para ajudar o povo de Belize.

Em Eureko B.V. v. República da Polônia, a alegação foi a de que atos e omissões do governo polonês relacionados à privatização da seguradora Powszechny Zaklad Ubezpieczen S.A., bem como sucessivas ações do Ministro do Tesouro da Polônia, afetaram negativamente a governança societária da empresa em que havia sido feito o investimento. À luz do tratado entre o Reino da Holanda e a República da Polônia para o Incentivo e Proteção Recíproca de Investimentos, de 1992, a arbitragem ad hoc iniciada em 2003 encerrou-se por um acordo e o pagamento de uma indenização de cerca de 4,4 milhões de dólares, face ao pedido inicial de cerca de 10 milhões de dólares.

Disputas no campo da desapropriação e em questões societárias ainda não representam as hipóteses mais comuns de utilização da arbitragem pelo poder público no Brasil, mas essa é uma tendência que pode mudar.[12] Os dois exemplos de acordo encontrariam, de fato, sólidos fundamentos no direito pátrio aplicável à Administração Pública. Afinal, parece consentânea com a realidade contemporânea a ideia de uma disponibilidade condicionada do interesse público – uma disponibilidade que se legitima casuisticamente, motivadamente, na linha do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"). Com uma boa compreensão dos princípios da legalidade, indisponibilidade e da supremacia do interesse público, a autocomposição se mostra viável.[13]

Salacuse expõe, como segundo segredo, que a Administração Pública não é a única detentora do poder de negociação nos acordos com entes privados. Uma vez mais, a base de dados analisada acima lhe dá suporte. Isso pode ser inferido da comparação entre o montante originalmente pleiteado na arbitragem e a margem do acordo. Negociar valores e propostas, em tese, é uma capacidade que variará segundo o mérito de cada disputa, não se podendo excluir, no entanto, que elementos metajurídicos, interpessoais e institucionais influenciem os resultados

A terceira parte da fórmula de Salacuse diz que os governos não são unidades monolíticas nas negociações com partes privadas. Segundo o autor, "um departamento ou agência governamental visto de fora parece ser um monólito complexo e impenetrável. Se você vai

10 DUNKELD International Investment Ltd. v. The Government of Belize (Number 1). UNCITRAL Permanent Court of Arbitration. PCA Case n. 2010-13. Disponível em: https://www.italaw.com/cases/361. Acesso em: 7 jun. 2022.

11 Eureko B.V. v. República da Polônia. Procedimento arbitral Ad Hoc aplicando as regras da UNCITRAL, 2003.

12 Desde 2019, a Lei da Desapropriação já prevê a utilização da arbitragem como método de resolução de disputas. Observa-se, por exemplo, seu art. 10, que prevê a opção pela mediação ou pela via arbitral. Além disso, o Estatuto da Petrobras, em seu art. 58, prevê que deverão ser resolvidas por meio de arbitragem as disputas que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais. É importante citar, a esse respeito, os casos MUDES e Stratiotis x União, procedimentos arbitrais perante a Câmara de Arbitragem do Mercado nos quais foi discutido o abuso do poder de controle da União ao colocar na administração da Companhia pessoas envolvidas com esquemas de corrupção.

13 Nesse sentido, Bruno Megna explica que "há plena possibilidade jurídica de a Administração Pública praticar atos consensuais, ante o fato de que, para atingir o interesse público, ela é dotada do poder-dever de contratar, dentro dos parâmetros legais". Assim, o autor encara a legalidade como juridicidade, vez que não se refere somente ao cumprimento da lei em sentido estrito, mas ao ordenamento jurídico como um todo. Além disso, entende que o interesse público é de fato indisponível, mas não representa empecilho para que a Administração disponha de patrimônio público. Ainda assim, sustenta que o princípio da supremacia do interesse público faz com que ele deva ser colocado acima do direito do indivíduo caso haja contraposição (MEGNA, 2015, p.8-10).

conseguir o que quer de um governo, terá que penetrar nesse monólito"[14]. Em contraste com os dois segredos apresentados anteriormente, os dados brutos não dão indícios diretos da realidade sugerida neste terceiro, embora de forma alguma o contradigam.

O quarto segredo do autor dispõe que os governos não buscam apenas promover o interesse público em suas negociações. De fato, todo aquele que busca negociar, seja qual for a matéria, deve estar disposto a promover interesses que não os próprios. Não por acaso, o Código Civil entende que acordos sempre representam concessões mútuas[15], de forma que não podem ser utilizados como mera consolidação dos interesses de uma das partes, devendo essa ser a perspectiva de todos os envolvidos na negociação, até mesmo quando se lida com o Estado.

Nos segredos cinco e seis, o autor sustenta que o governo é suscetível a técnicas de influência por partes privadas e que ele aceita intervenções de terceiros em suas negociações com indivíduos. Em sua obra, Salacuse aponta que o objetivo de qualquer negociador é influenciar o outro lado da maneira desejada e que, para isso, técnicas de influência podem ser utilizadas. Um dos instrumentos para influenciar os governos pode ser, justamente, a utilização de organizações e/ou indivíduos no seu processo de convencimento. Essa "terceirização instrumental" da negociação não é algo que transparece nos dados brutos analisados, mas, de novo, nada da conjuntura revelada por esses dados indica que ela não tenha acontecido nas negociações que se mostraram bem-sucedidas.

Por fim, o sétimo segredo de Salacuse diz que as decisões do governo estão abertas à negociação mesmo depois de tomadas. O otimismo do autor transparece em uma dinâmica que, sob outras condições, poderia ser considerada um atestado de insegurança jurídica. Alterações administrativas que resultem nessa eterna renegociação, na lógica de uma arbitragem, abarcam desde o momento das primeiras "perturbações" contratuais, passando pelo desenrolar do conflito das pretensões. Elas chegam até o derradeiro momento do efetivo pagamento de eventual indenização, inclusive, se for o caso, mediante precatório. Entre essas duas pontas, inúmeras e repetidas negociações podem acontecer, quase sempre havendo uma margem para que, com o devido aporte de informações e argumentos, concessões possam ser feitas. Aqui se está diante de uma situação em que a base de dados não permite visualizar diretamente os efeitos desse postulado, o qual, de resto, é amplamente respaldado pela experiência prática.

3. TENDÊNCIAS BRASILEIRAS

Há vários motivos para se enxergar com reservas as propriedades explicativas que a base de dados consultada possa ter relação com o Brasil. Também é incerto que a experiência de Salacuse seja necessariamente condizente com a realidade brasileira. Apesar disso, e considerando as limitações das conclusões que irei propor neste trabalho, entendo que algumas notas sobre o fenômeno podem auxiliar na pavimentação de pesquisas futuras.

De fato, extrapolar alguns dados internacionais, sem a devida crítica, seria especialmente deletério na temática das arbitragens com o poder público brasileiro. Quatro fatores pesam aqui: (i) seja porque o Brasil é um integrante da comunidade internacional que faz suas próprias escolhas regulatórias acerca do fluxo de capital estrangeiro; (ii) seja porque o Brasil é um Estado nacional dotado de um regramento doméstico próprio para as arbitragens em geral, e especialmente aquelas que envolvam o poder público;[16] (iii) seja, ainda, porque o Brasil possui um aparato administrativo que pode querer ou pode necessitar ser marcado por certas práticas na relação com parceiros privados; (iv) seja, por fim, porque, no Brasil, o mercado propriamente dito de profissionais atuantes em arbitragens tenha características percebidas como mais ou menos desejáveis para certas modalidades de arbitragem: por esses quatro fatores, é certo que o Brasil não comporta, e nem deveria comportar, uma transposição automática e irrefletida dos dados internacionais para quaisquer fins analíticos. Mesmo assim, uma aproximação inicial é possível e útil.

