

Arbitragem que envolve governos avança com processos bilionários

29/01/2024

Em junho do ano passado, um tribunal arbitral de Brasília manteve uma sentença favorável à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) em uma disputa bilionária que envolve a concessionária Aeroportos Brasil-Viracopos, vencedora de licitação para administrar o aeroporto homônimo, em Campinas (SP).

Essa decisão envolve a quantia de R\$ 372 milhões — o processo, ao todo, chega a R\$ 2,5 bilhões. A posição dos árbitros, favorável à autarquia, foi obtida graças ao trabalho de uma equipe especializada em arbitragem da Advocacia-Geral da União (AGU).

A disputa entre Anac e concessionária é um bom exemplo da evolução das arbitragens que envolvem a União — o que inclui empresas estatais, autarquias e outros órgãos federais. Os procedimentos arbitrais que têm a administração pública (federal, estadual ou municipal) como parte, por enquanto, representam apenas 10,7% do que chega às câmaras brasileiras, conforme dados do estudo “Arbitragem em Números e Valores” — mas lideram em valores.

Somente nas 23 disputas arbitrais que envolvem as agências reguladoras federais, o montante ultrapassa R\$ 500 bilhões. Nessas arbitragens, as autarquias são representadas pela Equipe Nacional Especializada em Arbitragens (Enarb) da Procuradoria-Geral Federal.

Esse mecanismo de solução de conflitos tem sido eficiente para os órgãos públicos, mas há problemas quanto à perícia, à disponibilidade de árbitros que não tenham conflitos de interesses e ao deslocamento de servidores federais para atuar na defesa técnica da União e das agências reguladoras, segundo os especialistas no assunto entrevistados pela revista eletrônica **Consultor Jurídico**.

“É benéfico para a administração pública ter a arbitragem como mecanismo para solução de casos complexos, e aqui complexo significa sensível do ponto de vista do interesse público, como gestão de aeroporto e linha de transmissão de energia”, diz **Nilo Sérgio Gaião Santos**, procurador da AGU e coordenador da Equipe Nacional de Arbitragens da Procuradoria-Geral Federal.

“E, em termos qualitativos, dificilmente eu olho uma sentença arbitral e penso: ‘Não ficou legal’. No Judiciário temos mais surpresas negativas.”

Para dar conta do volume de arbitragens de Direito Público, que ganharam força após sua regulamentação, em 2015, a equipe liderada por Santos selecionou profissionais que já atuavam na área nas agências reguladoras para formar um grupo especializado. Apesar de serem vantajosas para o Estado, diz o coordenador, as arbitragens demandam deslocamento de servidores por causa do tamanho e da complexidade dos processos.

“É um problema porque, se por um lado estamos adotando a arbitragem em uma escala cada vez maior, por outro os bons servidores estão sendo deslocados de suas funções regulatórias para fazer essa atividade de defesa. Em casos da ANP e da ANTT, que são as mais demandadas, é muito evidente um certo prejuízo que o aumento da demanda da arbitragem gera para a atividade regulatória”, diz Santos.

11 processos

Em outro flanco, o núcleo especializado em arbitragem da AGU (NEA/AGU) trabalha atualmente em 11 processos arbitrais. Nos últimos cinco anos, desde a fundação do grupo, as ações em que ele atua movimentaram R\$ 184 bilhões, entre perdas evitadas para a União e vitórias que garantiram mais dinheiro aos cofres públicos. Hoje, conforme os dados mais atualizados, sete dos 11 processos têm valores bilionários.



Grupo de arbitragem da AGU atua em processos cujos valores ultrapassam meio trilhão de reais

As informações disponíveis mostram que o crescimento das arbitragens envolvendo a administração pública foi puxado pelo setor de infraestrutura e pelo societário, desde 2018. Esse crescimento coincide com o período em que os governos implementaram políticas de privatizações e concessões. Em 2020 e 2021, foram 29 e 27 novos casos desse tipo de arbitragem, respectivamente; em 2022, o número passou para 38. A proporção — quase 11% do total — é a maior dos últimos cinco anos.

Em 2023, a AGU passou um pente fino nos processos de arbitragem e constatou que os órgãos públicos federais assinaram 542 contratos com cláusulas de resolução de controvérsias, sendo que 216 (40%) deles são por meio de convenções de arbitragem. Desde dezembro, o núcleo de arbitragens da AGU tem feito um treinamento para os órgãos da administração pública federal, tendo em vista o mapeamento feito.

As arbitragens também acontecem em contratos com municípios e estados, mas em menor escala, tendo em vista que é um processo custoso para as empresas. Assim como na administração federal, em geral são casos que envolvem concessões e parcerias público-privadas.

