



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

IGOR ANDRADE GALIZA

**ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS TEÓRICOS E A
VISÃO DE SEUS AGENTES**

**SANTA RITA, PB
2021**

IGOR ANDRADE GALIZA

**ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS TEÓRICOS E A
VISÃO DE SEUS AGENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ-CCJ) da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Paula Correia De Albuquerque Da Costa

Coorientador: Marlon Shigueru Ushiro Ieiri

**SANTA RITA, PB
2021**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G156a Galiza, Igor Andrade.

Arbitragem com a Administração Pública: aspectos teóricos e a visão de seus agentes / Igor Andrade Galiza. - João Pessoa, 2022.
70 f. : il.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

Coorientação: Marlon Shigueru Ushiro Ieiri.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Meios de resolução de conflitos. 4. regime jurídico administrativo. I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da. II. Ieiri, Marlon Shigueru Ushiro. III. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

IGOR ANDRADE GALIZA

**ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS TEÓRICOS E A
VISÃO DE SEUS AGENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ-CCJ)
da Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Paula Correia De
Albuquerque Da Costa

Coorientador: Marlon Shigueru Ushiro Ieiri

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

**PROF.^a DRA. ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA
(ORIENTADORA)**

**MARLON SHIGUERU USHIRO IEIRI
(AVALIADOR)**

**PROF^o ME. IGOR DE LUCENA MASCARENHAS
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

O processo de escrita de um trabalho de conclusão de curso é, sobretudo nostálgico. Cada linha revive uma memória de uma árdua jornada que durou cinco anos e teve o grau de dificuldade aumentado em razão de uma pandemia. Algumas pessoas, cada um à sua maneira, contribuíram para que eu pudesse trilhar esse caminho e chegasse até o final dessa graduação, motivo pelo qual, a essas, dedico este trabalho.

Ao meu Pai, que assim como diziam Toquinho e Vinicius, em Aquarela, me seguiu do primeiro rabisco até o bê-a-bá, estive em todos os desenhos coloridos, e que, sempre sendo mais que meu colega, e meus problemas, sempre ajudou a resolver.

À minha Mãe, a quem devo cada batida do meu coração. Obrigado por toda a paciência com minhas distrações no caminho de volta da escola, por toda brincadeira na varanda, por toda vez que me esperou acordada de madrugada. Mãezinha, se cheguei tão distante devo tudo ao que aprendi com você.

Kauê, ser irmão é ter o coração em duas jornadas. Quem, mesmo entre tapas e beijos de toda irmandade, nunca deixou de ser meu mais verdadeiro amigo. Que eu possa ser, para você, o espelho que és para mim.

À Rafaella, que com sua paciência, amor e companheirismo tem me acompanhado e compartilhado os altos e baixos dessa jornada. Essa conquista não é só minha, pois você deu sentido a todo esforço empreendido até aqui.

À Cristyane Meira e Ricardo Amaral, por terem me acolhido em sua família, em seu lar e seus corações.

Aos meus avós, Belizana, Belmiro (*in memoriam*), Elias e Sidney, e à toda minha família, por todo carinho, torcida e apoio.

À Roseli Candido, por todo apoio ao NUMESC e por todas as oportunidades dadas a mim. Não há palavras suficientes para expressar tamanho agradecimento.

Aos meus amigos, que sempre torceram e torcem por mim, e que em cada momento em que precisei, estiveram presentes: Victoria Veloso, Marina Dantas, Letícia Quirino, Clara Lima (com quem tive a sorte de compartilhar, também, a vida acadêmica), Lara Veloso e Fernanda Ferreira.

Por fim, mas não menos importante, aos amigos que fiz durante a jornada acadêmica e que criamos laços para além do âmbito universitário: Adauto Valentim, Rafaela Vasconcelos, Pedro Paulo, Saulo Neves, Vinicius Araújo e Maria Luiza.

*“For what is a man, what has he got?
If not himself, then he has naught
to say the things he truly feels
and not the words of one who kneels
the record shows, I took the blows
and did it my way”*

Frank Sinatra – My Way.

RESUMO

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos no qual, através de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral, as partes delegam a terceiros, os árbitros, a competência de julgar o litígio. Apesar de ser muito utilizada entre os particulares, muito se discute sobre a possibilidade de a Administração Pública se valer da arbitragem para dirimir seus conflitos. No presente trabalho, serão trabalhados os obstáculos que eram levantados em face da arbitragem com a Administração Pública, tais como o princípio da legalidade, a indisponibilidade e supremacia do interesse público e o princípio da publicidade. Será analisado também os avanços legislativos sobre o tema ao longo dos anos. Em seguida, serão visitadas as especificidades da arbitragem no regime jurídico administrativo e, ao final, apresentar-se-ão os resultados da pesquisa realizada com advogados públicos e privados, que visou transcrever a percepção dos profissionais em relação à aspectos práticos da arbitragem com a Administração Pública.

Palavras-Chave: arbitragem; administração pública; meios de resolução de conflito; regime jurídico administrativo.

ABSTRACT

Arbitration is an alternative dispute resolution procedure, in which through an arbitration clause or arbitration agreement, the parties submit to arbitrators the competence of making a binding decision on the conflict. Despite being widely used between privates, much has been discussed about the possibility of arbitration with the Public Administration. In this paper, an analysis will be made of the obstacles that were used against arbitration with the Public Administration, such as the principle of legality, unavailability and supremacy of the public interest and the principle of publicity. The legislative advances on the subject over the years and the specificities of arbitration in the administrative legal regime will also be analyzed, and at the end the results of the research carried out with public and private lawyers will be presented, which aimed to transcribe the professional's perception in relation to the practical aspects of arbitration with the Public Administration.

Keywords: arbitration; public administration; alternative dispute resolution; administrative law.

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1- Participação em arbitragens como árbitro(a)	48
Gráfico 2 - Participação em arbitragens como árbitro(a) em arbitragens com a administração pública	48
Gráfico 3 - Participação em arbitragens como advogado(a) em arbitragens.....	49
Gráfico 4 - Participação em arbitragens como advogado(a) em arbitragens com a administração pública	49
Gráfico 5 - Pergunta 01	50
Gráfico 6 - Pergunta 02	52
Gráfico 7 - Pergunta 04	54
Gráfico 8 - Pergunta 05	55
Gráfico 9 - Pergunta 06	56

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. A arbitragem.....	11
2.1. Perspectiva histórica e os caminhos da lei 9.307/96	12
2.2. Natureza jurídica da arbitragem	15
2.3. Aspectos gerais da arbitragem.....	16
2.3.1. Sujeitos e objeto	17
2.3.2. Convenção de arbitragem.....	18
2.3.3. Os árbitros	20
2.3.4. Sentença arbitral.....	21
2.3.5. Considerações finais do capítulo.....	22
3. Arbitragem com a administração pública: preceitos teóricos.....	22
3.1. O primeiro paradigma: o princípio da legalidade.....	23
3.2. O segundo paradigma: a indisponibilidade e a supremacia do interesse público.....	27
3.3. O princípio da publicidade	29
3.4. Avanços legislativos.....	31
3.4.1. Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem brasileira.....	31
3.4.2. Lei 9.472/97 – Lei geral de telecomunicações.....	31
3.4.3. Lei 9.478/97 – Lei da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e Lei 12.351/10 – Lei do pré-sal	32
3.4.4. Lei 10.233/01 – Lei da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (antag)	33
3.4.5. Lei 10.848/04 – Lei de comercialização de energia elétrica.....	33
3.4.6. Lei 11.079/04 – Lei de parcerias público-privadas.....	34
3.4.7. Lei 8.987/05 – Lei de concessões	34
3.4.8. Lei 13.303/16 – Lei das estatais.....	35
3.4.9. Decreto 10.025/19	35
3.4.10. Lei 14.133/21 – Nova Lei de Licitações	35
4. Especificidades da arbitragem no regime jurídico administrativo	36
4.1. Sede da arbitragem e idioma	36
4.2. Critério de julgamento e direito aplicável	37
4.3. Publicidade	38
4.4. Escolha de câmaras arbitrais e árbitros	40

4.5. As despesas com a arbitragem.....	45
4.6. Os precatórios nas condenações contra a administração pública	46
5. A arbitragem com a administração pública na perspectiva de seus agentes	47
5.1. Primeira etapa: qualificação dos entrevistados.....	47
5.2. Segunda etapa: percepção dos entrevistados	50
5.2.1. A consolidação da arbitragem com a administração pública	50
5.2.2. A imprescindibilidade da cláusula compromissória no contrato administrativo	51
5.2.3. Os principais desafios na inclusão da cláusula compromissória nas contratações públicas.....	52
5.2.4. A existência de uma cláusula compromissória no contrato administrativo influenciou na litigiosidade?	53
5.2.5. Os custos da arbitragem	54
5.2.6. A satisfação com a sentença arbitral	55
5.2.7. Os principais desafios enfrentados na fase executória.....	56
6. Considerações finais.....	58
Referências	63

1. Introdução

A arbitragem com a administração pública vem sendo objeto de discussão pela doutrina há alguns anos, em especial sobre a sua possibilidade e sobre a violação de princípios constitucionais e paradigmas do Direito Administrativo. Em 2015, a Lei de Arbitragem brasileira (Lei federal nº 9.307/96) foi reformada e passou a autorizar expressamente que as entidades da Administração Pública direta ou indireta se valessem do meio de resolução de conflito para dirimir seus litígios, mas, ainda assim, é questionável se a arbitragem está consolidada no meio público.

O presente trabalho pretende realizar uma análise minuciosa dos argumentos suscitados em contrário à arbitragem com a Administração Pública, de forma a demonstrar a incoerência das razões divergentes e defender a sua viabilidade. Também se propõe a demonstrar como tem sido realizados os procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte, a partir de informações coletadas nos portais de informação da Advocacia Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados, assim como nas legislações e portarias normativas.

Para alcançar o objetivo do trabalho, será realizado um levantamento bibliográfico do acervo nacional e internacional sobre o tema, assim como serão analisadas as leis brasileiras que tratam da arbitragem com a Administração Pública e, ao fim, serão apresentados os resultados da pesquisa de campo realizada com advogados públicos e privados.

Preliminarmente serão trabalhados conceitos basilares do instituto da arbitragem, tais como a sua conceituação, sua perspectiva história, sua natureza jurídica e seus agentes. Em seguida, trataremos dos aspectos teóricos da arbitragem com a Administração Pública, enfrentando os três argumentos principais contrários à arbitragem com a Administração Pública: o princípio da legalidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da publicidade.

Será apresentado, também, estudo sobre as evoluções legislativas no Brasil que viabilizaram a arbitragem com a Administração Pública e, em seguida, passar-se-á às especificidades da arbitragem no regime jurídico administrativo.

Ao final do trabalho, serão apresentados os resultados da pesquisa realizada com advogados públicos e privados, que visou captar a percepção e a opinião dos entrevistados sobre a arbitragem com a Administração Pública em relação à sua consolidação, importância e os desafios existentes.

2. A arbitragem

A arbitragem é um método extrajudicial de solução de litígios no qual, através de uma convenção de arbitragem, duas ou mais partes delegam a terceiros a competência de julgar, definitivamente e com força de sentença judicial, um determinado conflito pré-existente ou que, eventualmente, possa vir a existir em dada relação jurídica. Conforme definição dada por Carlos Alberto Carmona¹, a arbitragem é uma “técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado”.

Selma Lemes descreve a arbitragem como “um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral”.² Já em contexto internacional, conforme Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, a arbitragem é definida como um instrumento pelo qual a resolução de uma questão é delegada a um terceiro – ou a terceiros –, cujos poderes derivam de um acordo privado.³

Como visto, diversas são as possíveis conceituações do instituto. Entretanto, segundo Fitchner, Mannheimer e Monteiro, há quatro elementos essenciais que, qualquer que seja a definição, deve-se esta referenciar: “(i) o fato de a arbitragem ser um meio de solução de conflitos; (ii) a autonomia privada das partes como fundamento da arbitragem; (iii) existência de um ou mais terceiros imparciais com poder de decisão; e (iv) a formação de coisa julgada material”.⁴

Esse método de resolução dos conflitos ganha espaço na sociedade em função da chama “crise do judiciário”, caracterizada, principalmente, pela morosidade causada pela existência de milhões de processos ativos nas mãos do Poder Judiciário. Segundo o relatório Justiça em Números 2021, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação.⁵ Não se pode deixar de destacar também os infintos recursos interpostos pelas partes na tentativa de retardar o quanto possível o cumprimento da decisão judicial, os quais contribuem para a morosidade acima relatada.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. Ed. São Paulo: atlas, 2009. P. 15.

² LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999. p. 9.

⁴ FITCHNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis. Teoria geral da arbitragem – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 31.

⁵ CONSELHO Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021.

Diante desse cenário, a sociedade encontra na arbitragem uma alternativa para a solução de seus conflitos que, por se tratar de um procedimento mais flexível e especializado, garante uma resposta mais célere que aquela advinda do Poder Judiciário.

Ressalta-se que a arbitragem não é uma novidade, mas sim uma velha conhecida do direito brasileiro, ainda que a legislação que a regulamenta date de 1996 – Lei federal nº 9.309/96 –, desde muito antes já se estudava o tema, por essa razão, antes de passarmos aos aspectos formais da arbitragem, faz-se conveniente tratarmos da perspectiva histórica do instituto no Brasil.

2.1. Perspectiva histórica e os caminhos da Lei federal nº 9.307/96

A história da arbitragem no Brasil começa em 1824, com a Constituição do Império que, ao legislar acerca do “Poder Judicial”, previu a nomeação do que chamara de *Juízes Árbitros* para a solução do conflito.⁶ A Constituição Federal de 1891, por sua vez, apesar de não prever a arbitragem entre os particulares, cuidou de tratar da possibilidade de *arbitramento* – que, em fato, se tratava de arbitragem – para pacificar conflitos com outros Estados soberanos.⁷ O *arbitramento* nessa Constituição foi de grande valia e bastante utilizado no período da Primeira República (1889-1930) para a formação do território brasileiro, tendo o nosso país participado de arbitragens com a Argentina, em 1895, em que se discutiu a quem pertencia parte ocidental, com quase 30 mil km², dos estados brasileiros de Santa Catarina e Paraná; com a França, em 1897, para a delimitação correta da fronteira entre Brasil e Guiana Francesa;⁸ entre outros casos.⁹

Ato contínuo, ainda no âmbito constitucional, a arbitragem é mencionada nas Cartas de 1934, 1937, 1946 e 1967, sem privilegiar a arbitragem entre particulares, porém sempre trazendo à tona o *arbitramento* como solução de conflitos entre Estados soberanos. Por fim, a

⁶ Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824: Art. 160. Nas *civeis*, e nas *penaes* civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

⁷ DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. Revista Forense, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. p. 133

⁸ MUNHOZ, José Lúcio. Arbitragem na formação do território brasileiro. Justificando, 20 dez. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/12/20/a-arbitragem-na-formacao-do-territorio-brasileiro/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁹ A Primeira República foi marcada por discussões sobre limites interestaduais e, por conseguinte, arbitramentos e “conciliações”, tendo, inclusive, atuação e influência do paraibano e Ex-Presidente Epitácio Pessoa. Ver mais em: SANTOS, Julio Cesar Ferreira. As questões de limites interestaduais do Brasil: transição política e instabilidade do território nacional na primeira república (1889-1930): o caso do contestado. Revista Electrónica De Geografía Y Ciencias Sociales, [s. L.], v. X, n. 218, 1 ago. 2006. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-218-17.htm>. Acesso em: 16 mar. 2022.

nossa Constituição de 1988, na mesma linha das anteriores, não dedica previsão satisfatória sobre a arbitragem, limitando-se a prever que a República Federativa do Brasil reger-se-á pelo princípio da solução pacífica dos conflitos¹⁰ e a possibilidade de eleição de árbitros quando frustrada a negociação coletiva do trabalho¹¹.

A história nos demonstra que a arbitragem entre particulares – e entre particulares com a administração pública, como se estudará neste trabalho – nunca foi pauta privilegiada na seara constitucional. Por outro lado, na esfera infraconstitucional diversas foram as tentativas de fazer valer a via arbitral no país, até a chegada da Lei federal nº 9.307/96.

Como anota Pedro A. Batista Martins, a arbitragem entre os particulares foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1831 e 1837, para dirimir conflitos relativos à seguros e a locações de serviços, respectivamente. Em seguida, editou-se o Decreto 737 de 1850, que determinava o *Processo Commercial*, o qual dedicou 65 artigos para regulamentar o Juízo Arbitral¹² e a Lei 556 de 1850 – o Código Comercial – que trazia a previsão do Juízo Arbitral para a solução de litígios relacionados aos contratos de locação mercantil e às sociedades comerciais (arts. 245 e 294, respectivamente)¹³.