§ Quantitativo de casos. Uma primeira observação advém da própria magnitude do quantitativo dos casos. Em uma comparação bruta, as poucas dezenas de casos brasileiros conhecidos, se por acaso estivessem sujeitos à sistemática internacional, fariam o país despontar como um ator relevante. Ainda que tal número pudesse ser diluído se incluídas arbitragens de outros países que eventualmente não tenham sido contabilizadas pelas mesmas razões que, hoje e a rigor, fazem com que as arbitragens brasileiras não sejam consideradas internacionais, o certo é que os casos brasileiros em hipótese alguma seriam estatisticamente irrelevantes.

Com semelhante nível de litigiosidade arbitral, as práticas administrativas brasileiras poderiam receber um foco específico de toda uma comunidade acadêmico-profissional que, hoje, por acaso, não estuda o país meramente por ausência dessa natureza internacional. Nas condições atuais, esse esforço analítico fatalmente teria um escopo mais restrito. Fora da sistemática internacional, os casos brasileiros não trazem discussões maximamente importantes no Direito Internacional dos Investimentos (notadamente de caráter jurisdicional, tais como sobre o conceito de investimento e nacionalidade, bem como em alguns aspectos de mérito, tais como o do tratamento da nação mais favorecida). Eles trazem, porém, importantes contribuições na extração de standards de mérito sobre como o Estado deve tratar o investidor, na perspectiva de princípios como o do tratamento justo e equitativo, proteção das legítimas expectativas etc.

No que diz respeito aos elementos presentes em tais disputas que possam ter alguma causalidade e/ou correlação como o quantitativo e com as características dos acordos, uma generalização parece cabível.

Remete-se à própria origem da disputa, uma vez que sua análise é pertinente quando se examinam as características dos acordos em arbitragens. Pode ser estabelecido, para fins analíticos, que há uma similaridade de tais fatores segundo a seguinte dinâmica esquemática: para além da controvérsia de mérito propriamente dita, é a materialização de um risco político em contratos de longo prazo que produz as condições para que uma disputa ocorra e escale ao ponto de gerar uma arbitragem. Por risco político se entende não a materialização de um ilícito, classicamente considerado, mas uma alteração do referencial normativo, jurisprudencial ou administrativo. O risco político é geralmente associado a ciclos eleitorais, ou, ainda, a um descompasso entre a posição da Administração e a superveniente realidade fática inerente ao desenvolvimento de um "investimento" – no cenário internacional –; ou à execução de um determinado objeto contratual – no cenário doméstico.

Não bastasse a inevitável dose de risco político, projetos complexos sofrem, por sua própria escala, dificuldades de relacionamento institucional. O método de trabalho da Administração Pública, no Brasil e em outros países, enseja um estado de coisas que venho designando como "tensão permanente". Em ensaio sobre a inclusão de cláusula de métodos alternativos de disputas em contratos com a Administração Pública[17], mencionei que tal tensão é caracterizada pela existência de diversos pontos de discordância, ao longo do tempo, nos mais variados níveis de apreciação administrativa. Essa tensão pode ser observada quando o próprio objeto da relação jurídica tende a extrapolar os limites dos contratos supostamente estáveis e completos. Até mesmo atos praticados por terceiros em detrimento de uma das partes, bem como atos praticados por uma das partes em benefício de terceiros, podem se mesclar e turvar a determinação do que esteja dentro e do que esteja fora do escopo contratual. E mais: ao longo do tempo, é comum que haja, de ambas as partes, desvios de conduta e tolerância a desvios, gerando impasses que vão se agregando às já complexas situações de mérito.

Em complemento, há uma similaridade dos fatores que levam à própria eclosão das disputas e, por isso, estão ligados às circunstâncias que conduzirão, em uma margem relevante, à celebração de acordos para o seu encerramento. Assim, parece haver uma semelhança notável na respectiva estrutura de incentivos. Isso porque, tanto no cenário internacional, como na realidade brasileira, prevalece uma natureza tecnicamente complexa dos temas debatidos pelas partes e um interesse de ambas na definição da relação jurídica subjacente. Tanto mais complexo seja o mérito da controvérsia, maior o grau de incerteza sobre o desfecho a ser alcançado por meio de uma solução heterônoma; tanto mais complexa seja a respectiva relação jurídica subjacente, maior o interesse no acordo.

Por fim, é preciso afirmar que, no Brasil, há um arcabouço jurídico – e, em paralelo, um avanço da cultura da consensualidade – que, ao menos em tese, fornece as bases para que os acordos possam ser negociados, celebrados e executados com a devida segurança. O

14 SALACUSE, Jeswald W. Seven Secrets for Negotiating with Government: how to deal with local, state, national, or foreign governments-and come out ahead. New York: Amacom, 2008. p. 76

15 Art. 840 do Código Civil: É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

16 "O termo arbitrabilidade no Direito é dotado de um sentido razoavelmente preciso: significa a possibilidade, à luz da legislação nacional, de submissão de um dado conflito à arbitragem, ou seja, a permissão conferida pela ordem jurídica de que a controvérsia seja resolvida perante um juízo arbitral" - BATISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP, parecer. RDA: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 251-318, maio/ago. 2017.

17 DIAS, Bruno Fernandes. Standards na Alteração de Contratos Regidos pela Lei 8.666/1993 para a Inclusão de Cláusula Prevendo Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias. Revista do TCE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 24-37, jul./dez. 2020.

fio condutor aí parece estar na releitura do princípio da legalidade ao longo de alguns marcos temporais mais ou menos consolidados, com a prevalência de uma noção não muito restritiva do conceito de "direitos patrimoniais disponíveis". Essa releitura afeta diversas áreas do direito público e, especificamente na matéria aqui discutida, encontrará guarida no art. 28 da Lei de Arbitragem, que prevê que "se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral", adquirindo força de título executivo.[18]

Prova disso é que o poder público brasileiro tem se valido não apenas de cláusulas compromissórias, mas também de compromissos arbitrais celebrados após o surgimento do conflito. Essa é circunstância diretamente indicativa da segurança do arcabouço jurídico e do avanço da cultura da consensualidade. Fica transparente que a Administração Pública está preparada para enquadrar controvérsias "amadurecidas", às vezes até já judicializadas, como estando relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis. Isso não deixa de ser notável, considerando a tendência conservadora dos agentes públicos, sobretudo quando receosos dos órgãos de controle. Por sua vez, a natureza dos contratos em torno dos quais giram as disputas – geralmente, PPPs ou concessões de obras e serviços – revela a propensão técnica a que soluções de consenso acerca de temas como o reequilíbrio econômico-financeiro e indenizações sejam alcançadas.

4. DESAFIOS PARA CONVENCER AS PARTES A CELEBRAREM UM ACORDO

Uma coisa é demonstrar que, no cenário internacional, os Estados têm se valido frequentemente, em variadas hipóteses, de acordos em arbitragens de investimento, e que há condições e razões para que tal tendência se consolide também no Brasil. Outra coisa é convencer as partes de que tal solução seria possível e recomendável em um caso concreto. Aliás, a mentalidade administrativa, conservadora e receosa dos órgãos de controle pode ser influenciada pela premissa do "tudo ou nada". Ou o acordo é perfeito, encerra a arbitragem, e permite a imediata implementação de um determinado desígnio administrativo, ou não haverá um acordo, e os efeitos concretos sobre a relação jurídica subjacente quase deixam de ser um problema, já que a "matéria está em discussão".