“Em termos de valor, certamente as arbitragens no âmbito federal correspondem à grande maioria do total. Há também um problema de que os municípios têm baixa capacitação para tocar arbitragens, ponto que já foi resolvido na União e nos estados maiores”, diz **Floriano de Azevedo Marques**, sócio-fundador do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados e ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

Famosos e gargalos

Há casos emblemáticos tramitando nos tribunais arbitrais, incluindo disputas bilionárias com as empresas Claro, Telefônica (Vivo) e Oi, além de um processo em que acionistas minoritários da Petrobras buscaram uma arbitragem, por meio da bolsa de valores B3, para responsabilizar a União pelo descumprimento de seus deveres como controladora da estatal, e, assim, pleitear indenização por prejuízos causados pela “lava jato”. Nesse caso, a AGU conseguiu no Tribunal Federal Regional da 3ª Região (TRF-3) que a **União fosse excluída da arbitragem**, o que a isentou de pagar mais de R\$ 160 bilhões.

Um dos pontos, no entanto, que têm sido identificados como problemáticos na área é a escassez de árbitros de excelência que não tenham conflito de interesses com a administração pública. Isso porque muitos dos árbitros e peritos já atuaram em áreas como as procuradorias federais, ou advogaram para empresas públicas, por exemplo, o que impossibilita sua participação em arbitragens.

“O mercado é muito restrito e, no final das contas, quando vamos indicar um perito, são várias tentativas seguidas. Já houve casos em que foram indicadas quatro ou cinco equipes peritas diferentes e sempre na revelação você acaba se deparando com problemas de impedimento. Ao menos é um sinal de que a revelação está sendo feita”, diz **Paula Butti**, coordenadora do Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

Segundo Paula, a perícia tem influenciado diretamente no tempo de duração das arbitragens, que tendem a ser mais céleres do que os julgamentos no Poder Judiciário. Quando há necessidade de perícia técnica, os casos duram cinco anos; quando não há, o tempo diminui para dois.

Outro ponto muito debatido é o próprio conceito de arbitragem que envolve órgãos do Estado. Na administração pública, o mecanismo tem características próprias, como a obrigação de publicidade — ao contrário do que acontece no setor privado, cuja regra geral é o sigilo. Há um debate sobre se o litígio em si tem relação com o interesse coletivo da sociedade ou se é meramente patrimonial.

“Nos termos do art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, apenas os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis podem ser resolvidos pela arbitragem, o que, para a administração pública, pode ficar restrito ao interesse público secundário, isto é, ao interesse puramente patrimonial do Estado, enquanto pessoa jurídica, e não com o interesse da coletividade em si”, diz **Gustavo Mizrahi**, sócio do Vieites Mizrahi Rei Advogados.



Perícia e falta de qualificação são gargalos na arbitragem no Direito Público



TCU entra na roda

Na esteira do crescimento das arbitragens que envolvem órgãos públicos, o Tribunal de Contas da União criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), em dezembro de 2022. O órgão adotou a solução consensual de litígios como prioridade para 2023. Os casos que envolvem arbitragem podem ser levados à Secex com a anuência de todas as partes, e um consenso só é atingido se os dois lados aceitarem o que foi estabelecido pelo TCU, mesmo que com ressalvas.

Seja pelas recentes vitórias da União nos processos bilionários de arbitragem, seja pelo alto custo do procedimento, a **ConJur** escutou de uma fonte que há uma tendência recente de busca da Secex por parte de empresas que têm cláusulas de arbitragem em contratos com a administração federal.

No ano passado, conforme dados do TCU, 21 processos foram levados à Secex, sendo que cinco deles já tiveram decisões do tribunal e dois foram encerrados. Os litígios que envolvem energia, infraestrutura e telefonia dominam a lista. E 13 deles ainda não têm relator definido na corte e constam como “solicitações de resolução consensual”.

O movimento de levar ao TCU as pautas que poderiam correr em tribunais arbitrais pode ser exemplificado com um antigo e célebre caso, que envolve uma disputa de R\$ 10 bilhões entre Anatel e Telefônica (Vivo).

A ação tem relação com a concessão de telefonia que foi assinada em 1998. A empresa alega que, passadas mais de duas décadas, há desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos e que a situação é insustentável, tendo em vista uma série de fatores econômicos e tecnológicos. Já a Anatel sustenta que a empresa deve assumir a responsabilidade sozinha e cobra indenização por serviços que deveriam ter sido prestados pela empresa (instalação de Postos de Serviço Multifacilidades e obrigações no Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico) e acabaram não sendo cumpridos.

Em 8 de dezembro passado, a Telefônica entrou com pedido de solução consensual entre as partes no TCU, que está em andamento.

As razões dessa movimentação das empresas, especula-se, têm relação com o tempo, já que durante as arbitragens os contratos ficam interditados, e com a alta taxa de vitórias da administração pública nos tribunais arbitrais. “O Estado obteve muito mais vitórias do que derrotas desde 2015, e a parte privada tem pensado duas vezes antes de entrar em um litígio caro e complexo contra a administração pública”, diz a fonte à **ConJur**.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jan-29/arbitragem-que-envolve-administracao-publica-avanca-com-processos-bilionarios/>