A arbitragem também foi prevista no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, ambos diplomas legais não privilegiaram a independência do instituto, fazendo necessária a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, fator que certamente contribuiu para a supressão, a indiferença e o esquecimento desse meio de resolução de conflitos.

Apesar dessas falhas legislativas, cabe aqui registrar o momento político-econômico vivenciado pelo Brasil entre as décadas de 1970 e 1980 e como isso culminou na denominada *Operação Arbiter*, responsável pela promulgação da Lei federal nº 9.307/96.

Conforme ensina Carlos Augusto da Silveira Lobo, os anos 1970 são marcados por uma transição de um Brasil com uma economia predominantemente agrícola para uma economia desenvolvimentista e com forte inclinação industrial¹⁴. Além disso, o Brasil passou a ser visto internacionalmente como uma destinação segura para o capital estrangeiro o que

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII - solução pacífica dos conflitos;

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

¹² Destaca-se que entre os dispositivos mencionados, havia previsão da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Judiciário, além da possibilidade de que as partes acordem recursos à sentença, o que bastante se difere de nosso sistema atual.

¹³ MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de lei do Senado 78/92. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 363-425, jul./set. 2019.

¹⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], ano 13, ed. 50, Jul. - Set. 2016, p. 83.

culminou para uma importação de práticas internacionais de gerência, dentre as quais a arbitragem. Segundo Frederico José Straube, os proprietários desse capital estrangeiro passaram a exigir a inclusão de convenções arbitrais em seus contratos e litígios, pois não desejam submeter-se ao Judiciário.¹⁵

Diante desse cenário, acadêmicos e advogados uniram forças para estudar e disseminar o tema. Foi, ainda, nesse contexto que surge o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em 1979, inicialmente como “Comissão de Arbitragem” que se dedicou a difundir culturalmente a arbitragem no Brasil.¹⁶

Nos anos seguintes, foram três tentativas de criação de uma Lei de Arbitragem brasileira, os anteprojetos de 1981, de 1986 e outro em 1988, sem que nenhum deles tivesse avanço por contar com diversas falhas técnicas – dentre as quais, exemplifica-se: a necessidade de homologação da sentença pelo Judiciário e a confusão entre arbitragem e arbitramento – além da falta de apoio legislativo. Os fracassos dos anteprojetos serviram de motivação para a comunidade jurídica que não desistiu de uma Lei de Arbitragem brasileira e é nessa toada que surge a *Operação Arbiter*.

A *Operação Arbiter*, nascida no Instituto Liberal de Pernambuco, foi a união de esforços da comunidade jurídica, capitaneada pelo advogado Petrônio Muniz, para a elaboração de um novo anteprojeto de lei, corrigindo todas as falhas dos anteprojetos anteriores.

Conforme relembra Carlos Alberto Carmona, a operação contou com o apoio de instituições, universidades e importantes escritórios e advogados.¹⁷ Antes do início da redação do novo anteprojeto, havia sido encaminhado um questionário para cerca de 1300 pessoas – em especial empresários – sobre o funcionamento do Poder Judiciário. Esta pesquisa serviu para que Petrônio Muniz fundamentasse, perante parlamentares, a necessidade de um projeto de lei que versasse sobre a arbitragem.

Petrônio Muniz encontrou no Senador pernambucano Marco Maciel o apoio legislativo que precisava para iniciar a elaboração do que, tempos depois, viria a se tornar o Projeto de Lei nº 78/92¹⁸. A redação do anteprojeto ficou a cargo dos advogados Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, que se inspiraram na Lei Modelo da

¹⁵ STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/1996. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 50. Jul./Set. 2016, p. 80.

¹⁶ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. Ed. São Paulo: atlas, 2009. p. 9.

¹⁸ O projeto pode ser acessado em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176143>

UNCITRAL na Lei de Arbitragem francesa de 1981 e também na Lei de Arbitragem espanhola¹⁹.

O Projeto de Lei 78/92 foi aprovado em apenas um ano pelo Senado Federal e em outros três na Câmara dos Deputados, onde, conforme relata a Professora Selma Lemes, recebeu doze emendas que tinham o potencial de inviabilizar o projeto, mas que foram todas combatidas pela união de esforços da comissão relatora e Petrônio Muniz, sendo, ao final, vencida a “batalha” em face das emendas²⁰.

Assim, após décadas dispendidas na tentativa de criar uma Lei de Arbitragem brasileira, nasce a Lei federal nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem que conhecemos hoje.

2.2. Natureza jurídica da arbitragem

Há quatro correntes doutrinárias – ou teorias - que tentam definir a natureza jurídica da arbitragem, sendo as duas primeiras de maior prestígio pela comunidade acadêmica e, as duas últimas, menos mencionadas, mas que enfrentaremos uma a uma, quais sejam: a teoria contratual (ou privatista) da arbitragem; a teoria jurisdicional (ou publicista) da arbitragem; a teoria mista da arbitragem, e; a teoria autônoma da arbitragem.

A teoria contratual da arbitragem, conforme lecionam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, é baseada na premissa de que a arbitragem se origina na vontade das partes e que dela depende para seu prosseguimento.²¹ Ainda segundo essa teoria, as leis locais teriam pouca ou nenhuma influência sobre o procedimento, tendo em vista que, por estarem as partes verdadeiramente renunciando à jurisdição estatal, a fonte do direito seria o acordo privado firmado entre as partes. Essa teoria foi bastante desenvolvida nos anos iniciais de vigência da Lei de Arbitragem brasileira, quando não se enxergava uma possível relação entre arbitragem e jurisdição²².

A teoria jurisdicional da arbitragem – posicionamento majoritário na doutrina brasileira –, reconhece o caráter jurisdicional do instituto, isto pois, como afirma Pedro A. Batista Martins, “os árbitros, não obstante nomeados por particulares, exercitam atos de

¹⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, nº 51, págs. 32-35, outubro/2017.

²⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira. Revista de Arbitragem e Mediação: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 19/22, out/dez 2016.

²¹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95

²² No entanto, pequena parcela da doutrina ainda defende a teoria contratualista da arbitragem, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: RT, 2015.

jurisdição ao aplicar a regra legal ao caso concreto, têm responsabilidades análogas às dos juízes togados e pronunciam verdadeiras sentenças”.²³

A principal resistência quanto a essa teoria reside na assertiva de que a jurisdição seria função exclusiva do Estado, isto é, o poder que possui o Estado em aplicar a lei. Desse modo, faltaria à arbitragem a capacidade de fazer cumprir a lei, dada a ausência de poder de império. Todavia, assim como leciona Carlos Alberto Carmona, o fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem.²⁴

Ato contínuo, Ricardo Aprigliano defende haver inúmeros elementos que assemelham, em natureza, o árbitro ao Juiz togado, assim como não há qualquer distinção entre o objetivo de ambos, qual seja, resolver conflitos.²⁵ Por fim, e no mesmo sentido, Arnaldo Wald ensina que não mais se contesta que o árbitro possui a *jurisdictio* em toda sua plenitude, devendo, inclusive, obedecer aos princípios constitucionais e legais que inspiram a distribuição da Justiça – de igual forma como fariam os Juízes togados.²⁶

A terceira teoria, portanto, seria a teoria mista da arbitragem, que busca mesclar os conteúdos das duas anteriores. Conforme Lew, Mistelis e Kröll, teríamos uma justiça privada criada por contrato e que tanto a origem contratual quanto a função jurisdicional possuem importante influência na arbitragem.²⁷

Por fim, há a teoria autônoma da arbitragem, que caracteriza o instituto como *sui generis*, ou, como define José Cahali, “um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente”.²⁸

2.3. Aspectos gerais da arbitragem

A Lei de Arbitragem traz consigo conceitos característicos e necessários para uma melhor compreensão desse instituto. Apesar de o estudo de tais conceitos não constituir

²³ MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de lei do Senado 78/92. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 363-425, jul./set. 2019, p. 371.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p. 833 – 844, set/2014.

²⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016. cap. 9, p. 233-265.

²⁶ WALD, Arnaldo. O espírito da arbitragem. Revista do IASP, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009

²⁷ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003. p. 80

²⁸ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 86

principal objeto deste trabalho, faz-se imprescindível que, ainda que brevemente, sejam relatados.

2.3.1. Sujeitos e objeto

Tratar dos sujeitos e do objeto da arbitragem é responder a duas perguntas: “quem pode se valer da arbitragem?” e “o que pode ser arbitrado?”. É o que a doutrina denomina de arbitrabilidade, que poderá ser objetiva e subjetiva. Fitchner, Mannheimer e Monteiro conceituam a arbitrabilidade como “a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa”.²⁹

A arbitrabilidade subjetiva procura indicar quem pode utilizar a arbitragem para a resolução de seus conflitos. O artigo 1º da Lei de Arbitragem brasileira afirma que poderão se valer da arbitragem “as pessoas capazes de contratar”. Significa dizer que o requisito primário para utilizar arbitragem é ter aptidão de se tornar sujeito de direitos e deveres.

Durantes anos o artigo primeiro se tornou foco das discussões doutrinárias e jurisprudenciais a fim de identificar se tal interpretação poderia ser estendida às pessoas jurídicas de direito público ou se estaria restrita às de direito privado. Os debates contrários à arbitragem giravam em torno do princípio da legalidade ao qual a Administração Pública estaria vinculada e, portanto, por não haver uma autorização específica, a interpretação extensiva seria errônea. Esse e outros argumentos levantados contra à via arbitral serão tratados, de forma mais aprofundada, no capítulo 3 do presente trabalho.

Visando solucionar o impasse da legalidade, a reforma da legislação através da Lei federal nº 13.129/15 acrescentou o §1º afirmando que: “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ainda assim houvera resistência da Administração Pública, que nas diversas ações anulatórias de sentença arbitral alegavam a ausência de autorização em áreas com legislação específica, por exemplo, a antiga Lei de Licitações (Lei federal nº 8.666/93).

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, é uma limitação da competência dos tribunais arbitrais. Lecionam Alan Redfern e Martin Hunter que justamente por ser a arbitragem um procedimento privado, mas com consequências públicas, alguns litígios serão reservados para

²⁹ FITCHNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis. Teoria geral da arbitragem – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 219.

os tribunais nacionais. É certo que essa reserva de competência é própria de cada Estado soberano e possui relação direta com as suas características econômicas e sociais.³⁰

A Lei de Arbitragem brasileira, ainda em seu artigo 1º, limitou a competência da arbitragem aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Os direitos patrimoniais são aqueles que são capazes de serem avaliados monetariamente, ou seja, onde há proveito econômico; mas não basta possuir expressão econômica, é necessário, ainda, que o direito seja disponível, isto é, que os detentores do direito possam dele livremente dispor.

A título de introdução, é no campo da arbitrabilidade objetiva que reside uma das maiores discussões doutrinárias acerca da arbitragem com a administração pública – e que será melhor aprofundado no segundo capítulo deste trabalho–: a indisponibilidade do interesse público torna a arbitragem incompatível com a administração pública?

2.3.2. Convenção de arbitragem

Convenção de arbitragem é o negócio jurídico pelo qual as partes capazes para contratar se comprometem a resolver um litígio acerca direitos patrimoniais disponíveis pela via arbitral. Pode-se, também, considerar que a convenção é o acordo pelo qual as partes renunciam à jurisdição estatal e optam pela jurisdição privada. Mas, como se abstrai do art. 3º da Lei de Arbitragem,³¹ a convenção de arbitragem é gênero, tendo como espécies a cláusula compromissória – ou arbitral – e o compromisso arbitral.

Ainda quem ambas levem ao mesmo objetivo de instituir uma arbitragem, algumas diferenças podem ser traçadas sobre os institutos. Em primeiro lugar, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral se distinguem quanto aos seus objetos, isto pois, conforme lecionava Luiz Olavo Batista, uma é genérica, se prestando a comprometer as partes a resolver um número não definido de divergências acerca do contrato ou relação jurídica na qual se insere, enquanto a outra é específica, objetivando a solução de uma controvérsia específica e limitada.³²

Por outro lado, é possível distinguir os institutos quanto ao momento em que é pactuado. A cláusula arbitral é o compromisso inserto em contrato no qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem um litígio que possa vir a existir relacionado aquela

³⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration: Oxford University Press, 2009, p. 123-124.

³¹ Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

³² BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula Compromissória E Compromisso. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, v. 6, p. 977-988, jun. 2011.

relação contratual.³³ O compromisso arbitral, por sua vez, é o compromisso pelo qual as partes submetem um litígio pré-existente à solução arbitral, sendo que esta espécie poderá ser judicial ou extrajudicial.³⁴ Isto é, enquanto a cláusula arbitral se presta a comprometer as partes à via arbitral acerca de um possível litígio futuro o compromisso arbitral visa o compromisso pela solução arbitral de um litígio já existente.

É válido destacar que há, ainda, uma quarta figura que, embora não mencionada na lei, consta nos regulamentos de, praticamente, todas as câmaras de arbitragem: o termo de arbitragem. O termo de arbitragem, que por vezes também é chamado de ata de missão, não pode ser confundido com convenção de arbitragem. O primeiro, conforme cita a Min. Nancy Andrighi, é instrumento processual próprio que delimitará a controvérsia e a forma com que os árbitros conduzirão o procedimento.³⁵ Selma Lemes complementa ao afirmar que muito embora a convenção de arbitragem seja a fonte da arbitragem, o termo de arbitragem possui função de reiterar os termos da convenção arbitral, delimitar a controvérsia e ressaltar a atuação dos árbitros, visando minimizar os motivos de anulação da futura sentença.³⁶

A convenção de arbitragem provoca dois efeitos na relação jurídica a que se refere, um positivo, outro negativo. O primeiro diz respeito à competência conferida aos árbitros para aferir os requisitos de existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Bertrand Ancel afirma que tal efeito decorre de uma interpretação lógica, afinal “o demandante que submete o litígio ao árbitro reconhece naturalmente sua competência”, e ainda, indaga: “não será natural e razoável que o árbitro seja habilitado a apreciar se ele está ou não em posição de se engajar no conhecimento do litígio para o qual foi investido?”.³⁷

Já o segundo, o efeito negativo, conforme assegura Eleonora Coelho Pitombo, é “aquele que faz com que o efeito positivo seja oponível ao juiz togado, impondo a este o dever de abster-se de conhecer e julgar a questão antes de sua apreciação pelo árbitro”.³⁸ É, ainda, de tais efeitos que surge o princípio competência-competência.

Conclui-se, portanto, que a convenção de arbitragem é o instrumento originário da

³³ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

³⁴ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

³⁵ STJ, 3a Turma, REsp 1.389.763/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. u. 12.11.2013, DJe 20.11.2013.

³⁶ LEMES, Selma M. F. A função e o Uso do Termo de Arbitragem. Valor Econômico, p. e-2 - E-2, 08 set. 2005

³⁷ ANCEL, Bertrand. *O controle de validade da Convenção de Arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”*. RBAr n. 6, abr./jun. 2005, p. 52-64

³⁸ PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem: Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam: Atlas, 2007. p. 326-338.

arbitragem, fonte legitimadora de todo o processo arbitral, de tal modo que requer atenção especial dos advogados em sua negociação, visando evitar o pacto de convenções patológicas³⁹.

2.3.3. Os árbitros

Não seria engano afirmar que os árbitros são uma das figuras mais importantes dentro da arbitragem, afinal, são os responsáveis pela condução do procedimento desde o termo de arbitragem até a pronúncia da sentença arbitral. Com isso em vista, reitera-se o adágio bastante conhecido em matéria arbitral: “a arbitragem vale o que vale o árbitro”, posto que o sucesso da arbitragem – e, consequentemente, a satisfação das partes – está intrinsecamente ligado à figura do Tribunal Arbitral.

Para se tornar árbitro, conforme art. 13 da Lei de Arbitragem, é necessário ser pessoa capaz e possuir a confiança das partes.⁴⁰ Note-se que a legislação não exigiu formação prévia e tampouco restringiu a função aos advogados, o que possibilita – e por diversas vezes se torna atraente – que profissionais de outras áreas possam ser indicados, conforme a matéria em conflito exija. A título de exemplo, em arbitragens cujo cerne são contratos de construção, pode fazer sentido que um dos árbitros possua formação em engenharia.

O fato de a legislação não exigir formação prévia não significa que é possível a indicação de nomes a esmo. José Miguel Júdice adverte que “o bom árbitro é, em primeiro lugar, uma personalidade que possa aspirar a ser respeitada e ouvida pelos outros árbitros, devido às características do seu ser moral e profissional”.⁴¹

O primeiro requisito para ser árbitro é, como mencionado, a capacidade. Nesse ponto, a intenção do legislador foi tão somente reiterar o que o artigo primeiro refere para as partes, isto é, se para se valer da arbitragem é necessário ser capaz de se tornar sujeito de deveres e direitos, requer-se tal condição igualmente do árbitro.