O principal fator para que um acordo seja entabulado parece ser o de um equilíbrio, em si mesmo imponderável a priori e abstratamente, entre as pretensões do requerente e os elementos de defesa do requerido. Diante da larga base de pedidos que costuma figurar nesses casos, pode-se imaginar uma diferença no nível de resistência do poder público em relação às várias causas de pedir. Por sua vez, a maior inclinação a eventualmente reconhecer um ou alguns dos pedidos não obedece a qualquer fórmula da qual se possa depreender uma "taxa de consensualidade".

Conceitualmente, alguns modelos comportamentais até podem ser construídos para descrever a estrutura de incentivos que incide sobre as partes, mas inúmeras circunstâncias acidentais do caso concreto poderão operar como facilitadoras ou inibidoras de tal desfecho. Basta imaginar que pedidos de grandes proporções econômico-jurídicas podem assustar o requerido e induzi-lo a um acordo. Ao mesmo tempo, pedidos com essa natureza implicarão um alto risco para o requerente. Pedidos menores podem tornar mais trivial uma negociação, mas, ao mesmo tempo, reduzir o escopo da disputa a um aspecto tão específico que o grau de confiança das partes é alto o suficiente para suportar os riscos envolvidos em aguardar uma sentença. As peculiaridades do caso que tornam possível um acordo só podem ser mesmo conhecidas a posteriori.

Esse equilíbrio de pretensões, mais ou menos insondável, não conta sequer com uma segurança que possa estar atrelada a entendimentos jurisprudenciais. Mitigada em se tratando de arbitragens, a análise de precedentes não conta com uma vinculação, em sentido estrito, dos tribunais arbitrais à orientação de mérito dos tribunais estatais. E, mesmo que houvesse tal vinculação, a ausência de instrumentos recursais tornaria pouco efetiva a pretensão de corrigir equívocos de aplicação do direito de uma instância inferior por meio da devolução da matéria a uma instância superior.

Similarmente, tampouco existe uma articulação institucional entre um tribunal arbitral e outros que venham a julgar uma questão similar em momento posterior. Assim, decisões arbitrais – quando se tornam conhecidas, o que já é desenhado para não acontecer – servem, no máximo, de elemento persuasivo para árbitros. Tudo isso gera, de um lado, uma grande flexibilidade para a celebração de acordos, e, ao mesmo tempo, eleva as exigências de fundamentação, diante dos riscos e especificidades do caso concreto.

O que se pode afirmar é que, para que uma arbitragem envolvendo o poder público possa sequer se iniciar, é porque a disposição das partes de litigarem até o fim é, no mínimo, uma hipótese a ser tomada como plausível. A configuração que sustenta essa afirmação terá sido arquitetada e construída com bastante antecedência. Cruzado um determinado ponto de não retorno ainda na esfera administrativa – e geralmente, contratual –, o poder público normalmente fixa seu posicionamento em premissas técnicas e jurídicas que dificilmente são revisadas na hierarquia administrativa. Em contrapartida, a parte privada, ao não concordar com tais premissas, entenderá que os prejuízos daí advindos são relevantes o suficiente para justificar um litígio até o fim.

Assim, a presente Seção não pretende assinalar quando estarão dadas as condições para que um acordo se apresente como oportuno ou inoportuno. Pretende-se indicar apenas alguns aspectos práticos das condições básicas que, tipicamente, devem estar presentes para que as negociações se iniciem e se desenvolvam. Também irei explorar algumas características recomendáveis dos próprios termos negociados, as quais podem conferir segurança jurídica a um ato que, ainda hoje, é visto com certa desconfiança.

§ *Valor intrínseco da segurança jurídica* e da consensualidade. Para os fins estritos de uma verificação da aderência do comportamento de agentes públicos e de seus parceiros privados ao ordenamento jurídico como um todo, e ao regramento administrativo em particular, parece possível sustentar que há um valor intrínseco na segurança jurídica alcançada por uma atitude de concertação administrativa em busca de resultados consensuais para situações litigiosas. O legislador deixou esse postulado positivado no art. 26 da LINDB. Ali se dá o respaldo normativo para que o poder público celebre "compromisso com os interessados" com o objetivo de "eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público".

O desafio é o de, partindo desse permissivo legal, consolidar entre os indivíduos envolvidos na decisão a percepção de que, no caso concreto, um acordo é um caminho a ser seguido. Pode haver, e normalmente há, uma dispersão de opiniões entre o gestor e sua assessoria técnica, passando pelo agente político relevante, e abarcando, também, os integrantes do órgão de assessoramento jurídico. Há pouco o que se fazer para evitar essa dispersão de opiniões e, como bem mencionou Salacuse, a Administração Pública não deve mesmo ser um monólito. Se não se estivesse falando, afinal, de uma controvérsia relevante, nem se teria chegado a uma arbitragem; e não se chega a uma arbitragem com o poder público sem que antes se tenha travado algumas batalhas.

Há, nessas batalhas, algo de dramático, algo que extrapola a ciência jurídica para se embrenhar nos fundos remotíssimos da psicologia. Na minha opinião, situa-



18 "É verdade que não haveria necessidade de homologação pelo árbitro – sequer no processo judicial existe essa necessidade – para a validade do acordo, posto que a homologação não é requisito da transação. Todavia, as partes podem conferir eficácia de título executivo judicial ao transigirem, nos termos do Código de Processo Civil [art. 515]". (SCAVONE JÚNIOR, 2018, p. 213)

ções em que um litígio venha se arrastando por anos apenas são sanadas, de uma vez por todas, por um acordo, quando haja algum tipo de reconhecimento de um erro. Podem ser agregados a esse erro elementos de uma inovação técnica ou até mesmo de uma alteração econômica relevante. No final do dia, pouca clareza haverá para distinguir tais situações, e fatalmente se haverá de constatar que o contrato foi imperfeitamente concebido e/ou foi executado com incompetência.
Do ponto de vista do conforto psicológico das pessoas envolvidas nessa tomada de decisão, os fatores que conduzem a um acordo podem até ser coerentes em termos de um mero encadeamento causal. Eles não serão necessariamente considerados uma escusa quando o assunto for a responsabilização pessoal quanto aos valores que o poder público deva pagar em razão do acordo.
Em suma: um alto apreço pela segurança jurídica e pela consensualidade, por mais nuanças que existam na percepção e aplicação desses princípios, é uma condição essencial para o avanço de um acordo.