O segundo requisito é deter a confiança de ambas as partes, que deve ser interpretada como a credibilidade dada pelas partes às características profissionais do indicado. Conforme leciona Adriana Pucci, a natureza da arbitragem exige das partes uma postura ativa no controle da isenção dos árbitros – que será realizado através da impugnação dos árbitros –, haja visto que essas escolhem os seus julgadores e é, justamente, através da confiança depositada nos

³⁹ Entende-se por patológicas as convenções que apresentarem omissões, contradições ou quaisquer obscuridades que inviabilizem o seu cumprimento imediato.

⁴⁰ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

⁴¹ JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. Doutrinas essenciais arbitragem e mediação. Revista dos Tribunais, v. 2, p. 835-860, set 2014. p. 845.

árbitros que se garantirá a condução do processo com independência e imparcialidade, que são deveres do árbitro no desempenho de suas funções, juntamente com a competência, diligência e discrição.⁴²

O árbitro está, conforme a Lei de Arbitragem, equiparado aos funcionários públicos enquanto estiverem nos exercícios de suas funções, pois são juízes de fato e de direito. De tal sorte, sobre eles incidem também as mesmas regras de impedimento e suspeição que constam no Código de Processo Civil.

As partes na arbitragem podem, ainda, convencionar *soft laws* para auxiliar o autocontrole da imparcialidade dos árbitros, a exemplo das Diretrizes da *International Bar Association - IBA Sobre Conflito de Interesses*⁴³, que refletem o entendimento da comissão de arbitragem da IBA quanto às melhores práticas internacionais relacionadas ao dever de revelação dos árbitros.

2.3.4. Sentença arbitral

A finalidade de toda arbitragem é a obtenção da sentença arbitral que satisfaça a pretensão jurisdicional das partes. A melhor definição da sentença cabe a Candido Rangel Dinamarco, que aduz: “o conceito de sentença engloba não só o ato final do processo como também algum outro interlocutório a este, com que o juiz ou árbitro decida sobre alguma das pretensões postas pelas partes”.⁴⁴

O autor supracitado aduz que as sentenças podem ser de mérito, quando resolverem total ou parcialmente a demanda, ou terminativa, quando puser fim ao processo sem que haja o julgamento do mérito. As sentenças de mérito, por sua vez, poderão ser classificadas em declaratórias, constitutivas ou condenatórias; nessa última hipótese, constituirá título executivo judicial. Em todos os casos, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos, entre as partes e seus sucessores, da sentença emanada pelo Poder Judiciário.

Desde a reforma da Lei de Arbitragem por meio da Lei federal nº 13.129/15, é cabível que os árbitros profiram sentenças parciais, nas quais decidirão definitivamente apenas uma

⁴² PUCCI, Adriana Noemi. Impugnação de árbitros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da lei de arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, 2017. p. 171-188.

⁴³ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional. Reino Unido: International Bar Association, 23 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 24 maio 2022.

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo, Malheiros, 2013. p. 174.

parte do litígio. É o que Carlos Alberto Carmona denomina de “fatiamiento do julgamento do mérito”. A sentença parcial pode servir para dirimir definitivamente questões preliminares ou prejudiciais que tenham sido suscitadas pelas partes, por exemplo, auxiliando na organização procedimental.

Cabe destacar, ao final, que a sentença arbitral não está sujeita a recursos ou a homologação do Poder Judiciário. Significar dizer, então, que ao pactuar convenção de arbitragem, as partes renunciam, também, ao duplo grau de jurisdição⁴⁵. Dessa forma, o controle judicial da arbitragem só é admitido para aferir o correto cumprimento das normas procedimentais, sendo vedada a revisão do mérito da decisão, através da ação anulatória de sentença arbitral, cujas hipóteses estão elencadas no art. 32 da Lei de Arbitragem⁴⁶.

2.3.5. Considerações finais do capítulo

Pretendeu-se com esse capítulo tratar de noções introdutórias acerca do instituto da arbitragem, que sozinho poderia ser objeto de um estudo mais intenso e detalhado. A arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos com características próprias, dentre as quais se pode destacar a celeridade da decisão em relação ao judiciário, a qualificação dos julgadores – e a possibilidade de escolha desses –, a maior flexibilização do procedimento e, talvez a melhor de suas qualidades, uma fase instrutória mais extensa e intensa.

Passaremos, então, ao exame da arbitragem inserida no contexto da Administração Pública.

3. Arbitragem com a Administração Pública: preceitos teóricos

Embora a arbitragem entre os particulares esteja consolidada há bons anos no Brasil, a arbitragem com a Administração Pública vem trilhando um caminho mais árduo para obter sua aceitação, encontrando-se até os dias atuais em desenvolvimento e expansão. Como leciona

⁴⁵ O objetivo do duplo grau de jurisdição é permitir a revisão de uma decisão judicial a fim de garantir a qualidade das decisões. Na arbitragem, onde os árbitros são escolhidos pelas próprias partes interessadas, as partes assumem o risco da qualidade da sentença arbitral que será emanada por esses. Adriana Pucci, nesse sentido, leciona: “*Na adoção de uma cláusula compromissória há um risco implicitamente assumido pelas partes, que estão cientes de que a decisão do árbitro é final e o controle judicial da sentença arbitral é excepcional*”. (PUCCI, op. cit. p. 172)

⁴⁶ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Marco Antonio Rodrigues, os principais óbices levantados ao juízo arbitral envolvendo a Administração Pública – os quais se pretende discutir nesse trabalho – eram três, são eles: o princípio da legalidade, abstraído do artigo 37 da Constituição Federal; a indisponibilidade do interesse público; o princípio da publicidade.⁴⁷

Identifica-se, desde logo, que alguns dos argumentos utilizados contra a utilização da arbitragem constituem verdadeiros paradigmas do Direito Administrativo brasileiro, do qual adotaremos a conceituação dada Hely Lopes Meirelles, isto é: “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.⁴⁸

Os paradigmas do Direito Administrativo, por sua vez, conforme lições de Gustavo Binimbojm, são premissas teóricas eleitas pelo discurso jurídico, temporariamente subtraídas à dúvida, tendo a sua legitimidade advinda da ampla aceitação pela própria comunidade jurídica, de tal sorte que será sobre os paradigmas que serão teorizadas as explicações e soluções das questões jurídicas^{49, 50}.

Esses paradigmas formam a base do Direito Administrativo, sobre os quais está estruturada a atuação dos órgãos, agentes e atividades públicas. No contexto da arbitragem, dois paradigmas foram trazidos como óbice: o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Todavia, conforme veremos adiante, não são – e tampouco deveriam ser – obstáculos reais à via arbitral.

3.1. O primeiro paradigma: o princípio da legalidade

O princípio da legalidade foi trazido como o primeiro obstáculo à arbitragem com entidades da Administração Pública e se faz necessária a compreensão de sua origem no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da autorização genérica contida na Lei federal nº 9.307/96 após a sua reforma, o princípio da legalidade ainda é suscitado como causa de impedimento da realização da arbitragem nos setores com regulamentação específica.

Há, na história do direito, quatro fases marcantes para o Direito do Estado: o Estado de Polícia, época em que o direito era obscuro e pouco definido; o Estado Liberal de Direito,

⁴⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016. p. 200.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed./atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 42.

⁴⁹ Os paradigmas são inerentes à ciência de modo geral, na qual se incluem as ciências jurídicas e, por conseguinte, o Direito Administrativo.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3º ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 28.

marcado pela influência do liberalismo e pelo surgimento de garantias às liberdades dos cidadãos; o Estado Social de Direito, onde o Estado se firma enquanto prestador de serviços voltado ao bem estar social; e, por fim, o Estado Democrático de Direito, que possui como seu principal fundamento a soberania popular.

O Estado de Polícia vigorou entre os séculos 16 a 18 e por isso nos remete a período de monarquias absolutistas em que a Administração Pública e o governo convergiam em um só. Todo poder pertencia ao líder soberano e, portanto, sua vontade era a própria lei⁵¹. Conforme pontua Aldemir Berwig, o soberano se encontrava acima de qualquer ordenamento jurídico e os atos do rei – e também da Administração Pública – não eram submetidos a tribunais.⁵²

Ao final do século 18 o Estado de Polícia deu lugar ao Estado de Direito e a noção de lei resultante da vontade do rei foi substituída pela lei resultante da vontade popular. Maria Sylvia Zanella Di Pietro retrata duas legislações que marcam o surgimento do princípio da legalidade: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵³ e a Constituição francesa de 1791^{54, 55}.

Dessa forma, estaria incluído no universo jurídico – e também no regime jurídico administrativo – o princípio da legalidade que, ainda segundo Di Pietro, declara que “ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei”.⁵⁶

No Brasil, o Estado Liberal de Direito é introduzido através da Constituição de 1891, e à época, o princípio da legalidade foi traduzido em uma vinculação negativa, isto é, a Administração Pública poderia realizar tudo aquilo que a lei não proibia⁵⁷. Compreensão similar ao que possuímos atualmente quando se trata de pessoas privadas. No entanto, sabe-se que o Estado Liberal de Direito falhou em seu propósito de redução da desigualdade e de proporcionar

⁵¹ Por essa razão é incompatível mencionar a existência de um princípio da legalidade no período de Estado de Polícia, haja visto que a lei, em fato, se tratava da vontade do soberano.

⁵² BERWIG, Aldemir. Direito administrativo. Coleção direito, política e cidadania. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019. p. 18.

⁵³ Os artigos 5 e 7 da Declaração preconizam: “Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”; “Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”.

⁵⁴ O art. 3º da Constituição francesa de 1791 afirmava: “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

⁵⁶ Ibid. p. 10.

⁵⁷ Dizia a Constituição de 1891: “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1º Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 18 abr. 2022.

segurança jurídica ao povo, razão pela qual foi substituído pelo Estado Social de Direito, com o advento da Constituição de 1934. É no Estado Social de Direito que nasce a concepção de princípio da legalidade enquanto vinculação positiva para a Administração Pública, isto é, a Administração só está autorizada a realizar aquilo que a lei autoriza, não mais o que a lei veda, fato marcante para o Direito Administrativo.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, instaura o Estado Democrático de Direito, que, em seu art. 37, trouxe previsão expressa no sentido de que a Administração Pública, direta ou indireta, deve obedecer ao princípio da legalidade. Há ainda reforço na legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei federal nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, que também vincula a Administração Pública ao princípio da legalidade⁵⁸.

Nessa carta magna, foi mantida a vinculação positiva à legalidade para a Administração Pública, de modo que, de acordo com de Vladimir da Rocha França: “a Administração Pública somente tem legitimidade para fazer aquilo que a lei lhe permitir, ainda que essa permissão decorra de obrigação ou proibição que a lei lhe imponha”.⁵⁹

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que a Constituição Federal de 1988, ainda que tenha mantido a vinculação positiva ao princípio da legalidade para a Administração Pública, traz como característica marcante uma concepção mais ampla do referido princípio, pois “o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa e implicitamente na Constituição”.⁶⁰ Assim, o princípio da legalidade, além da legislação, agora engloba também os valores e princípios incorporados na Constituição.

A vinculação positiva do princípio da legalidade é, exatamente, o argumento levantado como óbice para a possibilidade da arbitragem com entes da Administração Pública, ou seja, na necessidade de lei específica que autorize a Administração Pública a arbitrar litígios⁶¹, o que desde já se frisa que não é uma conclusão correta.

⁵⁸ Art. 2º a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁵⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 202, p. 7-29, abr./jun. 2014. p.13.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. In: Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, ano 6, nº 30, 2005, p. 46.

⁶¹ Em que pese a Lei de Arbitragem, após sua reforma em 2015, tenha recebido o §1º que inclui a Administração Pública direta e indireta entre os capazes de arbitrar, o princípio da legalidade ainda era bastante suscitado em setores regulados e com legislação especial. Pode se destacar, como exemplo, a antiga lei de licitações (Lei 8.666/93) que não possuía previsão expressa da arbitragem, tal como se encontra na nova lei de licitações (Lei

A crítica ao princípio da legalidade não é recente. Almiro do Couto e Silva, há 32 anos, já pontuava que “a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador”.

A assertiva se baseia na incompletude das leis e na incapacidade de o processo legislativo acompanhar a dinamicidade das relações econômicas, e assim complementa o autor: “a administração pública é voltada para o futuro. no estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos”.⁶²

É diante desse contexto que Gustavo Binenbojm propõe uma mudança nesse paradigma, no qual o Direito Administrativo deve deixar de adotar a legalidade como uma vinculação positiva à lei, para acolher o princípio da juridicidade administrativa, que se traduz no abandono do vínculo da Administração Pública à lei formal (vinculação positiva), passando a vincular-se ao ordenamento jurídico enquanto uma unidade, formada pela constituição, leis, regulamentos gerais e regulamentos setoriais^{63, 64}.

A juridicidade administrativa põe a Constituição Federal no centro da atuação do Poder Público, por isso, Lauro da Gama Junior afirma que o princípio da legalidade não pode imperar em detrimento de outros princípios e valores que também encontram respaldo na Constituição. Dessa forma, deve haver uma ponderação entre os princípios constitucionais para a aferição de validade dos atos administrativos.⁶⁵

Em face de todo o exposto, a aplicação do princípio da juridicidade administrativa à arbitragem implica o reconhecimento de que, mesmo não havendo previsão legislativa específica que autorizasse – ou que autorize, no caso de setores com lei especial – a arbitragem, é possível que, como aponta Bernardo Bichara Faria Coelho, o Estado fundamente suas ações para além da lei, haja vista que a participação desse em arbitragens atende a preceitos e

14.133/21) e, por essa razão, além da resistência na instauração dos procedimentos, as sentenças arbitrais eram sempre contestadas via ação anulatória do Poder Judiciário.

⁶² SILVA, Almiro do Couto e Silva. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, [s. l.], v. 179, p. 51–67, 1990. p. 53.

⁶³ Gustavo Binenbojm afirma ainda que a legalidade administrativa perde o seu caráter soberano para se tornar princípio interno da juridicidade administrativa. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3º ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 171.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3º ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 170.

⁶⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Revista De Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. 241, p. 121-157, Jul./Set. 2005. p. 139.

princípios que norteiam a atuação da administração pública e encontram fulcro constitucional, além, claro, de não haver vedação legal.⁶⁶

A arbitragem, então, seria compatível com os princípios constitucionais da eficiência e economicidade, pois proporciona aos particulares e aos entes da Administração Pública uma solução para o litígio com alto grau de *expertise* em tempo mais célere quando comparado ao Poder Judiciário. Para além de tais princípios, a arbitragem também coaduna com o direito fundamental à duração razoável do processo.

Diante de tal cenário, é possível concluir que o princípio da legalidade, enquanto dogma ultrapassado do Direito Administrativo, não constitui obstáculo suficiente à arbitragem com a Administração Pública, isto pois tal princípio deve ser substituído pela noção de juridicidade administrativa, na qual o Poder Público poderá fundamentar suas decisões e escolhas com base no ordenamento jurídico por inteiro, num verdadeiro *bloco de legalidade*⁶⁷ que tem a Constituição Federal e seus princípios como motores.

3.2. O segundo paradigma: a indisponibilidade e a supremacia do interesse público

A indisponibilidade do interesse público é o segundo paradigma sobre o qual não somente se apoia a Administração Pública, mas também todo o direito público. Definir o interesse público é o primeiro dos desafios a serem enfrentados, afinal, o interesse público é comumente tido como um conceito jurídico indeterminado. Odete Medauar assegura que “a noção de interesse público aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento de poder, configura a medida e a função administrativa”.⁶⁸ Maria Sylvia Zanella de Pietro, por sua vez, defende que o interesse público pode ser visto como um princípio político ou como um princípio jurídico.⁶⁹

Enquanto princípio político, o interesse público está inserido como a finalidade do Estado e se assemelha à noção de bem estar. O interesse público, nessa ótica, é fundamentado na natureza – e na dignidade – humana, é adaptável, é superior ao bem individual e, sobretudo, é tanto o fundamento quanto a limitação do poder político. E, nesse sentido, estamos diante de

⁶⁶ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves considerações acerca da arbitragem e os princípios da administração pública. Revista de direito da procuradoria geral, Rio de Janeiro, n. 68, p. 45-73, 2014. p. 51-52

⁶⁷ O bloco de legalidade é um conceito inerente à juridicidade e deve ser compreendido como o conjunto da Constituição Federal, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, e todas as demais legislações que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 3ª Ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 230.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3º ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 233.

um interesse público dotado de um caráter indisponível. Por outro lado, sustenta a autora que o interesse público enquanto princípio jurídico “cumpre a função de dar solução concreta a casos singulares”, sendo o espaço em que a Administração Pública interpreta e dá aplicação ao interesse público como interesse político ao caso concreto.⁷⁰

Do interesse público, visto como princípio maior, extraem-se dois outros pilares para a Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o particular, para Celso Bandeira de Mello, é um axioma do Direito Público, é um pressuposto da ordem social estável, é, inclusive, uma condição de sobrevivência do interesse privado.⁷¹ O princípio determina, portanto, que toda a atuação do Estado tenha como enfoque principal os interesses coletivos. É de se destacar a semelhança com o conceito de interesse público como princípio político.