§ *Olhar global* das finanças públicas em um cenário de escassez de recursos. A escassez de recursos pelo poder público é, não raro, a causa do surgimento de uma disputa, podendo ser, em última análise, também o mais decisivo fator para a celebração de um acordo que a encerre.
Considere-se o cenário de um contrato com regras relativamente claras, e que seja executado por partes tecnicamente capazes. Mesmo um "contrato perfeito" e partes colaborativas podem se desintegrar rapidamente se houver problemas de pagamento, colapsando em um caminho sem volta e em aspectos que acabarão por ultrapassar as questões meramente remuneratórias. Imagine-se que, no momento da execução do contrato, as faturas encaminhadas deixem de ser pagas a tempo, ou sejam pagas com glosas unicamente voltadas a uma "conta de chegada" baseada no dinheiro disponível; ou, ainda, e até mesmo de forma consensual, que as partes passem a executar o contrato "a menor" justamente por notar que o poder público dispõe de um montante inferior àquele inicialmente contratado.
Se, por um tempo, as pretensões podem permanecer latentes, tudo isso amadurecerá e será objeto de releituras técnico-jurídicas quando finalmente a arbitragem for instaurada. A natureza do litígio, com toda probabilidade, ganhará camadas de complexidade. Já não se falará unicamente em um mero complemento do pagamento, mas, sim, em infringência às bases técnicas das obrigações das partes. Ao assim degringolar, a disputa certamente abrangerá diversas cláusulas, e a imputação de responsabilidade perpassará por uma abrangente análise de nexo de causalidade. No limite, e desde que atendidos alguns requisitos específicos[19], o pleito agregará aspectos da própria recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.
No entanto, da mesma forma que as finanças públicas podem estar na origem de uma disputa, elas também podem ser um dos fatores de convencimento para a realização de um acordo. Ao encarar uma possível condenação em valor "cheio", e conseguir um acordo que viabilize um considerável desconto, evidentemente o gestor terá preenchido um requisito inicial da demonstração da vantajosidade de sua opção discricionária.
É verdade que tal postulado não pode ser aplicado de maneira simplória, pois será necessário um juízo qualificado sobre a perspectiva de êxito das teses do contratado. Uma vez que tal juízo seja empreendido, de todo jeito, a decisão do gestor passa a ter por objeto tanto a aceitação como a própria recusa de uma proposta. O olhar global das finanças permitirá ao gestor, então, apontar e fundamentar que o valor da possível condenação pode ser mais bem empregado em outras atividades públicas, e que o custo/benefício do acordo é atrativo.
Penso mesmo que, ao considerar as bases econômico-financeiras de um acordo, a Administração Pública não deveria fechar os olhos para os efeitos que a própria disputa possa ter causado na contraparte. Nas circunstâncias de uma arbitragem, é de todo possível que as condições econômicas do contratado sejam severamente impactadas pelas circunstâncias alegadamente ocasionadas pela Administração.
Se se estiver cogitando de um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, é de todo provável que o "contrato" já não suporte o prolongamento de um estado de penúria. Mais tecnicamente, é provável que a parte contratante seja uma sociedade de propósito específico ou um consórcio, valendo-se de instrumentos legais de limitação da responsabilidade que limitam também a capacidade financeira de suportar certos prejuízos ou arcar com determinados pagamentos. O simples parcelamento e/ou compensação de valores que as partes possam ter que pagar entre si, dessa forma, pode ser uma ferramenta interessante para viabilizar um acordo.

19 São eles: a superveniência do evento; a imprevisibilidade à luz da partilha de riscos; a ocorrência de profundas alterações das obrigações do contratado; e ausência de conduta culposa do contratado. MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12. ed. Dialética, 2008. p. 707.

Em suma: partindo-se de um juízo qualificado sobre as perspectivas de êxito dos argumentos das partes e sobre as alternativas de aplicação dos valores envolvidos, um olhar global das finanças públicas pode informar a demonstração da vantajosidade do acordo.

§ *Realização de concessões mútuas* e não apenas a consolidação de um estado de coisas. O art. 840 do Código Civil, que inaugura o capítulo do negócio jurídico da transação, é expresso ao positivar que "é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas". A disciplina é complementada pelo art. 841, o qual estabelece que "só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação."
A princípio, o legislador estaria mais preocupado com a natureza dos direitos e com o resultado da transação – isto é, a prevenção ou término de um litígio – do que com um possível equilíbrio e proporcionalidade do escopo das respectivas concessões. De fato, sobretudo na esfera privada, pouco importa para a caracterização de uma transação se uma pretensão inicial do autor cai de 100 mil reais para 95 mil ou 30 mil reais. No setor público, entretanto, a adequação dos termos do acordo passa por um escrutínio técnico-jurídico que exige uma devida motivação, sendo recomendável que a margem das concessões realizadas atenda a categorizações fático-jurídicas dotadas de alguma racionalidade.
Seria um exercício de futilidade exigir que, para fundamentar um acordo, o gestor tenha que se manifestar sobre cada causa de pedir como se fosse um árbitro julgando o respectivo mérito. Transacionar, afinal, é algo feito justamente para evitar que sejam enfrentados todos os fatos, provas e teses. O postulado que se está propondo aqui busca orientar a motivação do arranjo final, no sentido de que fique demonstrada a efetiva concessão de parte a parte, com real impacto no escopo das pretensões.
Uma referência normativa útil, ainda que bastante genérica, é da regulamentação do próprio art. 26 da LINDB. O art. 10 do Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019, faz menção à "presença de razões de relevante interesse geral". Ali se sugere que, materialmente, a solução seja "proporcional, equânime e eficiente" e, pela via negativa, que não confira "desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral".
Em termos práticos, é provável que as negociações se façam em torno de uma cifra financeira, a qual, uma vez alcançada, satisfaça aos interesses das partes. A se evitar é o estado de coisas em que o acordo seja um mero instrumento para revestir de juridicidade uma dada situação fática de descumprimento de deveres. E mais: seria incompleto e disfuncional um acordo que, de um lado, não cuidasse de sanções pretéritas ou inadimplementos pendentes; por outro lado, seria francamente irrealizável uma negociação da qual as partes pretendessem guardar, em cada tema, uma coerência intransigente com as mesmas premissas fático-jurídicas que vinham defendendo na arbitragem. Daí porque a atribuição ou exclusão de responsabilidades estarão muito mais vinculadas àquilo que foi atingido como resultado das negociações, e menos àquilo que serviu de base para as teses de defesa das partes.
Em suma: a realização de concessões mútuas deve, sem chegar ao ponto de se basear em um julgamento de todos os fatos, provas e teses, alicerçar-se em uma motivação das respectivas categorias fático-jurídicas contempladas nas bases do acordo.

§ *Celebração enquanto a opção mantiver um potencial benefício para ambas as partes*. O aspecto temporal de uma negociação talvez seja um dos mais cruciais. Passa-se pelo marco inicial em que as expectativas das partes foram criadas em torno da celebração, execução e remuneração decorrente de um contrato, chegando ao marco da ocorrência dos problemas que deram origem ao litígio. Por fim e mais especificamente, adentra-se o momento do preparativo para a instauração de uma arbitragem e a prática de atos processuais de acordo com o respectivo calendário.
As perspectivas de cada parte no curso desses marcos sofrem significativas alterações, inclusive no que diz respeito à reação psicológica do adversário quando uma parte adota certas posturas e alega certos argumentos.[20] Sem dúvida, o pedido de instauração da arbitragem já coloca a questão em termos oficialmente

20 Sobre o assunto, Bruno Megna acertadamente expõe que: "por exemplo, uma sessão de mediação pode servir para "mapear: o conflito, indicar pontos de consenso (= descoberta de ausência de conflito), indicar pontos de barganha (quando possível) e indicar pontos de efetivo dissenso. A partir daí, pode-se seguir com diferentes encaminhamentos para cada um desses pontos, como a celebração de acordo ou por levar o caso a julgamento judicial ou em arbitragem, caso em que já se terá diminuído o escopo (e os custos) daquilo que será levado a julgamento e já se terá mais clareza e maturidade sobre aquilo a ser argumentado perante os julgadores. Não por acaso, os contratos de modelo FIDIC, frequentemente encontrados no âmbito das PPPs, "preveem a utilização de quatro instâncias de decisão: (i) o contratante ou engenheiro consultor; (ii) o Dispute Board; (iii) a negociação; e (iv) a Arbitragem" (MEGNA, 2021, p. 312).

contenciosos – mas é preciso atentar que, geralmente, pela natureza da disputa, e em razão de certas características da respectiva cláusula compromissória, há um lapso temporal entre o surgimento da disputa e o seu amadurecimento para uma discussão em sede de arbitragem. Muitas cláusulas adotam até escalonamento dos métodos de solução de disputas, abrindo espaço ou exigindo a prévia mediação.