Apesar de ser um paradigma do Direito Administrativo, tal concepção é tida por parte da doutrina como incompatível com a ideia de uma Constituição como um sistema aberto de princípios. Isto pois, como afirma Gustavo Binenbojm, os princípios possuem uma dimensão de peso e devem ser aplicados em maior ou menor grau, numa ponderação proporcional, não assumem posições hierárquicas e estáticas.⁷²

Por outro lado, a indisponibilidade do interesse público é o princípio invocado contra a possibilidade de arbitrar litígios. Isto pois, conforme determina a Lei federal nº 9.307/96, somente são arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis e, sendo o interesse público dotado de supremacia e não sendo permitido à Administração Pública os transacionar, a conclusão mais lógica seria, portanto, a impossibilidade da arbitragem com a Administração Pública.

Inobstante, a alegação supra não se confirma.

Para Hely Lopes Meireles, há uma divisão conceitual entre interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro seria o objetivo a ser alcançado pela Administração Pública – o bem estar social –, já o segundo, é a utilização dos meios necessários à consecução desse objetivo.⁷³

Hely destaca ainda que a satisfação dos interesses públicos secundários geralmente é resolvida através de relações patrimoniais, e afirma: “não há dúvida, portanto, de que nos

⁷⁰ Op. Cit. 241.

⁷¹ MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84 de 2.12.2014. São Paulo. Malheiros Editores, 2014. p. 70.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3º ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 30.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed./atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 284.

contratos celebrados pela Administração há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem”.

A indisponibilidade do interesse público que trata a lei atinge, tão somente, os interesses públicos primários. Isto é, é vedado que o Estado deixe de lado a meta de bem estar social para, então, atuar em privilégio de interesses particulares ou contrários ao interesse público. No entanto, os interesses secundários não são atingidos ao todo por tal indisponibilidade, haja vista a existência de caráter econômico e patrimonial nos contratos públicos firmados pela Administração Pública para a consecução de seu interesse primário.

Ademais, Eros Roberto Grau defende que não há uma correlação entre a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Isto pois para a realização do interesse público – noção de bem estar, que é indisponível – a Administração Pública deve dispor de direitos patrimoniais ao realizar contratos públicos das mais diversas ordens. Ao fim, o doutrinador ainda assegura: “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.⁷⁴

Ante o que fora exposto, é imprescindível a conclusão de que o interesse público, conceito jurídico indeterminado, não pode constituir óbice a arbitragens com a Administração Pública, posto que não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos patrimoniais.

3.3. O princípio da publicidade

Notadamente o caráter sigiloso que detém a arbitragem é visto como um diferencial, sendo, inclusive, crucial para determinados conflitos complexos que envolvam, por exemplo, *know-how* específico e especializado de determinada companhia, dados financeiros sensíveis das empresas, condições de contratação, segredos empresariais, dentre diversos outros cuja divulgação possa trazer riscos à atuação da empresa que será parte na arbitragem.

Se, por um lado, o sigilo é visto pelos particulares sob uma ótica positiva, por outro, muito se argumentou sobre esse caráter inviabilizar a arbitragem com a Administração Pública que tem a sua atuação pautada, por força constitucional, no princípio da publicidade.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.21, pp. 141 – 148. Março/2002. p. 147.

A intenção do legislador ao inserir a publicidade dos atos como um princípio constitucional foi, notadamente, garantir ao cidadão interessado o acesso às informações sobre a atuação estatal que são de seu interesse. Para além disso, a divulgação dos atos da Administração Pública funciona como mecanismo de vigilância e repressão face às ilegalidades.

Mas, como afirma Carlos Alberto Carmona, “deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões”.⁷⁵

O princípio da publicidade emanado pela Constituição Federal de 1988 não torna a arbitragem incompatível com os entes da Administração Pública, isto pois o sigilo não é requisito *sine qua non* para a instituição do procedimento arbitral, podendo ser convencionado mecanismos de divulgação das decisões para que a Administração Pública preste contas aos cidadãos. Nesse quesito, portanto, prevalece a transparência às decisões e atos essenciais do processo arbitral, mas, ainda como alerta o autor supra, devem ser resguardados os sigilos dos debates e documentos que instruíram a arbitragem.

Cumprir destacar, nesse aspecto, o enunciado nº 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, que afirma ser de competência da Administração Pública promover a publicidade dos atos realizados na arbitragem, podendo, inclusive, ser mitigada nos casos de sigilo preconizados em lei.⁷⁶

A Lei de Arbitragem, por sua vez, selou o entendimento no sentido de que a arbitragem com a Administração Pública deverá obedecer ao princípio da publicidade, através de seu art. 2º, §3º⁷⁷.

Portanto, em período anterior à reforma da Lei de Arbitragem já se compreendia a possibilidade de compatibilizar o sigilo da arbitragem com a publicidade dos atos, princípio o qual a Administração Pública está submetida. Após a reforma, então, estão superadas quaisquer dúvidas quanto ao tema. As vantagens da opção pela arbitragem vão muito além do sigilo que é proporcionado, de modo que a publicidade dos autos completos ou dos atos processuais não tem o condão de enfraquecer a eficácia desse meio de resolução de conflitos.

⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. Ed. São Paulo: atlas, 2009. pp. 51-52.

⁷⁶ Enunciado nº4: Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em Lei, a juízo do árbitro.

⁷⁷ § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

3.4. Avanços legislativos

Paralelamente às discussões quanto à legalidade da arbitragem com a Administração Pública, alguns setores regulados providenciaram a autorização legislativa necessária para incluir o método de resolução de conflitos em seus contratos. Abaixo, listaremos algumas das leis que contam com autorização expressa para a opção pela arbitragem.

3.4.1. Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem brasileira

Inicialmente a Lei de Arbitragem brasileira não trouxe consigo previsão específica sobre a possibilidade de arbitragem com a Administração Pública. A situação mudou em 2015, com a sua reforma pela Lei federal nº 13.129/15, na qual fora incluído o §1º ao artigo 1º, que passou a prever autorização genérica à toda a Administração Pública direta e indireta para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis através da via arbitral.

3.4.2. Lei federal nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações

A Lei Geral de Telecomunicações, editada em 1997, cuidou de prever que é requisito essencial do contrato de concessão o foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências contratuais, nos termos do art. 93, inciso XV⁷⁸, estando autorizada, portanto, a arbitragem nos conflitos derivados de contratos públicos no setor de telecomunicações.

Embora haja autorização legal específica há mais de duas décadas e que esses contratos de concessão contenham cláusula arbitral, o instituto foi deixado à margem por todos esses anos. Somente em dezembro de 2021 ocorreu a assinatura dos primeiros termos de arbitragem envolvendo a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e as três maiores concessionárias de telefonia fixa do país. Os litígios alcançam cifras bilionárias e serão administrados pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). Segundo Paulo Firmeza, Procurador Geral da PFE-Anatel, as cláusulas arbitrais nos contratos de concessão estariam desatualizadas, razão pela qual foram necessárias negociações com as concessionárias para adequação do procedimento às melhores práticas arbitrais.⁷⁹

⁷⁸ Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

⁷⁹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. AGU viabiliza arbitragens para resolver controvérsias bilionárias do setor de telecomunicações. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-viabiliza-arbitragens-para-resolver-controversias-bilionarias-do-setor-de-telecomunicacoes>>. Acesso em 04 mai. 22.

A desatualização das cláusulas arbitrais já vinha sendo alertada pela doutrina. Gustavo da Rocha Schmidt, versando sobre a cláusula compromissória que fora inserida nos contratos de concessão firmados com a ANATEL, destacou o mau uso da arbitragem nas relações com a Administração Pública, de modo que, ao invés de reduzir os custos de transação com o Estado, os aumentava.⁸⁰

Entre as más práticas destacas, estariam: a previsão de um tribunal arbitral formado por cinco árbitros que, apesar de possível nos termos da Lei de Arbitragem, revela-se contraproducente e geram custos excessivos, posto que os valores pagos em honorários de árbitros praticamente dobra, não havendo melhoria significativa na qualidade da sentença proferida; a competência da ANATEL em indicar o presidente do tribunal arbitral, isto é, a agência indicaria três dos cinco árbitros, o que vai de encontro com às melhores práticas internacionais, na qual a figura do presidente do tribunal arbitral é imparcial e indicado pelos próprios árbitros ou em conjunto pelas partes; estabelecimento de prazos aleatórios e extremamente curtos; possibilidade de reconsideração da decisão caso haja divergência por um dos cinco árbitros, numa espécie *sui generis* de “recurso” à sentença arbitral.

Por sorte, como visto acima, a Advocacia Geral da União tem atuado de maneira a corrigir as desatualizações, de forma que a arbitragem possa ser vantajosa para o particular e, sobretudo, para a Administração Pública, realizando negociações das cláusulas e instaurando os procedimentos em conformidade com as melhores práticas reconhecidas para a arbitragem.

3.4.3. Lei federal nº 9.478/97 – Lei da Agência Nacional do Petróleo (ANP) e Lei federal nº 12.351/10 – Lei do Pré-Sal

O setor petrolífero é marcado pelos vultuosos recursos envolvidos, tanto em investimentos quanto em lucros, participações especiais e royalties. Ao mesmo tempo, é atividade arriscada cuja exploração tende a ser de longa duração. A complexidade e dinamicidade do setor fazem com que a arbitragem seja uma via extremamente vantajosa por proporcionar uma solução mais célere, evitando que os prejuízos decorrentes dos litígios se

⁸⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Arbitragem Administrativa à Brasileira. Migalhas, [S. l.], p. 1, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331362/arbitragem-administrativa-a-brasileira>. Acesso em: 04 mai. 2022.

ampliem no decorrer do tempo. Com isso em vista, a Lei federal nº 9.478/97 previu a utilização da arbitragem em seu artigo 43, inciso X⁸¹.

Posteriormente, foi prevista também a arbitragem nos contratos relativos à exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos nas áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, nos termos do art. 29, inciso XVIII da Lei federal nº 12.351/10⁸².

3.4.4. Lei federal nº 10.233/01 – Lei da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)

O setor de transportes terrestres e aquaviários conta com autorização legal expressa e específica para pactuar arbitragem como método de resolução de conflitos, por força do art. 35, inciso XVI, da Lei federal nº 10.233/01⁸³. A arbitragem no setor, portanto, deve obedecer às resoluções nº 5.845 de 14 de maio de 2019 e 5.960 de 2 de fevereiro de 2022, que dispõem sobre as regras procedimentais a serem adotadas tanto para autocomposição quanto para arbitragem no âmbito da ANTT.

3.4.5. Lei federal nº 10.848/04 – Lei de Comercialização de Energia Elétrica

O setor da comercialização de energia elétrica também detém autorização expressa da legislação para a solução de litígios pela via arbitral, a partir do artigo 4º, §§5º e 6º da Lei federal nº 10.848/04⁸⁴. Para além dessa previsão legal, a arbitragem é reforçada pelo art. 44 da Resolução Normativa ANEEL nº 957 de 07 de dezembro de 2021, o qual determina que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e seus agentes deverão dirimir

⁸¹ Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - As regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

⁸² Art. 29. São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: XVIII - As regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem;

⁸³ Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: XVI – Regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

⁸⁴ Art. 4º [...] § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

conflitos que envolvam direitos patrimoniais por intermédio da arbitragem. A Convenção Arbitral prevista na resolução é obrigatória a todos os agentes da CCEE e à própria CCEE.

Para fins da resolução supra, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, consideram-se agentes da CCEE: o concessionário, permissionário e autorizado de serviços ou instalações de energia elétrica, detentor de registro de empreendimento de geração, consumidor livre e consumidor especial que seja associado à CCEE, de acordo com seu art. 2º, inciso I.

A Lei federal nº 10.848/04 cuidou, ainda, de expressamente autorizar as empresas públicas e as sociedades de economia mista a aderirem à Convenção Arbitral. Além de definir que os direitos relativos aos créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE serão considerados direitos disponíveis – e, portanto, arbitráveis.

3.4.6. Lei federal nº 11.079/04 – Lei de Parcerias Público-Privadas

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) são, conforme Lauro da Gama e Souza Jr., instrumentos que promovem a participação da iniciativa privada no desenvolvimento de projetos de Estado. Esse modelo de contratação pública é internacionalmente utilizado e é excelente forma de reduzir a necessidade de recursos públicos – que já são escassos – em empreendimentos que servirão a população.⁸⁵

No Brasil, as PPPs são regulamentadas pela Lei federal nº 11.079/04, que em seu artigo 11, inciso III⁸⁶, prescreveu que a minuta de contrato divulgada no instrumento convocatório poderá conter a opção pelo emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem. Mas manteve a ressalva de que, ocorrendo arbitragem, deverá ter sede no Brasil e o procedimento deverá ser conduzido em língua portuguesa.

3.4.7. Lei federal nº 8.987/05 – Lei de Concessões

⁸⁵ SOUZA JR. Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. 241, p. 121-157, Jul./Set. 2005.

⁸⁶ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – O emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Conforme definição dada pelo art. 2º, incisos II e III, da Lei federal nº 8.987/95, a concessão de serviço público é a delegação da prestação de um serviço pelo poder concedente, mediante licitação, tal prestação poderá ou não ser precedida de execução de obra pública. A legislação regulamenta, ainda, a permissão de serviço público, que conforme inciso IV do dispositivo legal supracitado, é a delegação a título precário, também mediante licitação, da prestação de serviços públicos pelo poder concedente.

Influenciada pela Lei de Parcerias Público-Privadas e no potencial que a arbitragem detém em fornecer segurança aos investidores estrangeiros, a Lei de Concessões foi alterada pela Lei federal nº 11.196/05 para fazer constar o art. 23-A que previu expressamente a possibilidade de o contrato de concessão prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas relacionadas ao contrato.

3.4.8. Lei federal nº 13.303/16 – Lei das Estatais

A Lei federal nº 13.303/16, também conhecida como Lei das Estatais, por dispor sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e da sociedade de economia mista, cuidou em possibilitar o uso da arbitragem por essa última, através do parágrafo único do art. 12⁸⁷. A via arbitral poderá ser utilizada para dirimir conflitos entre acionistas e sociedade ou entre acionistas controladores e minoritários.

3.4.9. Decreto federal nº 10.025/19

O Decreto federal nº 10.025/19 regulamentou a arbitragem com a Administração Pública nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O legislador se preocupou em descrever, na maior quantidade de detalhes possíveis, quais litígios poderão ser arbitrados, as regras gerais e prazos do procedimento, dentre outros. É, atualmente, a regulamentação mais precisa sobre arbitragem e Administração Pública, suas disposições serão melhor analisadas no capítulo seguinte.

3.4.10. Lei federal nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações

⁸⁷ Art. 12. [...] Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

Há muitos anos se discutia se a arbitragem poderia ser utilizada como meio de resolução de conflitos nas licitações e contratos administrativos. Por um lado, havia entendimento que seria possível, posto que havia autorização à sujeição das normas dos organismos de financiamento internacionais que, por sua vez, previam meios alternativos de resolução de conflito. Por outro, argumentava-se que a cláusula arbitral seria incompatível com a cláusula de eleição de foro obrigatória constante no art. 55, §2º da Lei federal nº 8.666/93.

A Nova Lei de Licitações pôs fim às dúvidas ao dedicar o capítulo XII aos meios alternativos de resolução de controvérsias. A Lei federal nº 14.133/21 passou a autorizar expressamente que as contratações regidas pelo diploma legal utilizem meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, quais sejam: a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e a arbitragem na resolução de conflitos relacionados à direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, o art. 153 da Lei federal nº 14.133/21⁸⁸ preconiza que as contratações já existentes – e realizadas sob a égide da Lei federal nº 8.666/93 – poderão ser aditadas para prever a adoção das vias alternativas de resolução de disputas.

4. Especificidades da arbitragem no regime jurídico administrativo

Como visto, a arbitragem é plenamente compatível para os entes da Administração Pública. No entanto, é necessário que na instituição do processo arbitral sejam observadas as particularidades inerentes ao regime jurídico administrativo. Para debater tais especificidades, tomaremos como base, dentre outras, as disposições da Lei federal nº 9.307/96, do Decreto federal nº 10.025/19 e a Portaria Normativa nº 42 de 07 de março de 2022 da Advocacia Geral da União, tendo em vista que tais disposições legais regulamentam os processos arbitrais com a Administração Pública e que podem ser utilizados como regra aplicável aos procedimentos⁸⁹.