Na lógica do art. 19 da Lei de Arbitragem, entre o pedido de instauração e a instituição da arbitragem, os desembolsos financeiros necessários para que o procedimento ocorra vão se acumulando. Embora a prática geral seja a de que, na falta de uma regra específica, as despesas sejam compartilhadas entre as partes, vem se consolidando no Brasil a sistemática de que, nas arbitragens com o poder público, o particular, quando requerente, se responsabiliza por seu adiantamento.[21] Não deixa de pesar aí, na perspectiva temporal, o fato de que o patrocínio do poder público é feito, normalmente, pela Advocacia Pública, cujos custos são diluídos no orçamento. O particular, por outro lado, normalmente busca os serviços específicos de um advogado. Como a celebração do termo de arbitragem pode levar ainda algumas semanas ou meses, a ultimação dos atos processuais, postulatórios e instrutórios, costuma ultrapassar o período de um ano.[22]

Esquematicamente, sob a premissa de que todas as etapas para que a instituição da arbitragem e seu desenrolar ocorram, o encerramento da fase postulatória (em geral, alegações, resposta, réplica e tréplica) é uma primeira referência importante para que eventuais negociações possam acontecer. Trata-se do período em que o "clima" litigioso ainda está presente e, em todo caso, é também a fase em que a extensão dos argumentos da contraparte vai se tornar mais bem conhecida.[23]

A fase instrutória, especialmente a oitiva de testemunhas e/ou a realização de perícia, configura um segundo marco. Mais fatos, documentos e perspectivas sobre o mérito da disputa acabam vindo à tona, levando as partes a reexaminar suas chances de êxito. E, se não bastasse isso, tais atos processuais representam mais desembolsos financeiros, o que pode afligir a parte que não disponha de recursos imediatamente. Em todo caso, a preocupação acaba sendo compartilhada pelas partes, considerando a perspectiva de uma eventual condenação final.

Outro marco relevante em que se abre uma janela de oportunidade para uma negociação é o do encerramento dos atos processuais das partes, quando se passa a aguardar a sentença. Pesará aí a noção de que nenhum outro argumento pode ser ventilado para o convencimento dos árbitros, toda a evolução do caso sendo colocada em perspectiva.

Em suma: os incentivos e desincentivos à negociação mudam de patamar no curso de alguns marcos temporais, destacando-se o do encerramento das fases postulatória e instrutória. As partes serão usualmente mais abertas a negociar após conhecerem os argumentos da contraparte ou quando se derem por encerradas as suas oportunidades de argumentar.

§ *Regularização de futuros relacionamentos jurídicos entre as partes*. Em uma situação inteiramente privada, a menos que haja algo absolutamente corriqueiro e pontual em um contexto de grande interação comercial entre duas empresas, espera-se que partes que estejam envolvidas em uma disputa arbitral tenham alguma relutância em se engajar em novos relacionamentos jurídicos. No contexto público, o legislador torna mais objetivo o parâmetro dessa relutância.

Com frequência, contratar não é uma escolha autônoma e livre do gestor e, sim, uma imposição prática de uma política pública que deve ser executada por mandamento constitucional. E mais: a decisão sobre quem será contratado, pela materialização do princípio da impessoalidade, é tomada com uma preocupação muito mais procedimental do que finalística. Desse modo, uma pessoa jurídica com quem a Administração possua a mais acerba disputa pode ser a mesma pessoa jurídica com quem novos bens ou serviços devam ser contratados.

Um efeito direto de um acordo, e talvez uma de suas grandes vantagens, é precisamente viabilizar um acerto de contas prospectivo. Na prática, ou o particular é considerado inidôneo para contratar, o que pressupõe um procedimento formal, ou inexistem razões para que a ele não seja adjudicado um objeto contratual, caso ele se sagre vencedor em uma licitação. No dia a dia da Administração Pública, principalmente se se estiver falando de uma arbitragem, as situações práticas são mais convolutas.

A dificuldade maior está na inconclusividade de certos posicionamentos. O procedimento de declaração de inidoneidade pode não haver sido concluído. Apesar de isso até dar certa margem às partes, as razões para uma eventual declaração já podem ter sido apuradas e formalizadas em um processo administrativo. Se assim for, é compreensível que haja, no mínimo, um desconforto diante do risco de o acordo ser questionado.

Além do mais, por razões técnico-jurídicas, o eventual novo relacionamento pode ser formatado não sob as bases de uma licitação impessoal, mas, sim, sob um complicado aditivo, ou em função de uma contratação direta. Pense-se aí em uma concessão de muitos anos ou em uma obra pública que deva ser finalizada. Com o nível de escrutínio e de exposição do gestor aumentando, pode-se ficar tentado a forçar um acordo tão benéfico ao poder público que o incentivo para o particular acabe desaparecendo.

Essas variáveis pressupõem uma análise técnico-jurídica e política que, a rigor, influenciam a própria vantajosidade do acordo. Aqui, inevitavelmente haverá um forte casuísmo, pois um acordo que pode fazer sentido com a empresa X pode não fazer sentido com a empresa Y. Pode até acontecer de um acordo com a empresa X fazer sentido na situação A, mas não na situação B.[24]

É certo que, se as partes negociam já tendo o objetivo de "passar a limpo" os problemas anteriores de modo a permitir, ou já iniciar de pronto, um novo relacionamento, essa motivação pode constituir um dos elementos da análise de vantajosidade. Uma vez mais, sanções pretéritas ou inadimplementos pendentes precisarão ser endereçados, com atribuição ou exclusão de responsabilidades. Bem-sucedida que seja a negociação, dificilmente algo de útil poderia ser concebido pelas partes sem que seja necessário formalizar uma alteração no status quo.

Em suma: permitir, por meio de um acordo, a regularização de relacionamentos jurídicos futuros entre as partes, é um fim legítimo. Seu equacionamento prático deve levar em consideração o estágio de exaurimento de apurações administrativas e a manutenção dos incentivos às partes.

§ *Diminuição dos consectários legais devidos pelo Estado*. A maior parte das arbitragens envolvendo o poder público tem – e nada indica qualquer mudança de tendência – a Administração no polo passivo. Fruto, essencialmente, do arranjo imposto pelo princípio da autotutela, esse estado de coisas influencia marcadamente o escopo das negociações de um acordo. Mesmo com uma arbitragem em curso, faltará interesse à Administração para buscar amparo em uma decisão arbitral quanto à prática de algum ato que ela possa, em sede administrativa, levar a cabo sem embaraços.

Por sua vez, o pedido do particular em face do poder público geralmente remontará a um distante passado e a uma quantidade significativa de ocasiões em que a Administração terá se valido da autotutela para direcionar a execução do contrato. Portanto, a eventual condenação, com toda probabilidade, abarcará vultosos valores a título de atualização do principal.

No mais das vezes, o objeto da controvérsia será uma indenização por perdas e danos relativa a alegações que já foram formuladas pelo interessado e rejeitadas, seja para negar pura e simplesmente um pleito, seja para manter o status quo sob condições que o particular considere indevidas. Mais raramente, e representando um desafio maior, a controvérsia pode conter

21 O Decreto nº 46.245/2018 do Rio de Janeiro impõe em seu art. 9º que as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento. Da mesma forma, o art. 4º, §1º, 5. do Decreto nº 64.356/2019 de São Paulo dispõe que as convenções de arbitragem deverão conter o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem. O Decreto nº 10.025/2019 da União segue a mesma linha, pois seu art. 9º também prevê que as custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado.