4.1. Sede da arbitragem e idioma

A Lei de Arbitragem não trouxe previsão quanto à sede da arbitragem e tampouco o idioma em que o processo arbitral será conduzido. Por outro lado, legislações especiais como o

⁸⁸ Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

⁸⁹ A par da sobreposição da juridicidade administrativa sobre o princípio da legalidade administrativa, não há problemática ao utilizar tais legislações como lei aplicável ao procedimento, em especial o Decreto 10.025/2019 que, apesar de tratar dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, suas disposições podem ter grande valia para a arbitragem com a Administração Pública em geral.

Decreto federal nº 10.025/19⁹⁰, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei federal nº 11.079/04)⁹¹ e a Lei de Concessões (Lei federal nº 8.987/95)⁹² trazem como exigência que a arbitragem tenha sede no Brasil e que seja conduzida em língua portuguesa.

Apesar de tais exigências, como bem afirmam Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow, em contratos internacionais é usual que seja negociada a sede da arbitragem, visando a escolha de um lugar neutro. No entanto, o idioma português deve ser preservado em atenção ao acesso da informação e do princípio da publicidade. Além disso, anotam os autores que a prática de atos relativos à arbitragem em diferentes localidades não descaracteriza a sede da arbitragem.⁹³

4.2. Critério de julgamento e direito aplicável

Tratar do critério de julgamento é definir se a arbitragem será de direito ou por equidade. Sendo a arbitragem de direito, estarão os árbitros obrigados a fundamentarem suas decisões no direito positivado. Sendo a arbitragem por equidade, poderão os árbitros afastar o rigor normativo para, diante da situação concreta, julgar de maneira diversa ou além do que ordena a lei. Carlos Alberto Carmona aponta que a equidade tomaria lugar da norma quando o árbitro notar que a situação concreta não tenha sido prevista pelo legislador, também quando notar que a norma esteja desatualizada em comparação com a realidade ou, também, quando a aplicação da lei estritamente causará injusto desequilíbrio entre as partes.

Cumprе ressaltar que, como anota o autor supra, apesar de o árbitro poder decidir *contra legem* na arbitragem por equidade, não significa que esse deva afastar o direito positivo, visto que o julgamento por equidade passará a constituir faculdade do árbitro, devendo ser exercida somente se não for possível, através das leis, chegar a uma solução justa para o conflito de fato.⁹⁴

⁹⁰ Art. 3º [...]: III - A arbitragem será realizada na república federativa do brasil e em língua portuguesa;

⁹¹ Art. 11. [...]: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁹² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no brasil e em língua portuguesa, nos termos da lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 58.

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. Ed. São Paulo: atlas, 2009. p. 66.

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 2º, §3º (incluído pela Lei federal nº 13.129/15) veda a aplicação do julgamento por equidade, ordenando que a arbitragem que envolva a Administração Pública seja sempre de direito. Tal critério de julgamento é reforçado pelo art. 3º, inciso I do Decreto federal nº 10.025/19.

Em comentário ao projeto de lei que originou a Lei federal nº 13.129/15 – e, por conseguinte, incluiu o §3º ao art. 2º da Lei de Arbitragem –, Selma Lemes considerou que vedar a decisão por equidade é criar empecilhos e amarras à modernização do texto legal e da arbitragem na Administração Pública. A professora descreveu que essa vedação quebra com a estrutura flexível inerente à arbitragem, podendo ser prejudicial para setores de atuação da Administração Pública que baseiam sua atuação em *business standards* que, apesar de serem diretrizes obrigatórias para a realização de negócios, não são leis e, portanto, estariam excluídas da apreciação dos árbitros.

No que toca ao direito aplicável, apesar de a Lei de Arbitragem ter sido silente quanto ao tema, o Decreto federal nº 10.025/19 aduz que as normas de direito material que fundamentarão a decisão arbitral devem ser as da legislação brasileira. Registre-se que o decreto apenas vinculou as regras de direito material, deixando em aberto a possibilidade de, nos contratos internacionais cuja sede da arbitragem não seja o Brasil, seja convencionado o direito processual aplicável.

4.3. Publicidade

Como foi visto no tópico 3.3 desse trabalho, a publicidade é plenamente conciliável com a arbitragem que, em sua natureza é sigilosa. De igual modo, vimos que é de competência da Administração Pública realizar a divulgação das decisões e atos processuais relevantes para o atendimento ao princípio da publicidade. Resta, portanto, que visualizemos como a Administração Pública tem dado efetividade à tal princípio.

Para a análise, serão tomados como base as arbitragens em que a União, o estado de São Paulo e o estado do Rio de Janeiro sejam parte, representadas, respectivamente, pela Advocacia Geral da União (AGU) e pelas Procuradorias Gerais dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro (PGE-SP, PGE-RJ).

A União, através da AGU, mantém endereço eletrônico⁹⁵ do Núcleo Especializado em Arbitragem no qual são disponibilizados para acesso as portarias normativas da AGU; a lista

⁹⁵ Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir>>. Acesso em 04 mai. 2022.

de câmaras credenciadas e o procedimento para credenciamento; atos processuais relativos às arbitragens; no site encontraremos atas de missão, sentenças parciais e finais, ordens processuais e termos de arbitragens, e; planilhas que sintetizam informações como: números dos processos e câmaras arbitrais em que estão sendo administrados, setor, valor da disputa, nome dos árbitros, identidades das partes e, por fim, a fase processual em que se encontra o litígio.

O estado de São Paulo, em seu turno, por meio da PGE-SP, também mantém endereço eletrônico⁹⁶ no qual disponibiliza a composição do núcleo de Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, os atos normativos pertinentes, a lista de câmaras cadastradas e os atos dos procedimentos arbitrais em que o estado de São Paulo é parte.

Cabível destacar que, no caso do estado de São Paulo, o Decreto estadual 64.356/19, em seu art. 12, caput e parágrafos⁹⁷, prevê a disponibilização de todos os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores, razão pela qual a publicidade abrange, salvo acordo em contrário e hipóteses legais de sigilo, as manifestações das partes e laudos periciais, por exemplo.

Por fim, o estado do Rio de Janeiro, por intermédio da PGE-RJ, apesar de também possuir endereço eletrônico relacionado à arbitragem⁹⁸, somente são divulgados os órgãos arbitrais cadastrados e os atos normativos pertinentes, não há a disponibilização dos atos processuais da arbitragem. Para a obtenção de informações o cidadão deve preencher Requerimento de Acesso à Informação e assinar o Termo de Responsabilidade pelo uso e Divulgação de Informações. O requerimento está em concordância com o que dispõe o art. 10 da Lei federal nº 12.527/11⁹⁹, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Assim, é possível denotar que todos os órgãos da Administração Pública supracitados utilizam endereços eletrônicos para a divulgação dos atos processuais relativos a arbitragens em que são partes. Tal medida, nos tempos atuais, se revela como a melhor forma de maximizar o acesso dos cidadãos à informação, tendo em vista o amplo alcance que a internet detém.

⁹⁶ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/>. Acesso em 04 mai. 2022.

⁹⁷ Artigo 12 - Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. § 1º - para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, termo de arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros. § 2º - a procuradoria geral do estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores. § 3º - as audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.

⁹⁸ Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/entendimentos/arbitragem>>. Acesso em 04 mai. 2022.

⁹⁹ Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

4.4. Escolha de câmaras arbitrais e árbitros

A escolha da câmara arbitral¹⁰⁰ que administrará o procedimento e de quais árbitros julgarão o litígio já foram objetos de intensa discussão pela doutrina, em especial para definir se o procedimento de escolha deve seguir os trâmites burocráticos da licitação ou estariam dispensados de tal formalidade. A Lei de Arbitragem foi omissa quanto ao tema; no entanto, há no Decreto federal nº 10.025/19 e nas recentes Portarias Normativas nº 21/2021 e 42/2022 da Advocacia Geral da União fundamentos quanto ao procedimento a ser adotado nos litígios com a Administração Pública, sendo as duas primeiras nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário e, essa última, com aplicação geral.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 determina que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. É diante desse fundamento legal que se sustentava a necessidade de licitação para a suposta “contratação” de árbitro e da câmara arbitral.

Inquestionável que a obrigatoriedade da licitação se impõe aos contratos celebrados pela Administração Pública; todavia, a hesitação que se impõe a partir do texto legal é: a indicação de árbitros e a escolha da câmara arbitral para administrar o procedimento teria natureza jurídica contratual e, por consequência, prescindiria de licitação?

Marçal Justen Filho afasta a hipótese de vínculo contratual entre as partes litigantes e os árbitros e câmaras arbitrais, posto que a existência de uma relação contratual resulta, necessariamente, na fusão da vontade das partes para a produção de um ato jurídico uno, cujo conteúdo é determinado – ou determinável –, pelas partes. No entendimento do autor, portanto, a escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral são “relações jurídicas fundadas em atos voluntários unilaterais, que se produzem de modo sucessivo e que não apresentam natureza contratual”. Ademais, ainda que houvesse consenso entre o particular e a Administração Pública, não estaríamos diante de contrato, mas sim de acordo, pois as partes não possuem

¹⁰⁰ A câmara arbitral é a instituição responsável pelas atividades secundárias da arbitragem, atuarão de modo a garantir que o procedimento obedeça aos princípios do contraditório e ampla defesa, gerenciando o recebimento e a disponibilização dos documentos e petições, algumas oferecerão, também, ambientes para a realização de audiências, dentre outros serviços. Apesar de recomendável, não é exigível que haja uma câmara arbitral em todas as arbitragens, haja vista a possibilidade de arbitragem *ad hoc*.

interesses contrapostos, mas sim a mesma intenção: aceitar os árbitros e delegar a câmara arbitral.¹⁰¹

Nessa linha, relevante destacar o enunciado nº 39 da I Jornada de Direito Administrativo, o qual preconizou que a indicação e aceitação de árbitros pela Administração Pública independem de seleção pública formal, devendo apenas ser objeto de fundamentação prévia e por escrito.¹⁰² Ampliando esse entendimento, o enunciado 203 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal definiu que não só na indicação de árbitros é dispensada a licitação, mas também o processo de escolha de todos aqueles que atuarão como terceiros facilitadores em métodos extrajudiciais de conflitos com o Poder Público, englobando nessa compreensão, agora, os mediadores, conciliadores, negociadores e membros do comitê de *dispute boards*.¹⁰³

De tal forma, tendo em vista que o texto do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 é notoriamente dedicado às contratações da Administração Pública e, não havendo, portanto, um vínculo contratual entre o particular e a Administração Pública com os árbitros e câmara arbitral, é possível concluir que a escolha desses não prescindirá de licitação¹⁰⁴.

Feitas as considerações quanto à natureza jurídica do vínculo entre árbitros e câmaras arbitrais e as partes da arbitragem, vejamos o que trata a legislação quanto ao procedimento a ser adotado. Nesse aspecto, o Decreto 10.025/19 e as Portarias Normativas nº 21/2021 e 42/2022 da Advocacia Geral da União trazem importantes normas.

O Decreto 10.025/19 determina que a escolha da câmara arbitral somente poderá ser realizada dentre aquelas que foram previamente credenciadas pela Advocacia-Geral da União. O credenciamento é uma etapa incluída pelo legislador que visa garantir que as instituições possuam três requisitos mínimos: (i) o funcionamento regular há pelo menos três anos; (ii) ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais e; (iii) existência de regulamento próprio disponível em língua portuguesa.

A Portaria Normativa nº 21 da Advocacia Geral da União prestou a regulamentar o processo de credenciamento das câmaras arbitrais, como determinou o Decreto 10.025/19. A

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. Revista Brasileira da Advocacia, n. 1, p. 103-150, abr/jun. 2016. p. 111.

¹⁰² BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciados nº 80. I Jornada de Direito Administrativo. Brasília, 2020.

¹⁰³ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciados nº 203. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília, 2021.

¹⁰⁴ É de se destacar também que a natureza da licitação não coaduna com o propósito da escolha dos árbitros, pois há, na indicação, uma relação de confiança na especialização do indicado, o caráter competitivo proporcionado pelo ambiente licitatório, além de constituir burocracia em meio a uma desburocratização – saída do judiciário –, não é adequado para os fins arbitrais.

portaria, além dos requisitos mencionados, acrescentou os seguintes requisitos mínimos: (i) compromisso da câmara arbitral em respeitar o princípio da publicidade; (ii) compromisso da câmara arbitral em administrar os processos arbitrais no Brasil e em língua portuguesa; (iii) responsabilização instituição pela designação de espaço e agenda disponível para realização de audiência e demais atos, na cidade sede da arbitragem ou, eventualmente, em outras localidades; e, (iv) compromisso da câmara arbitral para, caso o pagamento de honorários de árbitros seja realizado por meio de hora trabalhada, apresentar relatório detalhado das funções exercidas e das horas trabalhadas, sendo vedado o pagamento de horas não trabalhadas.

A Portaria prevê, ainda, as formas de comprovação de atendimento aos requisitos exigidos, que deverá se dar vide esquema abaixo:

PORTARIA NORMATIVA AGU Nº 21, DE 22 DE JULHO DE 2021		
Requisito	Meio de comprovação	Fundamento
Funcionamento regular há três anos	Cópia dos atos constitutivos da câmara arbitral ou qualquer outro meio que ateste o regular funcionamento no prazo exigido.	Art. 3º, §1º
Idoneidade	Declaração assinada pelo representante legal da câmara arbitral, na forma do anexo à Portaria Normativa.	Art. 3º, §2º
Competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais reconhecida	Comprovação da administração de, no mínimo, três processos arbitrais que envolvam a Administração Pública federal, estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta ou ente de Estado estrangeiro, ainda que não sentenciados e comprovação da administração de no mínimo, quinze processos arbitrais, nos últimos doze meses, ainda que não iniciados ou sentenciados no referido período, sendo pelo menos um com valor de causa superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).	Art. 3º, §3º, I e II
Regulamento próprio em língua portuguesa	Apresentação de cópia do regulamento.	Art. 3º, §4º

Respeito ao princípio da publicidade	Declaração assinada pelo representante legal da câmara arbitral, na forma do anexo à Portaria Normativa.	Art. 3º, §5º
Administração dos processos arbitrais no Brasil e em língua portuguesa	Declaração assinada pelo representante legal da câmara arbitral, na forma do anexo à Portaria Normativa.	Art. 3º, §6º
Designação de espaço e agenda disponíveis para realização de audiências na sede da arbitragem ou outras localidades	Declaração assinada pelo representante legal da câmara arbitral, na forma do anexo à Portaria Normativa.	Art. 3º, §6º
Apresentação de relatórios detalhados das horas trabalhadas dos árbitros	Declaração assinada pelo representante legal da câmara arbitral, na forma do anexo à Portaria Normativa.	Art. 3º, §6º

Realizado o credenciamento, a câmara arbitral será considerada apta a administrar procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Sendo omissa a cláusula arbitral quanto à indicação da câmara, poderá o particular indicar, a se critério uma das instituições credenciadas, hipótese em que, havendo discordância na escolha, poderá a Administração Pública se manifestar contrariamente à escolha, devendo o particular realizar nova indicação.

Cumprе mencionar que a medida do cadastramento das instituições também foi adotada nas legislações estaduais, tais como o Decreto 64.256/19¹⁰⁵ do Estado de São Paulo e a Lei estadual 19.477/11 do Estado de Minas Gerais que, apesar de não mencionar expressamente a exigência, requer que o árbitro seja membro de câmara arbitral inscrita no

¹⁰⁵ Artigo 13 - o cadastramento de câmaras arbitrais consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a administração pública direta e suas autarquias.

Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado, realizando, assim, uma forma de cadastramento¹⁰⁶.

No que tange à escolha dos árbitros, o Decreto 10.025/19, em seu art. 12, atribuiu três requisitos mínimos que devem acumular os profissionais: (i) estar no gozo de plena capacidade civil; (ii) deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e, (iii) não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, nos termos do Código de Processo Civil.

E nesse quesito, a recente Portaria Normativa nº 42 da Advocacia Geral da União, de 07 de março de 2022¹⁰⁷, estabeleceu os critérios para a escolha de árbitros pela União nos processos arbitrais em que seja parte. Os requisitos mínimos para o árbitro são: (i) estar no gozo de sua plena capacidade civil; (ii) deter a confiança das partes; (iii) deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio, que, para seu cumprimento, serão observadas a formação profissional, área de especialidade, nacionalidade e idioma do indicado; (iv) não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, nos termos do Código de Processo Civil; (v) não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e (vi) não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central. Além dos requisitos mínimos, podem ser observados ainda a disponibilidade, experiências pretéritas como árbitros dos indicados, o número de indicações para árbitro pela União e, também, o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

Ante o que foi visto, apesar de a escolha dos árbitros e da câmara de arbitragem responsável pela administração do procedimento não prescindirem de licitação, a legislação

¹⁰⁶ Discorda-se da classificação da câmara arbitral como fornecedor de serviços, apesar de haver doutrina favorável a essa qualificação, como fora visto anteriormente, a relação jurídica entre câmara arbitral e as partes da arbitragem são atos voluntários unilaterais. O reconhecimento da atuação das câmaras arbitrais enquanto prestação de serviços resultaria, inclusive, na necessidade de licitação, nos termos do art. 37, XXI da CF/88. Marçal Justen Filho assegura que “numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma câmara de arbitragem ‘presta serviços’ às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido” (JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. Revista Brasileira da Advocacia, n. 1, p. 103-150, abr/jun. 2016. p. 114).

¹⁰⁷ Diferente da portaria AGU nº 21/19, a portaria AGU nº 42/22 não está restrita aos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e possui aplicação em todos os procedimentos em que a União seja parte.

cuidou de prever requisitos específicos para a habilitação de árbitros e instituições, visando garantir a qualidade e segurança jurídica nas arbitragens com a Administração Pública.

4.5. As despesas com a arbitragem

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos custoso, em especial quando se trata de contratos de grande vulto. A título elucidativo, um litígio com pedidos avaliados em R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, conforme Tabela de Despesas 2019 (em vigência), resultará em uma Taxa de Administração de R\$135.920,00 (cento e trinta e cinco mil, novecentos e vinte reais) e R\$566.000,00 (quinhentos e sessenta e seis mil reais) a título de honorários do Tribunal Arbitral. O custo total com a indicação dos árbitros e da câmara arbitral, portanto, será de R\$701.920,00 (setecentos e um mil, novecentos e vinte reais), no qual cada parte deverá desembolsar R\$350.960,00 (trezentos e cinquenta mil, novecentos e sessenta reais).

A Administração Pública enfrenta limitações orçamentárias e trâmites mais burocráticos para a liberação de verbas e a solução que vem sendo adotada é a antecipação das custas e despesas pelo particular, com posterior compensação ao final do procedimento arbitral. É essa medida que proposta pelo Decreto federal nº 10.025/19¹⁰⁸, pelo Decreto estadual nº 64.356/19¹⁰⁹ do Estado de São Paulo e pela Lei federal nº 13.448/17¹¹⁰.

Sobre o tema, Carlos Alberto Carmona alerta que essa providência não resolve todos os problemas, em especial por dar margem a abuso que poderia ser evitado, ao mencionar a possibilidade de o ente público iniciar o procedimento, delegando ao particular a responsabilidade de arcar com os custos relativos à busca de sua solução jurídica. Para o professor, a solução mais adequada para equilibrar a questão é estabelecer que, se o particular tomar a iniciativa do procedimento, deverá adiantar as custas integralmente para, ao final, ser ressarcido. Se for o caso, por outro lado, de a Administração Pública ser a responsável pelo início do procedimento, deverá esta adiantar as verbas nas proporções devidas.¹¹¹

¹⁰⁸ Art. 9º as custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial: I - as custas da instituição arbitral; e II - o adiantamento dos honorários arbitrais.

¹⁰⁹ Art. 4º, §1º as convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: 5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem;

¹¹⁰ Art. 31. § 2º as custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

¹¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre Arbitragem envolvendo Administração Pública. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, ano XIII, n. 51, p.7-21, set. 2016. p. 18.

4.6. Os precatórios nas condenações contra a administração pública

A expedição de precatório é o meio pelo qual o Juízo da Execução determina que Administração Pública inclua em seu orçamento verba suficiente para satisfazer uma obrigação pecuniária oriunda de sentença judicial transitada em julgado, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 100¹¹². Diante desse conceito, questiona-se a sujeição da sentença arbitral ao sistema de pagamentos via precatórios.

Por um lado, há autores que entendem pela inaplicabilidade do regime do precatório, posto que a arbitragem se revela um procedimento extrajudicial e, portanto, sua decisão final não seria sentença judiciária.¹¹³ Por outro, autores como Flávio de Araújo Willemann compreendem que a sentença arbitral não pode produzir efeitos além da sentença proferida por um magistrado, posto que apesar de ser decisão privada, tem status de sentença judiciária.¹¹⁴

A sentença arbitral é título executivo judicial, equiparando-se todos os seus efeitos, conforme art. 31 da Lei de Arbitragem¹¹⁵, e faz coisa julgada material após o prazo de 90 dias para proposição de ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Inevitável a conclusão, portanto, de que a sentença arbitral está sim sujeita ao pagamento via precatórios a serem emitidos pelo juízo da execução.

Para Flávio de Araújo, tal equiparação dos efeitos das sentenças arbitrais às sentenças judiciárias implica no reconhecimento, também, de que, via de regra, será atribuída a mesma consequência, qual seja a sujeição ao regime de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

A exceção à regra fica a cargo das arbitragens que versem sobre Parcerias Público-Privadas, isto pois, como reitera Lauro da Gama Jr., sendo a sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia em dinheiro, a sua execução deverá recair, em primeiro plano, sobre as

¹¹² Art. 100. Os pagamentos devidos pelas fazendas públicas federal, estaduais, distrital e municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

¹¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, Fórum. p. 59-79, out./dez. 2015. p. 73.

¹¹⁴ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, v. 64 p. 116-136. 2009. p. 132.

¹¹⁵ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

garantias prestadas no Contrato, na forma do art. 8º da Lei federal nº 11.079/04 e, somente se frustrada a execução das garantias é que deverão seguir o regime de precatórios.¹¹⁶

Conclui-se, portanto, pela necessidade de sujeição da sentença arbitral à execução pelo regime de precatórios previsto na Constituição Federal, por se tratar de decisão privada equiparada à sentença judiciária, salvo hipótese em que se trate de Parceria Público-Privada, cuja arbitragem poderá executar, em primeiro plano, as garantias ofertadas no contrato e somente se frustradas tais execuções é que estaria sujeita ao regime de precatórios.

5. A arbitragem com a Administração Pública na perspectiva de seus agentes

Superados os aspectos teóricos sobre a arbitragem com a Administração Pública, passa-se ao exame dos resultados colhidos na pesquisa realizada para fins de elaboração do presente trabalho e que teve como principal objetivo captar a percepção dos participantes acerca da arbitragem com a Administração Pública na prática, em aspectos como os impactos da existência de cláusula arbitral na litigiosidade e na execução do contrato público, bem como a perspectiva sobre os custos da arbitragem e sobre a sentença arbitral.

A pesquisa foi realizada através de questionário online enviado por e-mail aos convidados e, ao todo, colheu quinze respostas. O formulário se divide em duas etapas, sendo a primeira formada por perguntas qualificatórias dos entrevistados e, a segunda, por perguntas que visam captar a percepção dos entrevistados sobre o objeto de estudo.

5.1. Primeira etapa: qualificação dos entrevistados

Dentre os quinze entrevistados, 26,7% ocupam cargos na Administração Pública ou na Advocacia Pública, enquanto 73,3% são advogados. Os entrevistados foram questionados sobre suas experiências prévias quanto à atuação como árbitros em arbitragens no geral e, também, em arbitragens com a Administração Pública, tendo sido colhidos os seguintes resultados:

¹¹⁶ SOUZA JR., Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Revista De Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. 241, p. 121-157, Jul./Set. 2005. p. 139.

Já atuou como ÁRBITRO(A) em arbitragens?

15 respostas

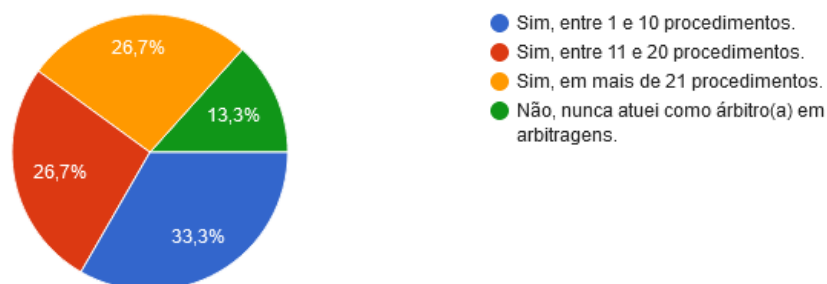


Gráfico 1- Participação em arbitragens como árbitro(a)

Vê-se que 86,7% dos entrevistados possuíam experiência no desempenho da função de árbitro(a) em arbitragens, tendo a maioria atuado em mais de onze procedimentos. Apenas 13,3% declarou não possuir experiência na função de árbitros.

Questionados sobre a experiência enquanto árbitros em arbitragens com a Administração Pública, chegou-se ao seguinte resultado:

Já atuou como ÁRBITRO(A) em arbitragens com Administração Pública?

15 respostas

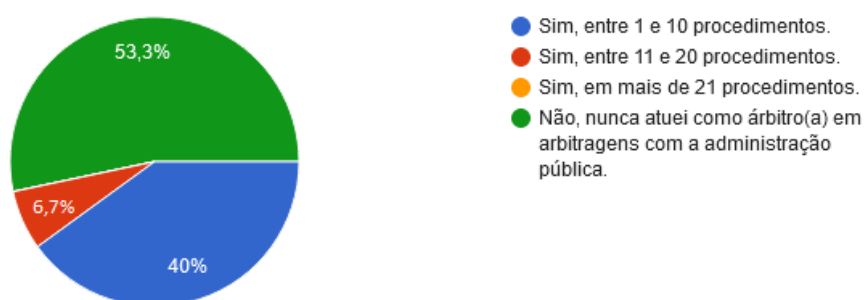


Gráfico 2 - Participação em arbitragens como árbitro(a) em arbitragens com a Administração Pública

Menos da metade, ou precisamente 46,7% dos entrevistados possuíam experiência na função de árbitro(a) em arbitragens com a Administração Pública. Por outro lado, 6,7% deles apresentaram experiência em mais de onze procedimentos. Os participantes também foram questionados quanto suas experiências como advogados em arbitragens, chegando-se aos resultados abaixo:

Já atuou como ADVOGADO(A) em arbitragens?

15 respostas

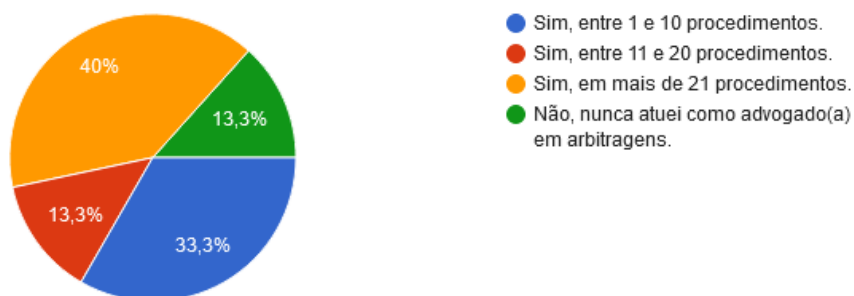


Gráfico 3 - Participação em arbitragens como advogado(a) em arbitragens

Apenas 13,3% dos participantes indicaram não possuir experiência como advogados em arbitragens; assim, destaca-se que 86,7% indicaram ter atuado em pelo menos uma arbitragem e 53,3% afirmaram ter atuado em mais de onze procedimentos.

Por fim, foi questionada a experiência como advogados em arbitragens com a Administração Pública e o seguinte resultado foi alcançado:

Já atuou como ADVOGADO(A) em arbitragens com Administração Pública?

15 respostas

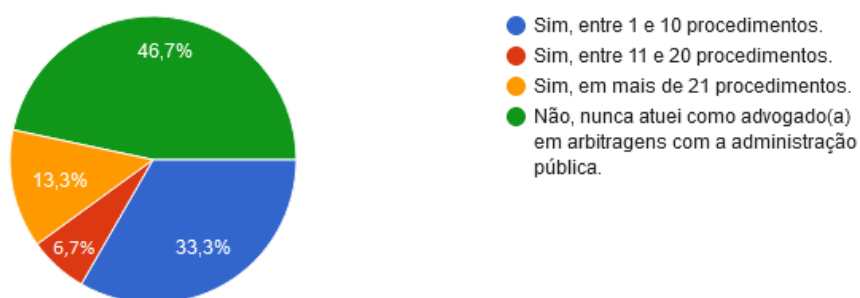


Gráfico 4 - Participação em arbitragens como advogado(a) em arbitragens com a Administração Pública

A maioria dos entrevistados (53,3%) indicou ter participado como advogado(a) em pelo menos uma arbitragem com a Administração Pública, dos quais 13,3% participaram em mais de 21 procedimentos.

Qualificados os entrevistados, passamos à análise dos questionamentos formulados.

5.2. Segunda etapa: percepção dos entrevistados

Visando captar a percepção dos participantes sobre a arbitragem com a Administração Pública, foram realizadas sete perguntas acerca da aplicação da cláusula arbitral nos contratos públicos e as suas consequências práticas, cujo resultado passaremos a observar.

5.2.1. A consolidação da arbitragem com a Administração Pública

Diante dos avanços legislativos encontrados atualmente, com tantos projetos de lei em tramitação e leis já sancionadas, muito se questiona quanto à consolidação da arbitragem com a Administração Pública. 53,3% dos entrevistados acredita que a arbitragem já estaria consolidada diante do ordenamento jurídico atual, contra 26,7% que julgam não haver uma consolidação. 20% opinaram que há uma consolidação parcial, isto é, estaria consolidada em apenas alguns setores.

Em sua opinião, a arbitragem com a administração pública está consolidada?

15 respostas

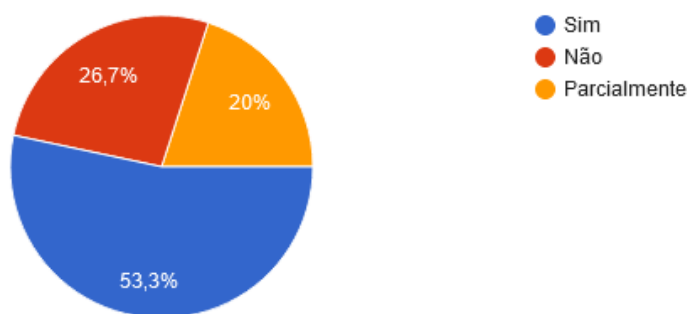


Gráfico 5 - Pergunta 01

O questionamento direcionado aos entrevistados também ofertou a possibilidade de justificarem seus entendimentos. Dentre as opiniões favoráveis à consolidação, foram levantados que (i) o arcabouço legal existente já permite afirmar que não há mais discussão quanto à legalidade da arbitragem com a Administração Pública, e; (ii) a base legal bem como a experiência dos advogados públicos permitiram essa consolidação.

Por outro lado, nas opiniões desfavoráveis, foi mencionado que ainda estamos no caminho da consolidação, pois há obstáculos que precisam ser superados, tais como: (i)

definição dos limites da publicidade; (ii) pagamento de custas e honorários; (iii) riscos existentes na responsabilização de gestores públicos; (iv) aceitação pela Administração Pública.

Os dois primeiros obstáculos elencados foram objeto de discussão no presente trabalho, em que foi possível denotar que, em que pese a Administração Pública tenha realizado a divulgação dos atos processuais essenciais, resta ausente a previsão legislativa de como o dever de publicidade deve ser exercido dentro dos procedimentos arbitrais. Além de haver previsão em legislações estaduais e municipais, também em normas infralegais, de adiantamento das custas e honorários pelo particular, sendo ressarcido ao final do procedimento.

Os dois últimos merecem especial atenção, tendo em vista que a arbitragem, para ser vantajosa para ambas as partes, deve contar com a colaboração – e aceitação – de toda a Administração Pública. Isso implica, inclusive, em fornecer meios de o Administrador Público pactuar os métodos alternativos de resolução de conflitos com segurança.

Há alguns anos, diretores e gerentes da empresa estatal paulista Desenvolvimento Rodoviário S.A. (Dersa) enfrentaram acusação de organização criminosa, falsidade ideológica e fraude à licitação por terem supostamente superfaturado obras do trecho Norte do Rodoanel Mário Covas. Um dos gestores públicos chegou a passar dois meses preso. Ocorre que os aditivos teriam sido autorizados pela junta de resolução de conflitos – *Dispute Board*¹¹⁷ – e se deram após minuciosa análise das circunstâncias fáticas e de direito.¹¹⁸

Em que pese o caso citado não tenha tratado de arbitragem, é de se atentar que o *dispute board* é também um meio alternativo de resolução de conflitos, com características semelhantes (celeridade na resolução das controvérsias que surgem no decorrer do contrato, qualidade técnica dos julgadores, entre outras). E, portanto, uma decisão dessa natureza, que leva a acusações graves e até mesmo o cerceamento da liberdade dos agentes públicos, ocasiona nos gestores públicos o temor em pactuar meios de resolução de conflito mais adequados.