22 Dados divulgados pela Câmara de Arbitragem do Mercado em 2020 demonstram que o tempo médio de duração dos procedimentos arbitrais por ela administrados é de 36 meses, do requerimento até a sentença ou pedido de esclarecimentos, e de 25 meses, a partir da assinatura do termo de arbitragem. Dentre os procedimentos administrados pela câmara naquele ano, 13 envolviam a Administração Pública direta ou indireta. (CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. Estatísticas 2020. p. 5; 10; Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2020-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf Acesso em: 31 maio 2022)

23 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Teoria geral da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 51.

24 É claro que a matéria pode ser problematizada juridicamente. Bruno Megna, por exemplo, levanta a questão da disponibilidade orçamentária como especialmente relevante no cenário dos acordos firmados com o Estado. Quando se trata do orçamento público, firmar um novo acordo pode diminuir a capacidade financeira de se cumprir com outro. Condicionantes extrínsecas dessa natureza se conformam mais ou menos claramente em limitações mais abrangentes, de caráter até principiológico, que orbitam o rol de preocupações a serem endereçadas pelas partes negociantes: isonomia, impessoalidade, economicidade e transparência. O autor bem destaca que uma política pública mais geral de consensualidade exige, para ser legítima, "sérias e metódicas pesquisas quantitativas e qualitativas, valendo-se da estatística, da jurimetria, e de outros dados com aceitável precisão que revelem os resultados que se quer obter com a política de solução de conflitos adotada." Essa orientação, acertadíssima, não significa que, a cada caso concreto essa demonstração tem que ser feita cabalmente, mas que, como indica o próprio autor em outra obra, a "formação da vontade administrativa consensual". (MEGNA, 2021, p. 302-303)

elementos novos que mal chegaram a ser debatidos na via administrativa. Se, de um lado, essa última hipótese coloca em dúvida a própria possibilidade de a matéria poder ser discutida na arbitragem, ela tende a diminuir a ancoragem das partes em suas posições pretéritas, inclinando-se a aumentar a abertura para acordos.
Uma vez que esses elementos sejam quantificados, é de todo provável que eles ganhem destaque entre os próprios pontos de barganha. Nas discussões sobre as parcelas de atualização pode entrar, igualmente, a perspectiva – a qual envolve certa controvérsia doutrinária que eu não enfrentarei – de que as obrigações de pagar do poder público, inclusive aquelas relacionadas a acordos arbitrais, sejam quitadas mediante precatório. A rigor, o peso da atualização do principal até o momento do precatório – para não falar da própria submissão do acordo a tal sistemática – poderia ser levado em consideração pelo gestor para justificar a vantajosidade.
Os consectários legais envolvem, por fim, as "custas e despesas" da arbitragem, na dicção do art. 27 da Lei de Arbitragem. Aí estão incluídos os honorários advocatícios, os honorários dos árbitros, os custos da instituição arbitral e outras despesas com a defesa que o Tribunal poderá considerar na condenação. Assim, no momento da celebração do acordo, tais valores entram no cômputo geral dos elementos que "estão na mesa", dadas as expectativas de acréscimo aos valores a serem desembolsados por conta de uma sentença.
Em suma: o só fato de haver uma arbitragem pode agregar aos pontos de barganha um conjunto de consectários dos valores devidos pelo poder público, os quais podem e devem ser incorporados à análise de vantajosidade.

§ *Celebração quando haja elementos que sugiram eventual irregularidade na formação do crédito.*
Disputas arbitrais podem, em tese, se limitar a uma divergência de interpretação do direito ou dos fatos estritamente contratuais. Pela realidade econômica em que se inserem, e pela forma de agir da Administração em face de prolongadas divergências interpretativas com seus contratos, o cenário mais provável é bem mais nuançado. No momento em que um acordo é cogitado, diversos atos administrativos de reação aos fatos que originaram a disputa já podem ter sido praticados. Eles ainda terão uma base contratual, mas provavelmente abarcarão temas e formas administrativas autônomas, os quais precisarão ser examinados e, em alguma medida, superados. Necessário, para isso, é um cuidadoso cotejo que, de um lado, observe a autotutela administrativa e, de outro lado, respeite e dê efetividade à cláusula compromissória.
Modificando ou extinguindo direitos, esses atos podem até não ter gerado preclusão ou coisa julgada, mas, até mesmo por conta de elementos psicológicos, sua formalização pode constituir um sério entrave às negociações. Obviamente, o conteúdo desses atos é o fator determinante. Uma posição de que haja irregularidades sancionáveis na conduta do contratado ou, quando menos, uma posição de que não há qualquer irregularidade na conduta do Estado, já seriam suficientes para levantar a questão se um eventual acordo não incorreria no acolhimento de uma ilicitude.
O que tudo isso problematiza é a questão de saber, em uma situação em que existam elementos sugerindo que o crédito do contratado foi formado mediante algum tipo de irregularidade, se, ainda assim, um acordo seria cabível. Na realidade do poder público, tais "irregularidades" podem ser as mais variadas. Seu regime jurídico é multifacetado e amplo demais para poder ser exaurido aqui, podendo-se imaginar um indício de cartel ou pagamento de propina no bojo de uma contratação direta, passando por uma dolosa ocultação e/ou falsificação de documentos no curso da execução do contrato. Entendo que acordos podem ser feitos, desde que a motivação seja qualificada, inclusive com amparo específico na legislação do "microssistema brasileiro de combate à corrupção".
Se se estiver no campo da improbidade, a necessidade de intervenção judicial para caracterizar o "enriquecimento ilícito", o "prejuízo ao erário" ou o atentado "aos princípios da Administração Pública"[25] agrega um fator de dificuldades às negociações. É esperado que haja uma concomitância de instâncias, pois dificilmente o particular aguardaria, para instaurar a arbitragem, o exaurimento dos procedimentos administrativos e/ou judiciais tendentes a apurar e responsabilizar por tais fatos.
Aliás, não apenas não parece haver fundamento legal para semelhante limitação às prerrogativas das partes de submeterem uma disputa à apreciação de um tribunal arbitral, como também parece ser lógico que haja uma coincidência entre alegações e contra-argumentos. Embora possa ser questionável a arbitrabilidade de certas questões, pode acontecer, até mesmo, de a decisão final da Administração constituir o próprio objeto da arbitragem. Uma vez mais, se não houvesse razoabilidade em pelo menos parte das alegações de cada lado, a disputa nem teria chegado ao ponto de uma arbitragem e o interesse em um acordo seria inexistente.
Qualquer que seja o estágio dos procedimentos administrativos e/ou judiciais, o risco das negociações é patente. Em tese, a menos que se trate especificamente de uma alegação de que houve somente um vício na própria inserção da cláusula compromissória no contrato, nenhuma ilegalidade do ou no contrato seria suficiente para afastar a competência do Tribunal Arbitral e, portanto, afetar a legalidade do eventual acordo. Mesmo no cenário hipotético em que isso acontecesse, a materialidade da relação jurídica entre as partes ainda exigiria algum desfecho, pois, na linha do art. 59 da Lei Federal nº 8.666/93, e dos arts. 147 e ss. da Nova Lei de Licitações, a nulidade dos contratos não exonera a Administração do dever de indenizar. O importante, na minha opinião, é distinguir situações em que o enfrentamento das irregularidades é transparente e objetivo, com a devida informação ao Tribunal, daquelas situações em que as partes escamoteiam a intenção de tornar o próprio acordo o instrumento da irregularidade.
Em suma: quando existam atos administrativos em curso com indícios de irregularidades na formação do crédito do particular, a celebração de acordos exige uma fundamentação qualificada, na medida da correta aplicação do art. 59 da Lei Federal nº 8.666/93, e dos arts. 147 e ss. da Nova Lei de Licitações.
§ Suspensão do procedimento arbitral em curso. Por fim, cabe uma nota sobre um aspecto procedimental. Por diversas características já discutidas, a celebração de um acordo exigirá um considerável tempo de negociação. Se, como apontou Salacuse, as decisões governamentais, uma vez tomadas, não estão realmente tomadas a ponto de impedir uma negociação, ainda que as discussões girem em torno de aspectos marginais da relação jurídica, arbitragens lidam com um dado praticamente peremptório: o marco temporal da prolação da sentença.
O papel dos árbitros como juízes de fato e de direito, fundado no art. 18 da Lei de Arbitragem, alcança seu ápice por meio de uma sentença que não fica sujeita a recurso e nem a homologação pelo Judiciário. A data desse evento, portanto, é relevantíssima, tanto mais quanto as partes hajam estabelecido um calendário e um prazo máximo para que os árbitros se desincumbam desse encargo.[26] Uma vez que a sentença seja proferida, a incerteza sobre o desfecho do mérito já não mais funciona como um incentivo a uma solução consensual, muito embora se possa conceber, em tese, que um diálogo seja estabelecido após uma sentença parcial ou no curso do prazo de um pedido de esclarecimentos.
A suspensão do procedimento é uma medida que as partes poderão pleitear ao Tribunal para que sejam entabuladas as negociações, como uma manifestação do princípio da anuência que impera na própria utilização da arbitragem. Sem dúvida, é preciso demonstrar que a prerrogativa esteja sendo utilizada de maneira legítima e bilateral, não se tratando de um mero desejo que uma das partes possa impor à contraparte e ao Tribunal. Se, para os fins de um pedido de suspensão, a efetividade da negociação não parece ser uma circunstância a ser, de largada, documentalmente comprovada, sucessivas suspensões que se arrastem por meses ou anos poderão ter que ser motivadas. Do contrário, a eventual descaracterização de uma motivação para a suspensão poderia levar o Tribunal a prosseguir, conforme o calendário ou, no limite, a extinguir a arbitragem sem julgamento de mérito.
Em suma: é compatível com o princípio da anuência e com a consensualidade a prerrogativa das partes de suspenderem o procedimento arbitral para entabularem negociações, podendo o Tribunal, em hipóteses excepcionais, exigir a demonstração da seriedade das negociações, sob pena de prosseguimento do feito, conforme o calendário, ou, no limite, de extinção da arbitragem sem julgamento de mérito.