5.2.2. A imprescindibilidade da cláusula compromissória no contrato administrativo

¹¹⁷ O *Dispute Board* é um meio de resolução de conflitos com natureza preventiva, que proporciona o acompanhamento do contrato desde a sua formação. Nele, é formado um comitê de especialistas que emitirão recomendações ou decisões, quando solicitados pelas partes. PORTELA, Felipe Mêmolo. *Dispute Board nos Contratos Administrativos: Análise Da Lei Municipal De São Paulo 16.873 de 22 de Fevereiro de 2018*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, p. 55-74, Out - Dez 2018.

¹¹⁸ HIGÍDIO, José. Após 3 anos, caso do rodoanel em SP levanta polêmica sobre juntas de conflitos. *Conjur*, [s. l.], p. 1, 4 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-04/rodoanel-levanta-polemica-juntas-conflitos>. Acesso em: 19 maio 2022.

Quando questionados sobre a importância da inclusão da cláusula compromissória no contrato administrativo, 80% dos entrevistados julgaram importante, mas não consideraram um requisito essencial para a conclusão do negócio jurídico. Apenas 20% dos participantes consideraram indispensável a inclusão da cláusula arbitral.

Em sua opinião, a cláusula compromissória no contrato administrativo é:

15 respostas

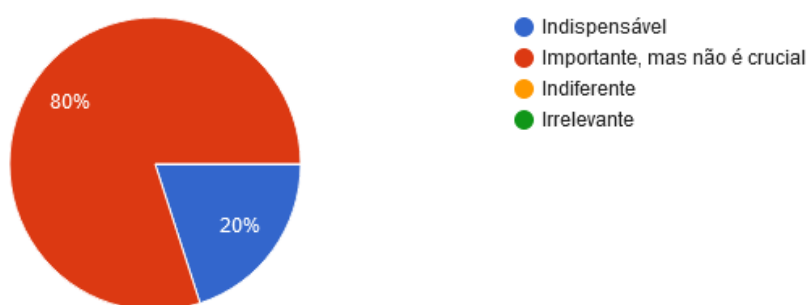


Gráfico 6 - Pergunta 02

Importante destacar que nenhum dos entrevistados considerou a cláusula arbitral como indiferente ou irrelevante. A arbitragem pode ser grande aliada da Administração Pública e do agente privado no contrato público; todavia, anota-se que nem toda contratação pública requer uma cláusula arbitral. Indica-se a inserção de cláusula compromissória nas contratações públicas que envolvam maior complexidade, como ocorre nas Concessões e nas Parcerias Público-Privadas, cujos litígios podem fugir à jurisdição e adentrar em temas contábeis ou financeiros, por exemplo. Dessa forma, a possibilidade de indicar árbitros que atuem na área específica do litígio torna o mecanismo mais atraente que jurisdição estatal.

5.2.3. Os principais desafios na inclusão da cláusula compromissória nas contratações públicas

Visou-se captar a percepção dos entrevistados quanto aos desafios enfrentados no momento de negociação da cláusula compromissória nas contratações públicas. Para isso, foram apresentadas as seguintes alternativas (possibilitou-se a escolha de mais de uma opção): (i) falta de regulamentação específica; (ii) os custos da arbitragem tornam a escolha inviável; (iii) a ausência da possibilidade de recursos em face da sentença arbitral; (iv) resistências pela

Administração Pública; (v) resistências pelas pessoas jurídicas de direito privado; (vi) nenhuma, não há desafios.

O maior desafio, na visão de 73,3% dos participantes, foi a resistência pela Administração Pública. Em segundo lugar, com 13,3%, ficou a resistência pelos particulares. As alternativas (i), (ii) e (iii) foram consideradas, cada uma, por apenas 6,7% dos entrevistados. Cabe registrar que nenhum dos entrevistados acredita não haver desafios na negociação da cláusula compromissória.

No questionário também foi oportunizado aos participantes formularem outros desafios que acreditam ocorrer. Neste sentido, obtivemos as seguintes considerações: (i) segurança jurídica, o respeito pelo instituto por ambas as partes e o preparo dos árbitros; (ii) a relação custo benefício da arbitragem; (iii) a arbitragem nem sempre é a melhor forma de resolver os conflitos, devendo ser priorizada nos contratos de maior vulto.

5.2.4. A existência de uma cláusula compromissória no contrato administrativo influenciou na litigiosidade?

Como já foi tratado no decorrer desse trabalho, um dos grandes problemas enfrentados pelo Poder Judiciário é a morosidade causada pela superlotação de processos judiciais. Segundo os dados do mais recente relatório Justiça em Números 2021, o Poder Judiciário finalizou 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, mesmo tendo a maior redução do acervo de processos pendentes.¹¹⁹ Em razão disso, muitos acreditam que a solução para o desafogamento do Judiciário é a utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, como a arbitragem.

Com isso em mente, questionou-se aos participantes se a existência de cláusula compromissória no contrato administrativo teve o condão de influenciar a litigiosidade, positiva ou negativamente.

¹¹⁹ CONSELHO. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021. Brasília: CNJ, 2021. p. 102.

A existência de uma cláusula compromissória no contrato administrativo influenciou na litigiosidade?

15 respostas

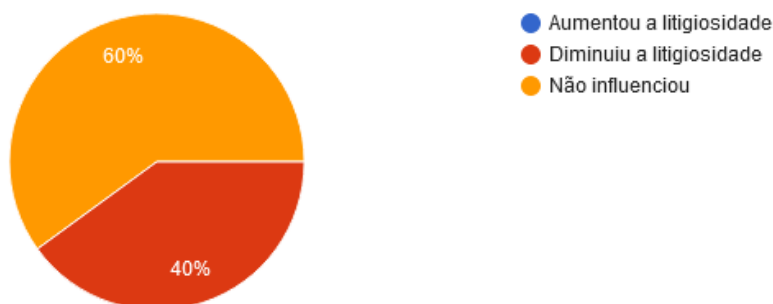


Gráfico 7 - Pergunta 04

60% dos entrevistados acreditam que a cláusula compromissória no contrato público não influenciou na litigiosidade. Por outro lado, 40% crê que houve uma diminuição da litigiosidade. Importante dar atenção ao fato de que nenhum dos participantes acredita haver um aumento da litigiosidade do contrato, o que já tem grande impacto no enfrentamento da cultura do litígio.

Alguns participantes destacaram que, quando há cláusula arbitral no contrato público, as partes privilegiam soluções consensuais para os litígios e, mesmo quando essa solução não é possível, tendem a reunir as demandas para a resolução em uma única arbitragem, evitando, assim, os custos com diversas judicializações ou diversas arbitragens.

5.2.5. Os custos da arbitragem

Já foi visto que a arbitragem é um meio de resolução de conflitos com custos elevados e que a Administração Pública enfrenta, em geral, limitações orçamentárias e possui trâmites mais burocráticos para contratações onerosas. Foi evidenciado, também, que algumas legislações exigem que o particular adiante as custas referentes à arbitragem integralmente, para somente ser ressarcido em caso de sentença favorável. Diante disso, foi questionado aos participantes as suas opiniões quanto aos custos da arbitragem.

Dentre os participantes da pesquisa, 66,7% indicaram que apesar de elevados, os custos da arbitragem se justificam em razão das suas características, tais como a celeridade, o sigilo e a qualidade técnica, o que demonstra boa aceitação da solução arbitral. Apenas 20%

dos entrevistados acredita que os custos são elevados e não se justificam, sendo preferível que o litígio seja submetido ao Poder Judiciário.

Quanto aos custos da arbitragem:

15 respostas

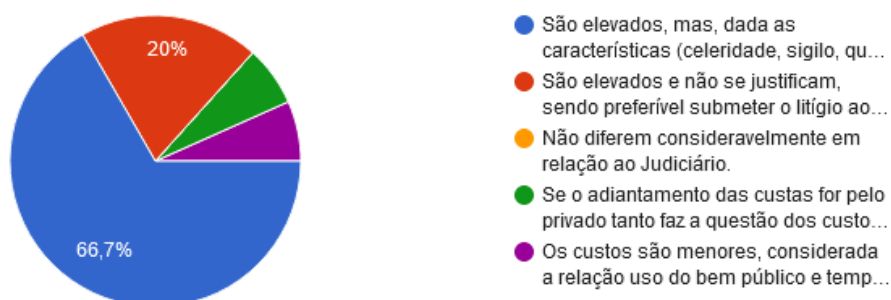


Gráfico 8 - Pergunta 05

Duas outras opiniões foram levantadas pelos entrevistados. A primeira delas é que, havendo adiantamento dos custos pelo particular – como determinam algumas legislações –, esse não deve ser um empecilho para a opção pela via arbitral. A segunda, é que os custos reais seriam menores quando colocados na equação o uso do bem público – objeto do contrato – e o tempo da solução do conflito. Isto pois na arbitragem há um desembolso imediato, um custo direto, enquanto no Poder Judiciário, há também um custo indireto ocasionado pela falta do uso do bem – no caso de obras paralisadas ou em ritmo reduzido –, perda de oportunidade e juros sobre o capital.

De maneira geral, pode-se concluir pela grande aceitação dos custos da arbitragem, por proporcionar uma solução mais célere e qualificada, de modo a permitir a conclusão dos contratos públicos e o consequente uso do bem público pela população.

5.2.6. A satisfação com a sentença arbitral

O objetivo do questionamento foi aferir se, de forma geral, as sentenças arbitrais possuem grau técnico satisfatório. 40% dos entrevistados, grande maioria, apesar de satisfeitos, atestam que algumas sentenças arbitrais apresentam vícios, omissões ou contradições. Por outro lado, 20% estão muito satisfeitos e acreditam que as sentenças são sempre completas e precisas.

Há ainda 20% dos entrevistados que creem ser impossível generalizar e outros 20% que estão insatisfeitos com grau técnico das sentenças arbitrais, pois a sua maioria deixa a desejar.

Em relação à sentença arbitral, qual o seu grau de satisfação com a sua qualidade técnica?

15 respostas

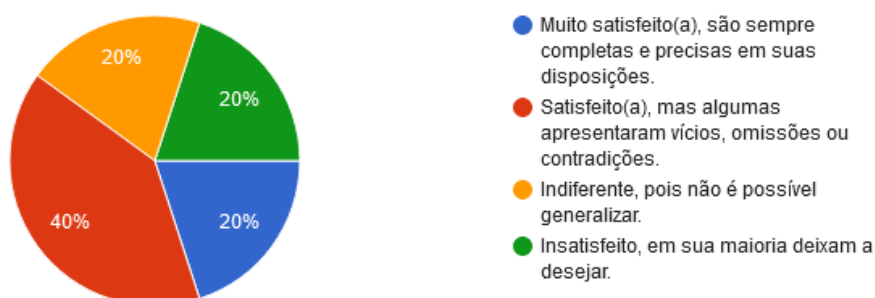


Gráfico 9 - Pergunta 06

O grau de insatisfação (20%) e o de satisfação com ressalvas (40%) deve acender um alerta entre os advogados e árbitros. Os árbitros são indicados pelos patronos das partes, de tal sorte que a qualidade técnica da sentença está diretamente relacionada com a “qualidade” dos profissionais que serão indicados. Assim, é necessário que os advogados prezem por indicações daqueles que possuem relevante experiência profissional e acadêmica com o objeto da arbitragem, assim como um bom conhecimento do funcionamento do procedimento arbitral, a fim de garantir o devido processo legal e, também, uma sentença arbitral mais qualificada. Aos árbitros, por sua vez, incumbe o dever de desempenhar a função com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, conforme art. 13, §6º da Lei de Arbitragem brasileira, de modo que devem coordenar sua atuação para atenuar a presença de vícios, omissões e contradições em suas decisões.

5.2.7. Os principais desafios enfrentados na fase executória

A arbitragem é um procedimento de conhecimento. Os árbitros não possuem poder de coerção para realizar o cumprimento forçado da sentença arbitral. Por essa razão, a sentença emanada na arbitragem, sendo condenatória, constitui título executivo judicial, conforme art.

31 da Lei de Arbitragem brasileira, que fundamentará a execução futura, no Poder Judiciário, se não houver o cumprimento espontâneo da sentença arbitral.

Foi questionado aos participantes quais são os principais desafios enfrentados na fase executória da sentença arbitral em face da administração pública, sendo os mais citados: (i) a sujeição ao regime de precatórios; (ii) a lentidão no processo de execução e (iii) a tentativa de reexame do mérito da sentença arbitral no Poder Judiciário.

Quanto ao sistema de precatórios, como foi exibido no presente trabalho, a Administração Pública está impedida de cumprir espontaneamente com as sentenças arbitrais condenatórias que impliquem obrigação de pagar, em razão do art. 100 da Constituição Federal, pois todos os pagamentos em virtude de sentenças devem ser realizados por precatórios.

Apesar de o texto constitucional determinar que o pagamento dos precatórios apresentados até 2 de abril seja realizado no exercício seguinte, o que ocorre, na verdade, é um atraso de anos na quitação do precatório, posto que o estoque de precatórios no Brasil é muito superior ao valor alocado para o pagamento. Se por um lado há, ano após ano, o aumento da dívida correspondente a precatórios no Brasil, tendo superado os R\$100 bilhões de reais para 2023¹²⁰, por outro, há limitação no pagamento dos precatórios, por ocasião da Emenda Constitucional nº 114 de 2021¹²¹.

O segundo desafio elencado fora a lentidão no processo de execução. Uma das vantagens da arbitragem é, justamente, apresentar-se como procedimento mais célere em comparação com o Poder Judiciário. Todavia, a necessidade da execução da sentença traz morosidade para a arbitragem. Conforme dados do relatório Justiça em Números 2021, uma execução de primeiro grau leva, em média, 5 anos e 1 mês para ser sentenciado.¹²² Destaca-se que, no Brasil, as demandas levadas à arbitragem levam, em média, 1 ano e 9 meses para serem resolvidas.

Por fim, tem-se a tentativa de reexame do mérito da sentença arbitral no Poder Judiciário, que se realiza através do ajuizamento de ações anulatórias e outras espécies de ações, como embargos à execução, numa tentativa desesperada de reverter um quadro desfavorável. O combate a essas tentativas compete, em grande parte, ao Poder Judiciário, que deve estar atento ao fato de que, conforme art. 18 da Lei de Arbitragem brasileira, a sentença proferida

¹²⁰ TOMAZELLI, Indiana. Fatura de dívidas judiciais da União em 2023 passa dos R\$ 100 bilhões. Folha Uol. 13/05/2022. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/fatura-de-dividas-judiciais-da-uniao-em-2023-passa-dos-r-100-bilhoes.shtml>> Acesso em: 19 mai. 22.

¹²¹ SENADO. Congresso promulga a Emenda Constitucional 114. Senado Notícias. 13/12/2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/16/promulgada-a-emenda-constitucional-114>>. Acesso em 19 mai. 2022.

¹²² CONSELHO Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021. p.51.

pelo árbitro, que é juiz de fato e de direito, não fica sujeita a recurso e, tampouco homologação, devendo a ação anulatória limitar-se ao exame do atendimento às formalidades processuais elencadas no art. 32 do mesmo diploma legal. O mesmo se aplica às demais ações autônomas, como os embargos à execução, a apreciação do judiciário não deve e sequer pode adentrar ao mérito da decisão arbitral.

6. Considerações finais

Ante o exposto, é possível concluir que a arbitragem é um meio extrajudicial de resolução de litígios no qual duas ou mais partes delegam a terceiros – os árbitros – a competência de julgar de maneira definitiva um determinado conflito pré-existente, hipótese em que pactuarão compromisso arbitral, ou um conflito que possa vir a existir, hipótese em que será pactuada cláusula arbitral.

No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela Lei federal nº 9.307/96, fruto dos esforços conjuntos de professores, advogados e legisladores, em especial o advogado Petrônio Muniz, que capitaneou a chamada Operação Arbiter, que visou promover e evidenciar a necessidade de uma lei de arbitragem brasileira, e o Senador Marco Maciel, que levou a demanda ao Senado Federal, através do Projeto de Lei 78/92.

Quanto à sua natureza jurídica, não mais se discute que o árbitro possui plena *jurisdictio*, tendo em vista que deve obedecer aos mesmos princípios constitucionais e legais que se submetem os juízes togados. De tal sorte que, ainda que os árbitros não possuam poder de coerção para fazer cumprir suas decisões – dependendo do Poder Judiciário para tal –, é reconhecido na arbitragem o seu caráter jurisdicional.

O artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96 determina quem pode arbitrar e quais litígios podem ser arbitrados. É o que se denomina arbitrabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente. Somente aqueles capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva) poderão se valer da arbitragem para resolver litígios relativos à direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Desde 2015, por meio da Lei federal nº 13.129/15, passou-se a constar o §1º no art. 1º da Lei de Arbitragem brasileira, que autoriza expressamente que a Administração Pública direta e indireta utilize a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A opção pela arbitragem se dá através da convenção de arbitragem, gênero do qual se abstraem duas espécies: o compromisso arbitral e a cláusula de arbitragem. Nesse as partes inserem em um contrato a obrigação de resolver pela via arbitral os possíveis litígios que

eventualmente surjam durante a execução do contrato, já naquele o conflito é pré-existente e as partes, de comum acordo, celebram compromisso arbitral para levar o conflito à arbitragem.

Da convenção de arbitragem ecoam dois efeitos: o reconhecimento da competência exclusiva do árbitro para apreciar o litígio, também chamado de efeito positivo da convenção arbitral, e a obrigação oponível ao Juiz togado em se abster de conhecer e julgar a questão antes de apreciada pelo árbitro, conhecido como efeito negativo da convenção arbitral.

Via de regra, cada polo da arbitragem – requerente e requerida – deverá indicar um árbitro que, juntos, elegerão o árbitro presidente, facultando ou não a participação das partes nessa escolha. Para se tornar árbitro são necessários apenas dois requisitos: estar em pleno gozo de sua capacidade civil e possuir a confiança das partes. A função de árbitro, portanto, não está restrita aos advogados ou operadores do direito, pode ser árbitro qualquer profissional capaz e de confiança. No entanto, é necessário reiterar o conhecido adágio em matéria de arbitragem: “a arbitragem vale o que vale o árbitro”, isto pois serão esses os responsáveis não só pela condução do procedimento, mas também pela sentença que porá fim ao litígio.

Por tratar de sentença arbitral, essas podem ser sentenças de mérito ou terminativas. Essas põem fim ao processo sem o julgamento do mérito, enquanto aquelas resolveram total ou parcialmente a demanda. As sentenças de mérito podem, ainda, serem classificadas em declaratórias, constitutivas ou condenatórias e nessa última hipótese, constituirá título executivo judicial. É admitido, também, que os árbitros profiram sentenças parciais resolvendo definitivamente apenas uma parte do litígio, permitindo o fatiamento do julgamento do mérito. A sentença arbitral não está sujeita à recursos ou homologação do Poder Judiciário.

A arbitragem com a Administração Pública não trilhou o mesmo caminho que a arbitragem entre particulares, que está altamente consolidada. Pelo contrário, muito se argumentou sobre a impossibilidade de a Administração Pública utilizar o instituto, em razão, principalmente, de três fatores: a violação ao princípio da legalidade abstraído do art. 37 da Constituição Federal, a indisponibilidade do interesse público e, por fim, o sigilo da arbitragem violaria o princípio da publicidade que a Administração Pública está submetida.

Os dois primeiros argumentos contrários à arbitragem com a Administração Pública são paradigmas do Direito Administrativo. Isto é, são premissas teóricas que possuem ampla aceitação da comunidade jurídica e que são subtraídas à dúvida, formando a base do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade, primeiro paradigma, foi introduzido no ordenamento jurídico ainda no Estado de Direito, quando a noção de lei como um resultado da vontade do rei foi substituída pela lei resultante da vontade popular. No entanto, nessa época, havia uma

vinculação negativa ao princípio da legalidade, podendo a Administração Pública realizar tudo aquilo que a lei não proibia. A vinculação positiva – a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza – só veio surgir a partir do Estado Social de Direito, com a Constituição de 1934. A vinculação positiva foi mantida pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o princípio da legalidade tal como conhecemos atualmente é uma noção ultrapassada, pois coloca a Administração Pública como mera aplicadora das leis, sem considerar a incompletude das leis e a incapacidade de o processo legislativo acompanhar a dinamicidade das relações econômicas.

O princípio da legalidade deve ser, então, substituído pelo princípio da juridicidade administrativa, compreendido como o abandono do vínculo da Administração Pública à lei formal e vinculação ao ordenamento jurídico como uma unidade formada pela constituição, leis, regulamentos gerais e setoriais.

Nessa lógica, é possível afirmar que a participação do Estado em arbitragens atende a princípios e preceitos constitucionais, tais como a eficiência e economicidade. Garante, também, ao cidadão o acesso ao direito fundamental de duração razoável do processo. Dessa forma, o princípio da legalidade, dogma ultrapassado, não pode constituir óbice à arbitragem.

Ato contínuo, o segundo paradigma levantado é a indisponibilidade e a supremacia do interesse público. Esse princípio aduz que toda atuação estatal deve ter como enfoque principal os interesses coletivos. Aquele, por sua vez, impede que o interesse público seja transacionado e, portanto, disponível.

A indisponibilidade do interesse público era suscitada com empecilho à arbitragem, haja visto que só podem ser arbitrados os litígios relativos à direitos patrimoniais disponíveis. Mas, ao contrário do que se pode pensar, não há óbice algum. Isto pois é reconhecida a divisão conceitual entre o interesse público primário – objetivo maior a ser alcançado pela Administração Pública – e interesse público secundário – utilização dos meios necessários para consecução do objetivo.

Nos contratos administrativos haverá sempre a presença de ambos conceitos. Porém, a indisponibilidade que trata lei atingirá apenas os interesses públicos primários, de modo que a Administração Pública não poderá jamais atuar em privilégio de interesses particulares ao invés de agir em prol do bem estar social. Por outro lado, os interesses públicos secundários serão dotados de caráter econômico e patrimonial, que podem ser transacionados e, portanto, arbitrados sem quaisquer problemas.

O último obstáculo teria sido o princípio da publicidade, cuja incompatibilidade com o regime jurídico administrativo foi solucionada através da concessão realizada pelos

particulares, isto é, abriu-se mão do sigilo completo que anteriormente era garantido, sendo agora permitida a publicação das decisões e atos relevantes nas arbitragens com a Administração Pública, ressalvados os casos de sigilo legalmente garantidos. A arbitragem traz consigo muitos outros benefícios e não poderia ser deixada de lado apenas pela incongruência com o princípio da publicidade.

Ademais, foi visto que nas últimas décadas o cenário legislativo registrou importantes avanços para a consolidação da arbitragem com a Administração Pública, dos quais se destaca a Lei federal nº 14.133/21, a Nova Lei de Licitações, que trouxe capítulo autorizando a autorizando expressamente a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos nas contratações públicas.

Foi analisada, também, as especificidades da arbitragem no regime jurídico administrativo, a partir das disposições de legislações e portarias normativas, que indicam as boas práticas da arbitragem com a Administração Pública. Dentre tais peculiaridades, temos: a sede da arbitragem deverá sempre ser o Brasil e o procedimento deve ser conduzido em língua portuguesa; o critério de julgamento será sempre de direito e o direito aplicável será o direito brasileiro; as decisões e atos processuais relevantes vem sendo publicados através dos endereços eletrônicos da Advocacia Geral da União – para as arbitragens com a União – e as Procuradorias Gerais dos Estados – para arbitragens com os estados; as câmaras arbitrais devem ser cadastradas previamente e os árbitros, para serem indicados, precisam preencher requisitos mínimos, tais como conhecimento compatível com a natureza do contrato, não possuir razões de impedimento e suspeição, dentre outras, além disso, tanto a escolha da câmara quanto a indicação dos árbitros prescinde de licitação; as despesas com a arbitragem, isto é, custos com as taxas administrativas da câmara e honorários dos árbitros devem ser antecipados pelo particular, que, ao final, obtendo uma sentença condenatória favorável, será ressarcido; por fim, a sentença condenatória em obrigação de pagar será submetida ao regime de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Ao final do trabalho, foram apresentados os resultados da pesquisa realizada com quinze participantes. Entre os entrevistados estavam agentes públicos, advogados públicos e advogados privados. A pesquisa contou com sete questionamentos enviados para os participantes a respeito de suas impressões relativas à aspectos da arbitragem com a Administração Pública.

Perguntados sobre a consolidação da arbitragem com a Administração Pública, 73,3% dos entrevistados acredita que a arbitragem com a Administração Pública está consolidada, enquanto 26,7% crê ainda haver caminho a ser percorrido, como a melhor definição de como

se dará o pagamento de custas e honorários, uma maior segurança aos administradores públicos em face ao risco de responsabilização e a ampliação da aceitação da Administração Pública.

A cláusula compromissória foi considerada imprescindível no contrato administrativo por apenas 20% dos entrevistados, os 80% restantes acredita que, apesar de importante, não é crucial. E quando questionados em relação aos desafios na inclusão da cláusula compromissória das contratações públicas, 73,3% dos participantes alegou que o principal obstáculo é a resistência da Administração Pública.

Para 60% dos entrevistados, a existência da cláusula compromissória não influenciou na litigiosidade do contrato, por outro lado, 40% acredita que a litigiosidade diminuiu. É importante destacar que nenhum dos participantes acredita haver aumento da litigiosidade, fato que tem grande impacto no enfrentamento da cultura do litígio.

Em relação aos custos da arbitragem, a maioria dos entrevistados assinalou que, apesar de serem elevados, as qualidades da arbitragem, tais como a celeridade, sigilo e qualificação técnica, justificam o alto investimento na resolução da lide.

O grau de satisfação com a sentença arbitral também foi objeto de consulta aos entrevistados. Apenas 20% declararam estar completamente satisfeitos com a sentença arbitral, 40% está parcialmente satisfeito, pois algumas apresentam falhas. Por outro lado, 20% dos entrevistados se encontram insatisfeitos, apontando que a maioria das sentenças arbitrais deixam a desejar. Os demais 20% dos entrevistados crê não ser possível generalizar.

Por fim os entrevistados foram questionados quanto aos principais desafios enfrentados na fase executória da sentença arbitral, visto que a arbitragem, por ser um procedimento de conhecimento, quando a sentença arbitral for condenatória, o procedimento de execução ocorrerá no Poder Judiciário. As dificuldades mais citadas foram: (i) a sujeição ao regime de precatórios; (ii) a lentidão no processo de execução e (iii) a tentativa de reexame do mérito da sentença arbitral no Poder Judiciário.

Portanto, resta a conclusão de que a arbitragem é um meio de resolução de conflitos que deve ser considerado pela Administração Pública em seus contratos administrativos, em especial aqueles de grande vulto e de maior complexidade, pois a celeridade processual proporcionada e qualidade técnica da decisão arbitral somente representam benefícios aos interesses públicos tutelados pelo administrador público.

É cabível mencionar que apesar da arbitragem, a priori, aparentar ser excessivamente dispendiosa, a solução célere e qualificada já mencionadas podem ser bastante compensatórias quando estamos diante, por exemplo, de contratos de obras e serviços públicos. Em estudo econômico realizado por Frichstak, Hecksher, Diniz e Lobo, constatou-se que, em 2018, as

obras paralisadas somavam R\$76,7 bilhões em investimentos não realizados e que poderiam expandir a economia em aproximadamente 1,8% do PIB, correspondente a R\$115,1 bilhões.¹²³ Assim, com uma análise macro da situação e levando em consideração os custos indiretos das obras paralisadas, é possível denotar que os benefícios da arbitragem vão além do contratante-contratado, mas também atingirão a população que usufruirá mais rapidamente do bem público.

Nesse sentido, é necessário que a arbitragem seja melhor difundida entre os administradores e advogados públicos, de modo que esses possam conhecer melhor os benefícios do instituto e passem a aplicá-lo nas contratações públicas. Por outro lado, é preciso fornecer garantias legais aos administradores públicos para optarem pelos meios alternativos de resolução de conflitos, para que não sejam acusados e responsabilizados criminalmente por colaborarem com a desjudicialização, tal como ocorreu no episódio da empresa estatal paulista Desenvolvimento Rodoviário S.A.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. AGU viabiliza arbitragens para resolver controvérsias bilionárias do setor de telecomunicações. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-viabiliza-arbitragens-para-resolver-controversias-bilionarias-do-setor-de-telecomunicacoes>>. Acesso em 04 mai. 22.

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da Convenção de Arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. RBAr n. 6, abr./jun. 2005.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coord.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula Compromissória E Compromisso. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, Revista dos Tribunais, v. 6, p. 977-988, jun. 2011.

BERWIG, Aldemir. Direito administrativo. Coleção direito, política e cidadania. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.

¹²³ FRISCHTAK, Cláudio R. HECKSHER, Marcos. DINIZ, Gabriela. LOBO, Marina. Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. Brasília – DF, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3º ed. Rev. Atual. – rio de janeiro: renovar, 2014.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 39. I Jornada de Direito Administrativo. Brasília, 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciados nº 203. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília, 2021.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 2a ed. São Paulo: RT, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre Arbitragem envolvendo Administração Pública. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, ano XIII, n. 51, p.7-21, set. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. vol. 1/2014, p. 833 – 844, set/2014.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. Ed. São Paulo: atlas, 2009.

COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves considerações acerca da arbitragem e os princípios da administração pública. Revista de direito da procuradoria geral, Rio de Janeiro, n. 68, p. 45-73, 2014.

CONSELHO Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. Revista Forense, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3º ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. In: Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, ano 6, nº 30, 2005.

DINAMARCO. Candido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo, Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95

FITCHNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis. Teoria geral da arbitragem – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 202, p. 7-29, abr./jun. 2014

FRISCHTAK, Cláudio R. HECKSHER, Marcos. DINIZ, Gabriela. LOBO, Marina. Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas. Câmara Brasileira da Indústria da Construção. Brasília – DF, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.21, pp. 141 – 148. Março/2002.

HIGÍDIO, José. Após 3 anos, caso do rodoanel em SP levanta polêmica sobre juntas de conflitos. Conjur, [s. l.], p. 1, 4 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-04/rodoanel-levanta-polemica-juntas-conflitos>. Acesso em: 19 maio 2022.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional. Reino Unido: International Bar Association, 23 de outubro de 2014.

Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 24 maio 2022.

JÚDICE, José Miguel. Árbitros: características, perfis, poderes e deveres. Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação. Revista dos Tribunais, v. 2, p. 835-860, set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. Revista Brasileira da Advocacia, n. 1, p. 103-150, abr/jun. 2016.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma M. F. A função e o Uso do Termo de Arbitragem. Valor Econômico, p. e-2 - E-2, 08 set. 2005

LEMES, Selma Maria Ferreira. Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira. Revista de Arbitragem e Mediação: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 19/22, out/dez 2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, nº 51, págs. 32-35, outubro/2017.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], ano 13, nº 50, p. 79-94, Jul. - Set. 2016.

MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de lei do Senado 78/92. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 363-425, jul./set. 2019.

MARTINS, Pedro Batista (coord.). Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 3ª Ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed. /atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84 de 2.12.2014. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

MUNHOZ, José Lúcio. Arbitragem na formação do território brasileiro. Justificando, [s. l.], 20 dez. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/12/20/a-arbitragem-na-formacao-do-territorio-brasileiro/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso Prático de Arbitragem e Administração pública. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, Fórum. p. 59-79, out./dez. 2015.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem: Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto;

PORTELA, Felipe Mêmolo. Dispute Board nos Contratos Administrativos: Análise Da Lei Municipal De São Paulo 16.873 de 22 de Fevereiro de 2018. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, p. 55-74, Out - Dez 2018.

PUCCI, Adriana Noemi. Impugnação de árbitros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da lei de arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, 2017.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on International Arbitration: Oxford University Press, 2009.

RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Arbitragem Administrativa à Brasileira. Migalhas, [S. l.], p. 1, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331362/arbitragem-administrativa-a-brasileira>. Acesso em: 4 mai. 2022.

SENADO. Congresso promulga a Emenda Constitucional 114. Senado Notícias. 13/12/2021.

Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/16/promulgada-a-emenda-constitucional-114>>. Acesso em 19 mai. 2022.

SILVA, Almiro do Couto e Silva. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, [s. l.], v. 179, p. 51–67, 1990.

SOUZA JR. Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. 241, p. 121-157, Jul./Set. 2005.

STJ, 3a Turma, REsp 1.389.763/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. u. 12.11.2013, DJe 20.11.2013.

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/1996. Revista de Arbitragem e Mediação, [s.l.], ano 13, nº 50, p. 177-183 Jul./Set. 2016.

TOMAZELLI, Indiana. Fatura de dívidas judiciais da União em 2023 passa dos R\$ 100 bilhões. Folha Uol. 13/05/2022. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/fatura-de-dividas-judiciais-da-uniao-em-2023-passa-dos-r-100-bilhoes.shtml>> Acesso em: 19 mai. 22.

WALD, Arnoldo. O espírito da arbitragem. Revista do IASP, São Paulo: RT, v. 23, p. 22 e ss., jan.-jun. 2009.