25 A Lei de Improbidade (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) dispõe: Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...]
Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...]
Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...]

26 No Brasil, art. 23 da Lei de Arbitragem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve síntese, o presente ensaio buscou explorar a formação de acordos em procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, apresentando tendências nacionais e internacionais na construção de acordos. Ainda, visando a conferir um tom prático às discussões teóricas, foram trazidos dados compilados que ajudaram a ilustrar o panorama da autocomposição durante arbitragens com o poder público. Com base nessa análise, foi possível notar padrões e desafios da formação de acordos na prática.
O convencimento das partes perpassa os seguintes eixos.

§ *Valor intrínseco da segurança jurídica e da consensualidade*. Um alto apreço pela segurança jurídica e pela consensualidade, por mais nuanças que existam na percepção e aplicação desses princípios, é uma condição essencial para o avanço de um acordo.
§ Olhar global das finanças públicas em um cenário de escassez de recursos. Partindo-se de um juízo qualificado sobre as perspectivas de êxito dos argumentos das partes e sobre as alternativas de aplicação dos valores envolvidos, um olhar global das finanças públicas pode informar a demonstração da vantajosidade do acordo.

§ *Realização de concessões mútuas e não apenas a consolidação de um estado de coisas*. A realização de concessões mútuas deve, sem chegar ao ponto de se basear em um julgamento de todos os fatos, provas e teses, alicerçar-se em uma motivação das respectivas categorias fático-jurídicas contempladas nas bases do acordo.

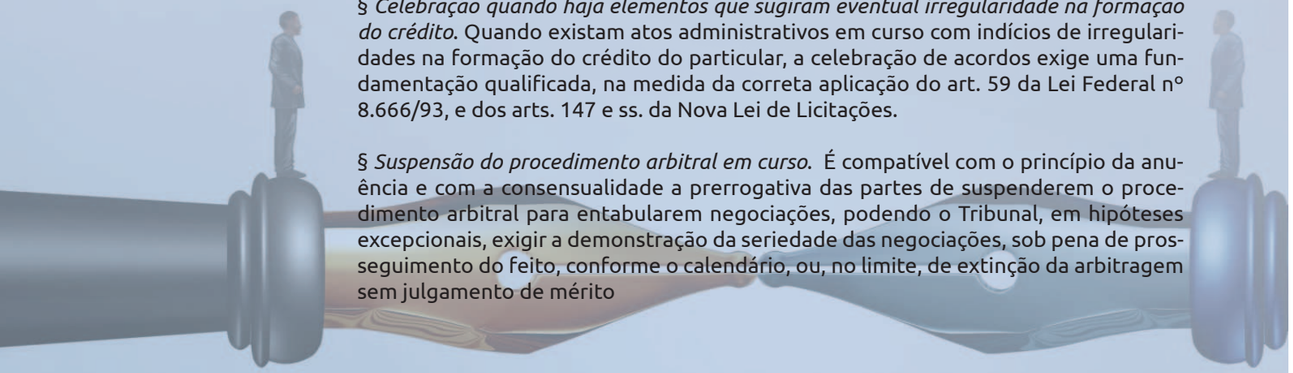
§ *Celebração enquanto a opção mantiver um potencial benefício para ambas as partes*. Os incentivos e desincentivos à negociação mudam de patamar no curso de alguns marcos temporais, destacando-se o do encerramento das fases postulatória e instrutória. As partes serão usualmente mais abertas a negociar após conhecerem os argumentos da contraparte ou quando se derem por encerradas as suas oportunidades de argumentar.

§ *Regularização de futuros relacionamentos jurídicos entre as partes*. Permitir, por meio de um acordo, a regularização de relacionamentos jurídicos futuros entre as partes, é um fim legítimo. Seu equacionamento prático deve levar em consideração o estágio de exaurimento de apurações administrativas e a manutenção dos incentivos às partes.

§ *Diminuição dos consectários legais devidos pelo Estado*. O só fato de haver uma arbitragem pode agregar aos pontos de barganha um conjunto de consectários dos valores devidos pelo poder público, os quais podem e devem ser incorporados à análise de vantajosidade.

§ *Celebração quando haja elementos que sugiram eventual irregularidade na formação do crédito*. Quando existam atos administrativos em curso com indícios de irregularidades na formação do crédito do particular, a celebração de acordos exige uma fundamentação qualificada, na medida da correta aplicação do art. 59 da Lei Federal nº 8.666/93, e dos arts. 147 e ss. da Nova Lei de Licitações.

§ *Suspensão do procedimento arbitral em curso*. É compatível com o princípio da anuência e com a consensualidade a prerrogativa das partes de suspenderem o procedimento arbitral para entabularem negociações, podendo o Tribunal, em hipóteses excepcionais, exigir a demonstração da seriedade das negociações, sob pena de prosseguimento do feito, conforme o calendário, ou, no limite, de extinção da arbitragem sem julgamento de mérito



REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshee de. O esgotamento dos recursos da jurisdição interna no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 5-19, p. 9, set. 1972/maio 1973.

AWG Group Ltd. v. República Argentina, UNCITRAL. Disponível em: https://www.italaw.com/cases/106. Acesso em: 6 jun. 2022

BATISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. **RDA: Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 251-318, maio/ago. 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm . Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm#:~:text=Institu%C3%ADda%20a%20arbitragem%2C%20caber%C3%A1%20aos,ser%C3%A1%20requerida%20diretamente%20aos%20%C3%A1rbitros.%E2%80%9D Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em: 15 jul. 2022.

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. **Estatísticas 2020**. São Paulo: CAM, 2020, p. 5; 10; Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2020-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf. Acesso em: 31 maio 2022

CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: ARABI, Abhner Youssif Mota et al (org.). **Constituição da República 30 anos depois:** uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. estudos em homenagem ao ministro luiz fux. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 13-470.

DIAS, Bruno Fernandes. Standards na Alteração de Contratos Regidos pela Lei 8.666/1993 para a Inclusão de Cláusula Prevendo Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias. **Revista do TCE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 24-37, jul./dez. 2020.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

DUNKELD International Investment Ltd. v. The Government of Belize (Number 1). UNCITRAL Permanent Court of Arbitration. **PCA Case n. 2010-13**. Disponível em: https://www.italaw.com/cases/361. Acesso em: 7 jun. 2022.

EUREKO B. V. v. República da Polônia. **Procedimento arbitral Ad Hoc aplicando as regras da UNCITRAL**, 2003.

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

FIGANMESE-ATAMAN, Inci. Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion of "Arbitration Without Privity". **Annales de La Faculte de Droit d'Istanbul**, v. 43, n. 60, p. 187-201, 2011. Disponível em: https://arastirmax.com/tr/system/files/dergiler/41035/makaleler/43/60/arastrmx_41035_43_pp_187-201.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade". **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015.

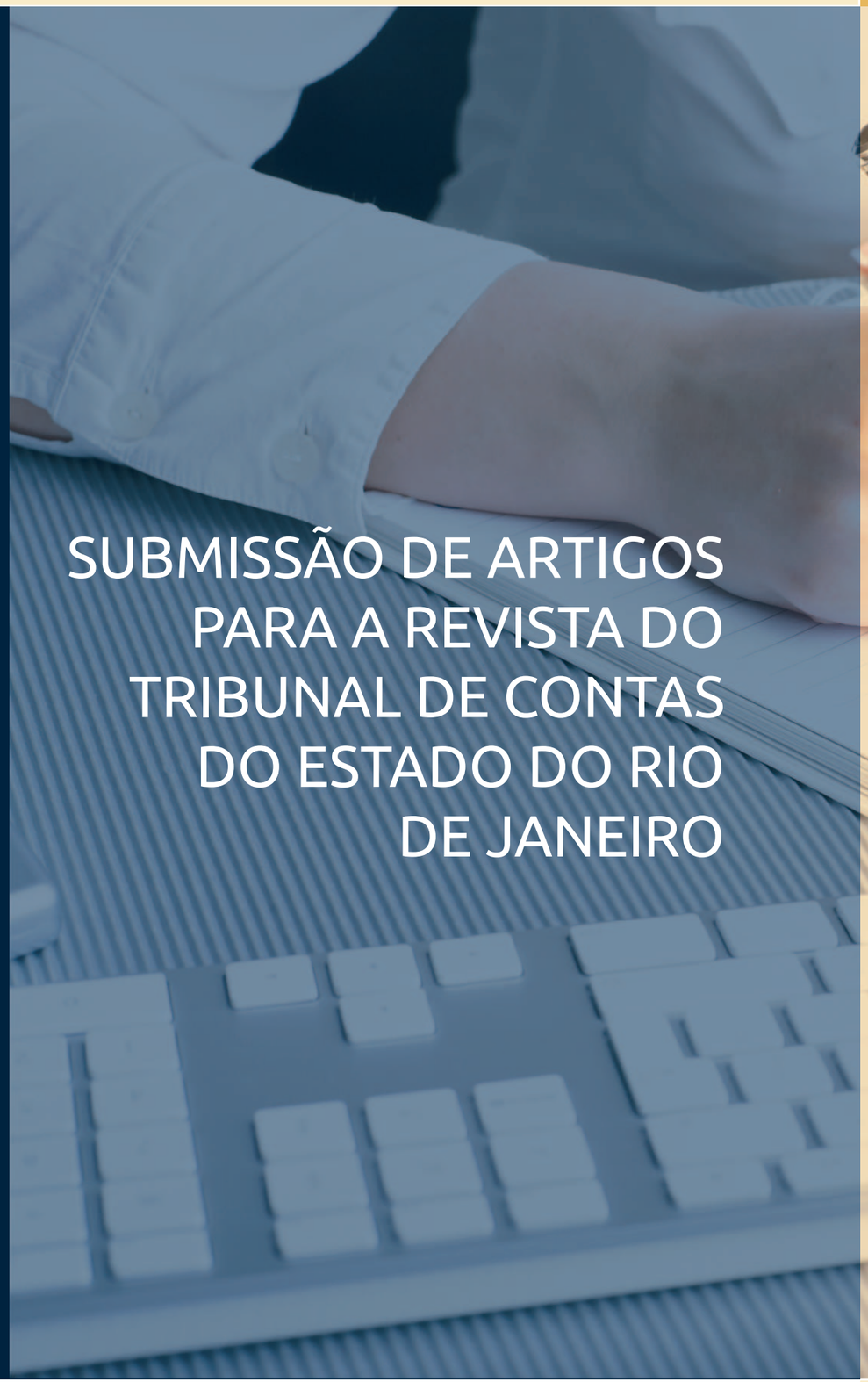
MEGNA, Bruno Lopes. **Experiências Práticas em Concessões e PPP:** estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões, v. 1: estruturação e arbitragem São Pauto: Quartier Latin, 2021.

POLONI, Flore. BROOKE, Nicolas. Arbitral Tribunals Beware: better keep an eye on potential corruption involving consent awards. **Kluwer Arbitration Blog**, 29 jan. 2021. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/29/arbitral-tribunals-beware-better-keep-an-eye-on-potential-corruption-involving-consent-awards/. Acesso em: 11 jul. 2022.

SALACUSE, Jeswald W. **Seven Secrets for Negotiating with Government:** how to deal with local, state, national, or foreign governments-and come out ahead. New York: Amacom, 2008.

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

UNCTAD. **Investment Dispute Settlement Navigator.** Disponível em: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement. Acesso: 6 jun. 2022.



SUBMISSÃO DE ARTIGOS PARA A REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Conselho Editorial da Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições, convoca, semestralmente, membros da comunidade acadêmica e pesquisadores para participação da seleção e publicação de artigos.

Os artigos deverão ser inéditos e devem ser enviados para pesquisas_ecg@tcerj.tc.br.

Para tanto, os autores devem verificar a conformidade da submissão em relação a todas as normas de publicação divulgadas no portal da Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, em https://www.tcerj.tc.br/web/ecg/revista-do-tce-rj/normas-para-publicacao.


ecg
Escola de Contas e
Gestão do TCE-RJ


Tribunal
de Contas
Estado do Rio de Janeiro